

Análise do impacto regulatório sob a perspectiva da análise econômica do direito: abordando as ferramentas de análise

Analysis of regulatory impact from the perspective of economic analysis of law: addressing analysis tools

  Emerson Ademir Borges de Oliveira¹

  Cristiana Carlos do Amaral Cantídio²

Resumo: Esta pesquisa abordou a importância das ferramentas características da Análise Econômica do Direito (AED) para a avaliação do impacto de medidas regulatórias diante da necessidade de que os atos praticados sob a justificativa de regulação das atividades econômicas tenham a maior eficiência possível, com o alinhamento de intenções do legislador, expectativas e resultados observados. É estruturada com uma introdução, seguida de dois tópicos e, por fim, a conclusão. O primeiro tópico aborda o arcabouço teórico da Análise Econômica do Direito, desde a formação histórica da corrente de pensamento até as ferramentas práticas de que os juristas dispõem para a avaliação de impactos da norma com base na produção de seus efeitos. O segundo tópico tratou da importância da Análise do Impacto Regulatório (AIR), que, em razão de sua importância para políticas públicas, passou a ser obrigação dos agentes reguladores, bem como dos atores envolvidos na edição das regras de regulamentação – no Poder Executivo ou no Poder Legislativo. Em conclusão, indicamos que para haver a maximização do bem-estar por meio

¹ Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2016). Doutor (2015) e Mestre (2013) em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Professor Titular da Universidade de Marília. Coordenador-Adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Marília. Professor Substituto na Universidade Estadual Paulista (2021-2024). Coordenador Regional da Escola Superior da Advocacia da 15ª Região. Em 2022, passou a constar da lista da AD Scientific Index, que congloba os dois pesquisadores mais influentes do mundo. Advogado e parecerista. E-mail: emerson@unimar.br.

² Tabeliã e Oficiala de Registro no Ofício Único de Lagoa Nova/RN desde 2015; Diretora Institucional do IRTDPJBrasil; Diretora Institucional da Confederação Nacional de Notários e Registradores - CNR; Membro do Grupo de Trabalho do CNJ para apresentar medidas voltadas à modernização e à efetividade nos processos de execução e cumprimento de sentença, excluídas as execuções fiscais, instituído pela Portaria CNJ nº 6, de 14 de Janeiro de 2021; Mestra em Direito pela UNIMAR; é Pós-graduada: em Ministério Público, Direito e Cidadania; em Direito e Processo do Trabalho; em Direito Notarial e Registral; e em Direito Civil, Negocial e Imobiliário. Bacharela em Direito pela UFRN, em 2005, tendo atuado como advogada nas áreas trabalhista e cível. E-mail: criscantidio@hotmail.com.

da eficiência, devem ser sempre analisados os benefícios *versus* custos da regulação econômica, com adoção de medidas claras quanto a suas expectativas e resultados esperados. Além de aspectos econômicos, o agente regulador deve ser claro quanto às demais questões endereçadas, a exemplo daquelas de equidade ou de justiça social. Essa análise decorre da compreensão de que a intenção do legislador não necessariamente produz os efeitos esperados, de modo que aspectos empíricos não podem ser desconsiderados por quem faz políticas públicas. A pesquisa foi formulada com base no método dedutivo, com a elaboração de hipóteses gerais. Foram utilizados livros, artigos e trabalhos acadêmicos relacionados ao tema abordado durante a pesquisa.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito (AED); Análise do Impacto Regulatório (AIR); Externalidades; Efeitos Pretendidos; Agências Reguladoras.

Abstract: The academic research addressed the need to use the tools of Economic Analysis of Law (EAL) to carry out the assessment of the effective impact of regulatory measures, given the need for acts performed under the justification of regulation of economic activities to have greater efficiency as possible, aligning what the legislator's intentions are, his expectations and the results generated by his attitudes. The initial chapter dealt with the aspects involved in the Economic Analysis of Law (EAL), like the history of this current of thought within the economic and legal sciences, as well as the tools that are used in the evaluation of the impacts of legal norms in the production of effects. practices and consequences. The second chapter analyzed the importance of Regulatory Impact Analysis (RIA), which, due to its essentiality for public policies, became the obligation of regulatory agents, as well as the actors involved in the editing of regulatory rules – In the Executive Branch or in the Legislative. This analysis stems from the understanding that the legislator's intention does not necessarily produce the expected effects, so that empirical aspects cannot be disregarded by those who make public policies. The research was formulated from the

deductive method, with the elaboration of general hypotheses. Books, articles, and academic works related to the topic addressed during the research were used.

Keywords: Economic Analysis of Law (EAL); Regulatory Impact Analysis (RIA); Externalities; Intended Effects; Regulatory Agencies.

Artigo submetido em: Janeiro de 2020.

Artigo aceito em: Dezembro de 2023.

1 Introdução

O século XX é marcado por maior intervenção dos Estados na atividade econômica. Com crises e guerras, a perspectiva de mão invisível do mercado é substituída por participações direta e indireta, tanto em segmentos considerados estratégicos quanto na instituição de regras, regulação dos mercados. Essas regulações buscam o atendimento de diferentes fins, a exemplo da possibilidade de prosperidade de empresas e o respeito a consumidores e trabalhadores.

O fenômeno da regulamentação, bem como o surgimento da figura do regulamentador, ou da agência reguladora, confere poderes a corpos burocráticos, em regra ligados ao Poder Executivo, bem como ao Poder Legislativo, para a edição de regras que influenciem mercados. Dessas circunstâncias decorrem oportunidades e armadilhas.

Entre os possíveis problemas, a título exemplificativo, está a ocorrência da captura do regulador. Esse fenômeno é caracterizado pelo exercício de influência maléfica dos agentes regulados sobre os reguladores, influenciando para que as regras criadas não estejam voltadas ao desenvolvimento do mercado da melhor forma, mas sim para o atendimento dos interesses dos agentes da indústria regulada.

Há, porém, riscos que sequer estão ligados à associação indesejada entre indústria regulada e regulador. É possível que a regulação da atividade econômica se demonstre ineficiente, sem eficácia. E essa eficácia não está relacionada a eventual juízo de valor que se faça sobre a norma, mas sim ao descasamento entre as expectativas do regulador e o resultado da política pública implementada.

Além dessa frustração das expectativas, é necessário avaliar se os resultados da regulação são positivos. O Estado assume diversos compromissos com a sociedade, o que inclui os agentes econômicos. Então, a criação de regras que interferem nos mercados deve ser constantemente avaliada. Recentemente, ao tratar

de legislação pertinente à regulação de atividade econômica, o Estado brasileiro reconheceu essa necessidade e instituiu a Análise do Impacto Regulatório (AIR).

Como exemplo, é citado o caso do setor bancário brasileiro. Na década de 1990, a prioridade foi a segurança do sistema, de modo que o Estado interveio para permitir a compra de instituições financeiras públicas e privadas problemáticas. Embora o sistema financeiro brasileiro tenha se tornado um dos mais seguros do mundo, também houve forte concentração bancária. Poucos *players* dominaram o segmento, o que traz prejuízos do ponto de vista concorrencial.

A resposta veio nos últimos anos, com o Banco Central do Brasil, o órgão regulador, atuando junto ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo para criar regras que estimulem o ambiente competitivo no segmento bancário. Embora as mudanças sejam lentas, diversas iniciativas foram realizadas, com resultados positivos no acesso e aumento da oferta de serviços financeiros, a exemplo do sistema de pagamentos instantâneos, no Brasil denominado de “PIX”.

Diante da necessidade permanente de Análise do Impacto Regulatório (AIR) das medidas tomadas pelos agentes reguladores, defende-se como ponto principal que a Análise Econômica do Direito (AED) fornece ferramentas importantes para a análise de eficácia dos efeitos da norma jurídica. Defende-se, inclusive, que essa avaliação depende da expressa manifestação do legislador quanto aos efeitos pretendidos, tendo em vista que a Ordem Econômica Constitucional comporta elementos que não estão, necessariamente, associados apenas ao desenvolvimento concorrencial dos mercados.

Para cumprir com o objetivo principal proposto, o primeiro tópico da pesquisa aborda a temática da Análise Econômica do Direito (AED), desde a história da criação desta escola de pensamento e interpretação das ciências jurídica e econômica, até as instituições de que se valem dos profissionais que utilizam seus métodos. O segundo tópico aborda a Análise do Impacto Regulatório (AIR),

compreendendo as obrigações do regulador e como o sistema de avaliação pode ser otimizado, especialmente com base em critérios de eficácia e externalidades.

O método utilizado para a elaboração da pesquisa foi o dedutivo, com a técnica qualitativa sobre as referências bibliográficas disponíveis a respeito do tema. Foram formuladas hipóteses gerais para a obtenção de conclusões específicas relacionadas ao objetivo proposto, tomando por base o estudo do material composto por livros, artigos e normas editadas pelo Poder Legislativo.

A conclusão é de que se faz necessária a Análise do Impacto Regulatório (AIR) de medidas dos agentes reguladores com base em dois principais critérios: consistência entre o planejamento e o resultado, assim como da observância de externalidades, positivas ou negativas. A Análise Econômica do Direito (AED) pode contribuir para essa avaliação.

2 A análise econômica do direito (AED) e as suas ferramentas de avaliação

A norma jurídica, gênero do qual a regra de regulamentação econômica é espécie, pode ser avaliada com base em diferentes critérios. Há autores que buscam a interpretação da norma jurídica tomando por base elementos lógicos; outros se valem de instrumentos linguísticos para compreender o fenômeno das leis em geral. Outra forma de avaliação é a utilização da Análise Econômica do Direito (AED).

Embora sejam ciências jurídicas distintas, com universos particulares, o fato é que “tanto o Direito quanto a Economia lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade” (Salama, 2017, p. 2). Desse modo, há esforços realizados em favor da aproximação desses universos, na expectativa de que possa haver convergência entre as metodologias utilizadas em ambas as ciências.

O Direito, embora seja principalmente constituído com base na linguagem, no uso verbal, contrasta com a Economia, que se

torna cada vez mais matemática, empírica, decorrente da utilização de modelos. A avaliação da realidade no campo econômico é contrastada com as proposições hermenêuticas da ciência jurídica. Enquanto a Economia tem por foco o conceito de custo, o Direito se concentra no conceito de legalidade (Salama, 2017).

Essa distância tem sido encurtada a partir do surgimento e proliferação da disciplina, ou campo de análise, como se prefira chamar, denominada Análise Econômica do Direito (AED). Esse conceito é sinônimo de “Direito e Economia”. Essa aproximação deriva também das expressões utilizadas em inglês – *Economics Analysis of Law* e *Law & Economics*.

A Análise Econômica do Direito (AED) teve sua aplicação apenas a partir da década de 1960, quando o movimento surgiu no âmbito acadêmico norte-americano, tendo como expoentes Ronald Coase, Guido Calabresi e Gary Becker. Atualmente, Richard Posner é apontado como o principal nome da Análise Econômica do Direito (AED).

Os trabalhos de Ronald Coase são igualmente destacados, à medida em que se concentraram especificamente no custo social como um problema que exige a unificação de critérios jurídicos e econômicos. Um dos grandes méritos das obras de Coase foi tentar interpretar a realidade humana não exclusivamente numa perspectiva econômica. Tabak (2015, p. 323) comenta que a obra de Coase é uma das mais importantes referências da Análise Econômica do Direito (AED), pois influenciou uma geração de estudiosos do Direito e da Economia, principalmente quando se refere ao Teorema de Coase, que considera o direito de propriedade sob o olhar da Economia, informando que a eficiência econômica será sempre alcançada quando se está dentro de um mercado onde as trocas são livres entre agentes econômicos, com ausências de custos de transação, tendo como premissas iniciais a definição precisa dos direitos de propriedade. Existem vários tipos de custos de transação que podem ser definidos como custos necessários

para se poder realizar trocas em uma economia, e estes passam a desempenhar papel relevante na avaliação das leis e políticas públicas em uma economia.

Coase, prêmio Nobel de Economia, desenvolveu seu teorema sem a utilização de grandes instrumentos econométricos. Desse modo, a parte mais laureada de sua obra decorre de análise que, em um primeiro momento, não foi constituída sob olhar empírico. Porém, passadas aproximadamente oito décadas de suas formulações, o Teorema de Coase continua a ser aplicado e comprovado por estudos econométricos.

Alvarez (2006) sintetiza o processo de transposição de conceitos econômicos para a ciência jurídica. Essa transposição se deu na década de 1970, quando o universo jurídico busca distintos amparos para a interpretação de suas normas. Aquela visão do Direito como o conjunto de conceitos, doutrinas e princípios que são inferidos das distintas opiniões jurídicas dá espaço ao surgimento de três correntes.

Além da Análise Econômica do Direito (AED), que introduz a Economia e elementos particulares dessa ciência para a avaliação da norma jurídica e dos seus efeitos, também houve o ganho de espaço por parte da Escola Crítica do Direito. Sob forte influência de pensadores como Habermas, Foucault e Rorty, a Escola Crítica do Direito busca analisar o universo jurídico com base em elementos políticos e sociais, decorrentes da dinâmica e do exercício de poder.

Alvarez (2006, p. 52) sintetiza o início da Análise Econômica do Direito tomando por base as publicações de obras importantes e pertinentes ao tema. Podem ser destacadas as seguintes obras: Ronald H Coase, na obra *The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics*, número 3 (1960), critica o papel intervencionista do Estado e a inconsistência da economia de bem-estar ao analisar o problema do custo social ou efeitos externos produzidos pelas atividades econômicas; e Guido Calabresi, na obra *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, Yale Law Journal*, volume 68 (1961), que faz o exame, sob a ótica da teoria econômica, da

distribuição do risco como critério de imputação da responsabilidade que informa o direito de danos, sendo impulsionado em 1973, com publicação de Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, consolidando o movimento. Como razões da importância dessas obras, podemos citar duas: a primeira, por serem estudos sistemáticos da maioria dos setores do sistema jurídico americano, desde a perspectiva da análise econômica; a segunda, por conterem as principais teses da tendência predominante polarizada na Escola de Chicago e consistente na teoria positiva do sistema jurídico desde a perspectiva do paradigma do mercado e da eficiência econômica.

A terceira linha de raciocínio do universo jurídico que se destaca a partir da década de 1970 é a *Right Based*. Sob a influência de autores como Rawls, Nozick e Dworkin, a norma jurídica e os seus efeitos passam a ser analisados com base na pretensão de obtenção de uma sociedade justa. É a perseguição desse modelo de justiça que passa a guiar as proposições associadas ao desenvolvimento da Ciência do Direito (Alvarez, 2006). É importante esclarecer as aproximações entre a Análise Econômica do Direito (AED) e a Escola Crítica do Direito (CLS).

Destacam-se as seguintes características comuns entre a Análise Econômica do Direito (AED) e a Escola Crítica do Direito (CLS): 1) rejeitam a visão da autonomia do Direito em relação às realidades sociais e, portanto, como disciplina autônoma das demais ciências sociais; (2) utilizam as idéias e métodos de outras disciplinas, a exemplo da Economia e da Política, havendo interdisciplinaridade na análise da realidade jurídica; (3) reagem à concepção dominante, convencionalismo ou tradicionalismo, cuja tese fundamental é o anti-reducionismo à Filosofia, à Política, à Economia; rejeitam o raciocínio abstrato e são hostis em relação ao conhecimento e à ciência exatos – decidir conforme o Direito é decidir consoante as convenções jurídicas estabelecidas, sobre a interpretação, os precedentes e os direitos existentes, não conforme uma determinada concepção política ou as normas da eficiência econômica.

Os dois movimentos assumem as teses do realismo no referente à crítica da jurisprudência tradicional, à desconstrução do pensamento legal clássico por meio do entendimento das normas como fatos. Ambos ressurgem a ideia realista do direito como ciência baseada na metodologia e contribuições das ciências sociais. E, por fim, ambas podem ser vistas como continuadoras da tradição realista americana em sua crítica ao Formalismo e na construção do conhecimento jurídico.

Compreender a contribuição da Análise Econômica do Direito (AED) perpassa pela análise de seus pressupostos, assim como a influência exercida por esses fatores no universo jurídico, na produção de efeitos da norma na dinâmica social, em especial da regulação econômica. E o primeiro elemento para análise é o conceito de escassez.

Escassez é a percepção de que os recursos são limitados, de modo que não é possível atender a todas as necessidades humanas, pelo menos na maior parte dos elementos necessários à vida. Caso os recursos se demonstrassem como infinitos, não existiriam problemas de alocação, pois todos poderiam obter o que desejam, na quantidade que demandam (Salama, 2017).

Salama (2017) explora as consequências dessa escassez sob a perspectiva do ambiente jurídico-social. Em primeiro lugar, toda proteção e provisão de direitos apresenta um custo, que será pago por toda a sociedade. Além disso, a tomada de decisão sobre a regulação apresenta uma troca, que consiste na existência de um ganho, além de uma perda. É por isso que deve sempre ser avaliado o benefício decorrente da norma jurídica, porém, sem perder de vista o custo desta decorrente.

O segundo conceito reside no fato de que os agentes envolvidos na regulação econômica sempre estarão voltados à maximização racional. Isso porque todos os indivíduos buscam maximizar e obter os melhores resultados possíveis para si ao compararem benefícios em relação a seus custos. E a ação humana sempre será racional, à medida em que o ato é praticado para a obtenção de determinado objetivo (Salama, 2017).

Outros dois elementos consistem no equilíbrio e nos incentivos. O equilíbrio é a situação comportamental existente quando os indivíduos estão buscando a maximização de seus interesses com base em seus atos. É o caso, por exemplo, do resultado de uma lei, que é considerado o momento a partir do qual os agentes políticos maximizaram os seus ganhos e interesses dentro das condições possíveis, que geram o equilíbrio. Salama (2017, p. 6-7) conceitua a ocorrência dos incentivos como preços implícitos, pois nos mercados, indivíduos procuram maximizar seus benefícios realizando escolhas que minimizem seus custos e maximizem seus benefícios. Os consumidores, naturalmente, irão consumir menor quantidade de um bem quando o preço subir e maior quantidade quando o preço cair. Já os produtores geralmente seguirão o caminho inverso, e produzirão maior quantidade quando o preço subir e menor quantidade quando o preço cair. É a ordem natural da dinâmica social.

Já as condutas humanas, inseridas em determinado contexto institucional, podem seguir uma dinâmica parecida. Por exemplo: de acordo com o Código Nacional de Trânsito, exceder o limite de velocidade em uma rodovia enseja o pagamento de multa. Portanto, ao dirigir um automóvel em alta velocidade, cada motorista irá sopesar, de um lado, a) o benefício com o aumento da velocidade (por exemplo, por conta do prazer de dirigir rapidamente ou do menor tempo do percurso), e, de outro, b) o custo da multa por excesso de velocidade ponderado pela probabilidade de que haja autuação e imposição da multa. Neste caso específico, os incentivos legais resultam do limite de velocidade estabelecido em lei, do valor da multa e da eficácia da fiscalização.

O último e essencial conceito para o desenvolvimento desta pesquisa é o de Eficiência. Sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito (AED), a eficiência reside na obtenção do máximo resultado possível, ou seja, a maximização dos ganhos, com a diminuição de custos. Sob o aspecto regulatório, o processo adotado será tão mais eficiente quanto maiores os benefícios sem o aumento significativo ou correspondente dos custos.

As proposições legislativas e políticas públicas não estão alheias a todos esses pontos sensíveis à ciência econômica. Salama (2017) utiliza o exemplo hipotético da troca de tomadas para a prevenção de acidentes elétricos em determinada localidade. Propõe-se a mudança para a economia de R\$ 10 milhões de reais com a prevenção de acidentes que já não ocorrem. Porém, se o custo da mudança for superior ao valor economizado com a prevenção, não haverá eficiência na instituição dessa política pública.

Sob a ótica da Análise Econômica do Direito (AED), a eficiência pode ser definida com base no Teorema de Pareto (ou Eficiência de Pareto). Esse critério, conforme propõe Tabak (2015), está associado à unanimidade. O autor recorre ao exemplo da redistribuição de riqueza: se a política pública melhora a condição de alguns agentes, mantendo a satisfação dos demais, então a medida legislativa é eficiente.

Há, porém, hipóteses que requerem análises mais sofisticadas do que a Eficiência de Pareto. Isso porque políticas públicas, em regra, levam à satisfação e à insatisfação de agentes específicos, à medida em que são caracterizadas pela existência de perdedores e vencedores (Tabak, 2015). Lembra-se, inclusive, que as decisões têm custos.

O conceito alternativo para caracterizar a eficiência é o formulado por Kaldor-Hicks. Sem a expectativa de melhora para alguns e satisfação de forma mais generalizada, a avaliação deve se dar com base no confronto entre os benefícios gerados pela política pública e pelos custos sociais que serão impostos com as mudanças introduzidas tomando por base as normas jurídicas. Destaca-se o exemplo, dado por Tabak (2015, p. 324), da construção de uma usina hidrelétrica: como uma política pública que pode levar a um aumento de eficiência, em razão dela proporcionar mais energia para determinadas comunidades, podendo inclusive diminuir de preço, gerando, assim, um benefício social, ao mesmo tempo em que, por outro lado, implica custos ambientais em virtude do alagamento de determinadas áreas, deslocamentos de pessoas que vivem em regiões a serem alagadas e assim por diante. A construção da usina hidrelétrica será eficiente quando acarretar maior

benefício do que custos gerados (Kaldor-Hicks). Contudo, existe uma assimetria entre os agentes, pois os consumidores que receberão essa nova energia sairão ganhando, mas a população que foi deslocada pode perder.

No exemplo supracitado, o confronto entre os ganhos e os custos sociais envolve, inclusive, grupos não homogêneos. Quem foi atendido pelo barateamento de energia teve benefícios que devem ser calculados, para a seguir serem subtraídas as perdas de quem precisou se deslocar dada a inabitabilidade daquele espaço geográfico.

Qualquer que seja o processo legislativo, ou o processo normativo em geral, a decisão não será unânime, afinal, atores sociais serão atingidos de forma distinta pelas medidas, de acordo com suas expectativas, perspectivas e preferências particulares. Por outro, a avaliação de impacto sob a ótica da Análise Econômica do Direito (AED) se mostra fundamental para a avaliação da eficiência, e a introdução de normas na regulamentação econômica não pode ser exceção a essa realidade.

3 A análise do impacto regulatório (AIR) sob a ótica da análise econômica do direito (AED)

Em 2019, o Governo Federal conseguiu junto ao Congresso Nacional a aprovação da Lei nº 13.87/19, que “Instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado (...)”. Ainda que, em grande medida, se trate de norma programática, a intenção foi a criação de diretrizes e instrumentos para a normatização de um ambiente econômico mais propício ao desenvolvimento, ao empreendedorismo.

Entre os principais dispositivos da legislação aprovada está o seu artigo 5º, que instituiu a obrigação de órgãos e entidades da administração pública federal promoverem a análise dos impactos decorrentes de seus atos normativos. Os critérios para a avaliação desses impactos devem levar em consideração a “razoabilidade do seu impacto econômico” (Brasil, 2019), nos exatos termos do artigo 5º que determina a realização prévia de estudos de Análise do

Impacto Regulatório (AIR), que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto, bem como o conteúdo, a metodologia da Análise do Impacto Regulatório (AIR), 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 Lei nº 13.874/19 determinou a regulamentação do seu artigo 5º, que veio com a edição do Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, pela presidência da República. Entre as considerações iniciais, contidas no artigo 1º, está a determinação de que o conteúdo do decreto é aplicável a propostas de atos normativos realizadas por colegiados ou por meio da entidade encarregada pela regulação (Brasil, 2020).

O artigo 7º do Decreto nº 10.411/20 determinou quais seriam as técnicas a serem adotadas para a elaboração da Análise do Impacto Regulatório (AIR). As técnicas consistem em análise multicritério, análise do custo-benefício, do custo-efetividade, do custo, análise de risco ou análise risco-risco (Brasil, 2020). Como se observa, a expectativa do Estado foi de instituir critérios mais objetivos para analisar a regulamentação econômica.

Porto, Garoupa e Guerra (2019) classificam a Análise do Impacto Regulatório (AIR) como ferramenta para a construção de soluções no contexto da investigação de cenários durante a tomada de decisões. Kirkpatrick e Parker (2007) defendem a importância dessa análise para as políticas públicas à medida em que a regulação econômica reflete escolhas sociais e políticas. Porto, Garoupa e Guerra (2019, p. 176) sintetizam o surgimento desse instrumento da Análise do Impacto Regulatório (AIR) no contexto europeu, inicialmente no Reino Unido e, depois, na Holanda, como uma ferramenta de orientação de políticas públicas e atos normativos, especificamente sobre Regulação e Intervenção Administrativa, pois é mais completa do que uma simples Análise de Custo-Benefício (ACB); mais sistemática; mais transparente em relação a suas pre-

missas e conclusões; mais fácil de ser compreendida e criticada e, atualmente, goza de alta padronização, o que permite comparações internacionais e frequentes atualizações.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) teve importante papel no desenvolvimento e nos procedimentos de execução da Análise do Impacto Regulatório (AIR). Radaeli (2009) aponta, no entanto, que a experiência da União Europeia com a implementação dessa análise não tem sido de toda exitosa. Os reguladores ainda encontram dificuldades no processo de implementar essa avaliação, que esbarra na discussão metodológica.

Salinas (2016) analisa a influência europeia no desenvolvimento da Análise do Impacto Regulatório (AIR) na discussão brasileira sobre políticas regulatórias. A força da temática decorre da percepção de que a legitimidade da regulamentação econômica não é mais alcançada apenas pela legitimação da atuação do poder público, mas sim pela maior eficiência da utilização dos recursos e esforços públicos, bem como pelo resultado (consequências) das medidas adotadas.

Hahn (2009) explica o impacto da regulação econômica, que é custosa aos países e, conseqüentemente, à sociedade. Mais do que a relação de custo *versus* benefício do ato regulador, a AIR se dispõe a melhorar os padrões de governança regulatório, bem como a aferir a eficiência das medidas propostas. O trabalho de Hahn (2009) estimou que nos Estados Unidos da América o custo da regulação chega a 9% do PIB; na Austrália, a 19% do PIB.

Aragão (2008) dá ênfase ao fato de que apenas a eficiência da medida não é suficiente à análise. A política pública pode ser eficiente no sentido de conseguir cumprir o objetivo proposto pelo agente regulador. Porém, a Análise do Impacto Regulatório (AIR) demanda a utilização de ferramentas para compreensão dos impactos positivos e negativos.

A utilização de instrumentos econômicos, no entanto, não é perfeita e infalível na proposição de análises de impacto. Porto, Garoupa e Guerra (2019) defendem que parte da aceitação da uti-

lização dessas ferramentas é a aceitação de que podem ocorrer falhas na Análise do Impacto Regulatório (AIR), ainda que tenha sido considerada “ideal”.

Aqueles que pensam em termos jurídicos, que operacionalizam o Direito, podem se mostrar resistentes à aceitação da Economia como ferramenta para avaliação e valoração objetiva de direitos e garantias decorrentes da regulamentação. É nesse contexto que a análise consequencialista oferece meios de compreender eventuais custos, ganhos, benefícios, perdas e custos decorrentes da regulação.

Porto, Garoupa e Guerra (2019) propõem que a Análise do Impacto Regulatório (AIR) também deve atender para os objetivos da atividade reguladora, que não é restrita a critérios de eficiência. Recorre-se, novamente, ao exemplo do segmento bancário. A regulação não objetiva apenas a otimização do segmento. Estão incluídos entre esses objetivos a proteção ao consumidor, questão de segurança, de proteção de dados, preocupações legítimas com grupos vulneráveis e afins.

A análise tradicional, que é restrita a custos *versus* benefícios, deve ter incorporados os denominados “posições relativas”. Há a incorporação de metas que não são econômicas, assim como foi feito no Reino Unido, a exemplo da “análise de equidade” e “outras possíveis metas não econômicas”. Há, além de oferta de pontos de vistas distintos, elementos metodológicos mais robustos (Posner, 2001).

Meneguín e Bijos (2016) elencam os elementos essenciais para a proposição adequada de Análise do Impacto Regulatório (AIR). A compreensão desses pressupostos permite o entendimento de como a Análise Econômica do Direito (AED) oferece ferramentas importantes para o agente regulador, ou para aquele que se pretenda ao escrutínio de sua atividade e das medidas regulatórias adotadas.

O primeiro elemento para a avaliação da regulação é a definição do problema. A atividade do regulador não é a intervenção para justificativa de sua existência, ou para o mero exercício de suas atribuições. A regulação econômica atende ao pressuposto de que há falhas de mercado a serem resolvidas, a exemplo de

assimetria de informações. Ou, ainda que o problema não seja essencialmente econômico, ele precisa ser igualmente definido e justificado, como são questões ambientais (Meneguín; Bijos, 2016).

Identificados os problemas que geram a demanda da regulação, a coleta de dados é indispensável. Meneguín e Bijos (2016, p. 9) mencionam que a coleta de dados pode ser feita por métodos disponíveis, "(...) aplicação de questionários, consultas públicas, entrevistas, modelagem econométrica, entre outros".

A coleta de dados possibilita que sejam avaliadas as opções regulatórias, mediante a consideração das possibilidades de intervenção governamental (Meneguín; Bijos, 2016). É nessa fase em que devem ser descartadas as opções que se demonstrem insuficientes, além daquelas que sejam desproporcionais ao problema enfrentado. Meneguín e Bijos (2016, p. 9) mencionam os dois últimos elementos da Análise do Impacto Regulatório (AIR) como sendo: a avaliação das alternativas que utiliza as técnicas de análise de menor custo, de análise de custo efetividade, de análise custo-benefício ou de análise de risco, incluindo-se a "opção zero", que representa a alternativa que capta a evolução do cenário quando não há mudança na política regulatória; e a escolha da política a ser adotada após a verificação comparativa das possibilidades a serem adotadas. Cabe lembrar que a AIR é mais um instrumento e não um determinante para a escolha resultante do processo político decisório.

Esses procedimentos administrativos são indispensáveis para que as diferentes perspectivas sejam analisadas. A regulação econômica envolve fatores políticos, econômicos e sociais. Além dos agentes regulados, há a parcela da sociedade que é diretamente impactada pelos efeitos dos atos regulatórios (Kurniawan, 2018).

Haynes e coautores (2012) defendem, inclusive, que a Análise do Impacto Regulatório (AIR) também leve em consideração elementos de Experimentos Randomizados Controlados (ERC). Duas políticas de regulamentação devem ser comparadas, com os resultados esperados para a adoção de cada uma delas.

Após essa avaliação, são feitos testes com grupos randomizados na expectativa de que a introdução da regulamentação confirme os resultados esperados. O impacto da intervenção, inclusive mediante a observação de resultados não esperados, é importante para que a regulação econômica seja adaptada aos achados da prática. Após a compreensão do que funcionou ou não, a regulação econômica pode ser posta em prática para um grupo maior (Haynes *et al.*, 2012).

Esse é o caso em que a regulamentação é testada em pequeno grupo, ou por curto período. E essa estratégia pode ser importante para controlar eventuais custos indesejados decorrentes da regulação, para que não sejam extrapolados a grupos maiores da sociedade. Caso os resultados observados sejam positivos, não haverá dificuldades para a ampliação da regulação a grupos maiores.

Os critérios e as ferramentas da Análise Econômica do Direito (AED), a exemplo da Eficiência de Kaldor-Hicks, já estão associados à Análise do Impacto Regulatório (AIR), análise esta que é demandada para a formulação de políticas públicas e de atos e regulação econômica, de acordo com o Decreto nº 10.411/20.

4 Conclusão

Como demonstrado ao longo da pesquisa, a regulação de atividades econômicas é um tema sensível. Além dos potenciais efeitos econômicos, há impactos de natureza social decorrentes de políticas públicas acertadas ou equivocadas, e os benefícios e malefícios decorrentes da regulação econômica nem sempre estão explícitos.

Com a edição do Decreto nº 10.411/20, que regulamentou o artigo 5º da Lei de Liberdade Econômica, a Análise do Impacto Regulatório (AIR) passou a ser obrigação dos agentes reguladores em todos os setores. E a Análise Econômica do Direito (AED) oferece elementos e ferramentas importantes para serem utilizados na avaliação da regulação econômica, a exemplo da utilização do critério de Eficiência de Kaldor-Hicks.

Sob essa perspectiva de maximização do bem-estar por meio da eficiência, de modo que sempre sejam analisados os benefícios *versus* custos da regulação econômica, é importante que as medidas sejam claras quanto a suas expectativas e resultados esperados. Além de aspectos econômicos, o agente regulador deve ser claro quanto às demais questões endereçadas, a exemplo daquelas de equidade ou de justiça social.

A adoção de elementos que não são puramente econômicos na regulação de atividades não afasta a aplicação da Análise Econômica do Direito (AED). A AED, na verdade, tem a sua utilização reforçada nessas circunstâncias, na expectativa de que sejam diminuídos os custos de medidas positivas. Recomenda-se, inclusive, que as intenções do regulador, em cada ato, sejam explicitadas na norma jurídica, de modo que a eficiência possa ser verificada sob a ótica da Análise Econômica do Direito (AED).

A Análise Econômica do Direito (AED) deve ser sempre considerada quando for feita a Análise do Impacto Regulatório (AIR) de uma atividade, de uma política pública a ser adotada em determinado setor, ou um procedimento que demanda a atuação regulatória do Estado, previamente à elaboração de atos normativos, para que sejam constatados os possíveis impactos de cada alternativa de ação para que seja escolhida a que melhor alcança os objetivos pretendidos, com menos custos e mais eficiência, a fim de se evitar adotar ações governamentais e políticas públicas que gerem mais custos do que benefícios para a sociedade ou setor a que se destina a ação do Estado. Ambas devem ser analisadas conjuntamente para se conferir racionalidade na edição de atos normativos e otimizá-los ao máximo, já que o excesso de regulação reduz a competitividade no mercado e eficiência das atividades econômicas, configurando um entrave ao crescimento do setor ou da atividade no Brasil.

5 Referências

ALVAREZ, A. A. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p321.pdf. Acesso em: 26 set. 2022.

ARAGÃO, A. S. de. **Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e economicidade**. In: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D.; BINEMBOJM, G. (org.). Vinte anos da constituição federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. **Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências**. Presidência da República, Brasília, DF, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020. **Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Presidência da República, Brasília, DF, 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10411.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

HAHN, R. W. **Reviving Regulatory Reform: A Global Perspective**. Washington: Library of Congress, 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1409860. Acesso em: 26 set. 2022.

HAYNES *et al.* **Test, Learn, Adapt**. Developing Public Policy with Randomised Controlled Trials. Londres: Cabinet Office Behavioural Insights Team 2012. Disponível em: <https://www.bi.team/publications/test-learn-adapt-developing-public-policy-with-randomised-controlled-trials/>. Acesso em: 26 set. 2022.

KIRKPATRICK, C.; PARKER, D. **Regulatory Impact Assessment: an Overview**. In: KIRKPATRICK, C.; PARKER, D. (org.). *Regulatory Impact Assessment: towards Better Regulation?* Massachusetts: Edward Elgar, 2007.

KURNIAWAN, T. Regulatory impact assessment and its challenges: An empirical analysis from Indonesia. **Kasetsart Journal of Social Sciences**, v. 39, n. 1, p. 105-108, 2018. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2452315117306197>. Acesso em: 26 set. 2022.

MENEGUIN, F. B.; BIJOS, P. R. S. **Avaliação de Impacto Regulatório** – como melhorar a qualidade das normas. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2016 (Texto para Discussão n. 193). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/519163#:~:text=jornais%20e%20revistas-,Avalia%C3%A7%C3%A3o%20de%20impacto%20regulat%C3%B3rio%20%3A%20como%20melhorar%20a%20qualidade%20das%20normas,%C3%A0s%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas%20em%20geral>. Acesso em: 25 set. 2022.

POSNER, E. A. Controlling agencies with cost-benefit analysis: a positive political theory perspective, **The University of Chicago Law Review**, v. 68, n. 4, p. 1137-1199, 2001.

PORTO, A. J. M.; GAROUPA, N.; GUERRA, S. Análise de Impacto Regulatório: Dimensões Econômicas de sua Aplicação. **Economic Analysis of Law Review**, v. 10, n. 2, p. 173-190, maio-ago. 2019. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/issue/view/565>. Acesso em: 26 set. 2022.

RADAELLI, C. M. **Better Regulation and the Lisbon agenda**. University of Exeter, 2009. Disponível em: <https://ore.exeter.ac.uk/repository/handle/10036/23932>. Acesso em: 26 set. 2022.

SALAMA, B. M. **Análise Econômica do Direito**. Tomo I – Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo: Enciclopédia Jurídica da PUCSP, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/41/edicao-1/analise-economica-do-direito>. Acesso em: 26 set. 2022.

SALINAS, N. S. C. Por um uso abrangente da Análise de Impacto Regulatório no Brasil. **Colunas Direito de Estado**, n. 126, 2016.

TABAK, B. M. A Análise Econômica do Direito. Proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, ano 52, n. 205, p. 321-345, jan./mar. 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509955>. Acesso em: 26 set. 2022.