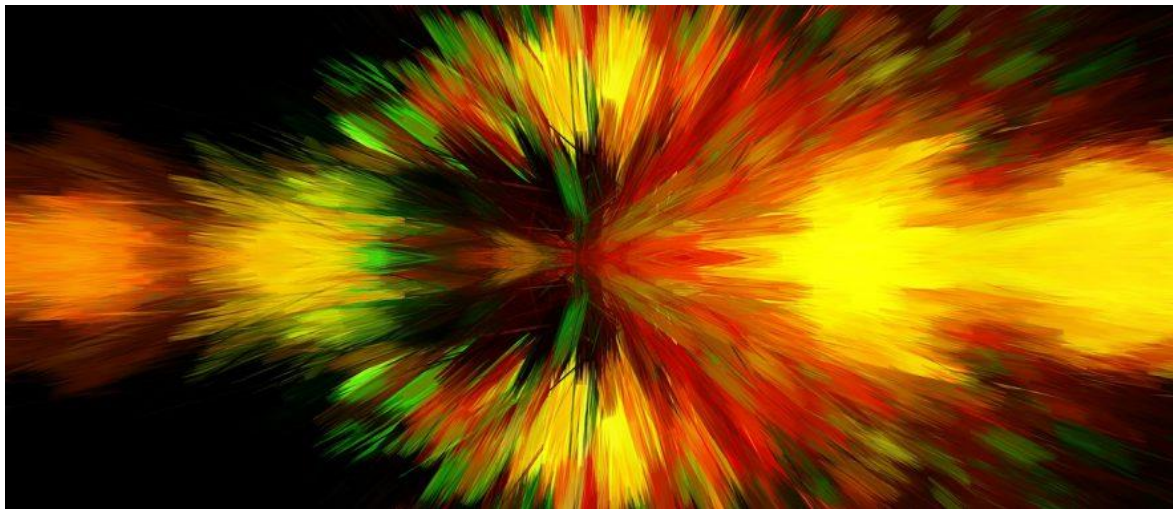


Análise de Impacto Regulatório

Os pressupostos ocultos da consulta pública - Parte III

Felipe de Paula

26 de Outubro de 2017



No terceiro e último texto relativo à Consulta Pública nº 01/2017, aberta pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República (SAG), relativa às *Diretrizes Gerais* e ao *Guia Orientativo de Elaboração de Análises de Impacto Regulatório* (AIR), abordo dois temas remanescentes. Primeiro, a bem-vinda referência à chamada Avaliação de Resultado Regulatório (ARR); depois, o próprio modelo de consulta pública utilizado.

A Análise de Resultado Regulatório foi definida pela minuta como “*um instrumento de avaliação do desempenho do ato normativo adotado ou alterado, considerando o atingimento dos objetivos e resultados pretendidos, bem como demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação*”. Segundo a proposta, estarão sujeitos à ARR os atos normativos dispensados de AIR prévia ou aqueles que forem submetidos à AIR Nível II (mais complexa), em até dois anos ou em prazo estipulado pelo ato normativo. A referência é explícita e direta ao que usualmente se qualifica como *avaliação retrospectiva* ou *avaliação ex post*, realizada em momento posterior à edição da norma, com o intuito de examinar os efeitos reais produzidos.

A previsão é consentânea com o momento internacional. Existe um relevante aumento de avaliações *a posteriori*, bem como de sua defesa. O forte pleito por análises *ex post* está explícito, por exemplo, no pacote *Better Regulation* proposto pela Comissão Europeia em 2015; a OCDE também ampliou a exigência por seu uso, e inúmeros países têm avançado em programas sistemáticos de análise retrospectiva, incorporando-a ao ciclo de vida regulatório^[1].

Há ganhos potenciais. Avaliações *ex ante* enfrentam problemas de diversas ordens – em especial metodológicos, ao tentar prever o que ocorrerá –, e parece intuitivo aceitar que dados provenientes da experiência empírica informam melhor os reguladores. Apenas após a implementação da norma é possível detectar impactos e efeitos reais, diretos e indiretos, ocorridos no próprio campo. Completa-se, também, a característica cíclica da atividade regulatória, que se vale de *feedbacks* periódicos para alimentar novos ajustes.

Avaliações *ex post* permitem ainda a percepção mais precisa da cadeia de ocorrências, facilitando a observação de falhas de planejamento e implementação. Permitem que se mitiguem controvérsias surgidas ao longo do debate normativo a respeito das consequências de determinada medida. Finalmente, em aspecto fundamental, permitem que se controlem a qualidade e a credibilidade das avaliações *ex ante* previamente elaboradas.

De outro lado, avaliações *ex post* também enfrentam entraves metodológicos – detectar causalidades frente a resultados inesperados é um deles –, muitos dos quais são partilhados com a AIR. Ademais, emergem aqui, talvez com mais força, custos políticos próprios a processos avaliativos. Ao fim e ao cabo, a avaliação *ex post* desnuda a

(falta de) qualidade da intervenção sugerida e implementada por determinado ator estatal. Está sujeita, pois, a riscos de boicote e instrumentalização.

Como último ponto, há um problema inerente ao debate de análise de impacto de atos normativos – em especial de avaliações *ex post*. É que é bastante difícil encontrar critérios sólidos que permitam definir e separar, com clareza, o que é a avaliação do “desempenho” do ato normativo e o que é o “desempenho” da ação pública em si. Raros autores enfrentam o assunto, que merece pesquisas mais aprofundadas.

Sob outra ótica, a Consulta sobre AIRs também permite discutir o próprio desenho de oitivas. Apesar do inequívoco avanço em se abrir o debate, bem como em se pré-definir temas aptos a receberem contribuições (garantindo organização à participação), o formato adotado é, em boa medida, hermético e antiquado.

O sítio eletrônico da Consulta Pública oferece ao potencial consultado dois formulários a serem preenchidos, que devem, posteriormente, ser enviados, por e-mail, à Casa Civil. Com base nos conceitos de Guilherme Almeida de Almeida^[2], adotou-se um *modelo estático* em detrimento de um *modelo dinâmico* de participação.

É *estático* o modelo de consulta em que o cidadão se dirige ao poder público, usualmente mediante correio eletrônico, em relação puramente bilateral. A manifestação é recebida pela autoridade, mas não está sob escrutínio público imediato. É *dinâmico* o modelo que permite a interação colaborativa entre todos os envolvidos, em uma mesma plataforma, de forma ampla, transparente e multilateral. Foi adotado, por exemplo, no debate relativo ao Marco Civil da Internet: o cidadão pôde sugerir ajustes e debater não apenas com o poder público, mas também com seus pares.

Em um modelo estático, há baixa oportunidade de incrementação de proposta proveniente da sociedade civil por parte de outro ator privado – o agente A não conhece nem interage com a proposta do agente B. Não há debates abertos sobre sugestões apresentadas a um mesmo tópico. E, quando o poder público corretamente se compromete a dar retorno aos consultados, como é o presente caso, há necessidade de se posicionar sobre todas as sugestões, o que demanda um trabalho hercúleo.

Em um modelo dinâmico, a aparente dificuldade de gerenciamento pode se tornar, na prática, um facilitador. Se bem desenhado, o debate amplo indica e define os pontos-chave de debate, permitindo filtrar argumentos frágeis e pré-organizar o volume de informações. Descomplica a coleta, a consolidação e, conseqüentemente, a avaliação e a resposta por parte do poder público.

O desenho dinâmico tem, ainda, vantagens imperceptíveis à primeira vista. São das mais variadas ordens, como por exemplo (i) a equalização dos partícipes que, ao menos teoricamente, participam em pé de igualdade; (ii) a agregação de propostas e, especialmente, de análises sobre sugestões não originalmente previstas; (iii) o fomento à publicação ativa de documentos – posicionamentos políticos são invariavelmente disponibilizados *on line* e se colocam sob o crivo público –; (iv) o teste de argumentos perante o setor, tanto sob o ponto de vista do técnico quanto sob o ponto de vista político; (v) os evidentes ganhos de legitimidade ao processo.

Tem-se, portanto, modelo que – novamente, se bem desenhado – gera ganhos importantes: facilita o trabalho técnico de pós-consulta, permite a interação entre agentes distintos, amplia a legitimidade do produto final e fomenta a transparência. Mais: na linha do que pretende a própria implementação da AIR, gera forte ônus argumentativo ao governo, caso a decisão final se descole de bons posicionamentos públicos. A consulta em causa dá diretrizes a consultas vindouras. Importa, portanto, que isso seja considerado.

[1] Cf. **União Europeia** COM (2015) 215; COM (2015) 216. Disponíveis [on line], respectivamente, em http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/com_2015_215_en.pdf e em http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/com_2015_216_en.pdf. Cf. também **OCDE**, *Regulatory Policy in Perspective: a reader's companion to the OECD regulatory policy outlook*. Paris: OECD Publishing, 2015.

[2] ALMEIDA, Guilherme Almeida de. Marco Civil da Internet: antecedentes, formulação colaborativa e resultados alcançados. In **ARTESE, Gustavo (org)**. *Marco Civil da Internet: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 19-63.

Felipe de Paula - Doutor em direito pela Universidade de São Paulo, é sócio de Regulação e Assuntos Governamentais de Levy & Salomão Advogados.