

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: O *MAINSTREAM* DA MELHORIA
REGULATÓRIA**

ISABELA CORREIA MARZULLO

RIO DE JANEIRO

2020

ISABELA CORREIA MARZULLO

**ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: O *MAINSTREAM* DA MELHORIA
REGULATÓRIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha.**

RIO DE JANEIRO

2020

CIP - Catalogação na Publicação

CM357a Correia Marzullo, Isabela
 ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: O MAINSTREAM DA
 MELHORIA REGULATÓRIA / Isabela Correia Marzullo. --
 Rio de Janeiro, 2020.
 66 f.

 Orientador: Carlos Alberto Pereira das Neves
 Bolonha.

 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

 1. Análise de Impacto Regulatório. 2. Estado
 Regulador. 3. Agências Reguladoras. 4. Regulação
 Pública. I. Alberto Pereira das Neves Bolonha,
 Carlos, orient. II. Título.

ISABELA CORREIA MARZULLO

**ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: O *MAINSTREAM* DA MELHORIA
REGULATÓRIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2020

AGRADECIMENTOS

Meus mais sinceros agradecimentos:

Ao meu pai e à minha mãe, Roney e Claudia, por terem me dado seus braços para descansar e asas para voar alto. Não existem palavras que demonstrem o meu amor por vocês. Sou eternamente grata pela sorte de tê-los em minha vida.

Aos meus irmãos, João Pedro e Fernanda, por quem carrego enorme amor e admiração, pelo carinho, cumplicidade e suporte.

Aos meus avós Joaquim, Iracema e Hilka, meus grandes exemplos, pelos grandes ensinamentos e pelo prazer e felicidade de tê-los por perto.

Às minhas amigas queridas, Beatriz, Caroline, Clarissa, Edoarda e Nanda, pela paciência em ouvir os meus maiores temores e por todo incentivo, essenciais para que eu seguisse adiante.

Aos meus colegas de trabalho do Souto Correa, que me acolheram e tanto me ensinaram ao longo desse último ano. Em especial Lívia Amorim e Clarissa Leão, por todos os ensinamentos e incentivos. É genuína minha admiração por vocês.

Ao meu orientador Carlos Bolonha, pelo exemplo de profissional e pessoa, pelo suporte desde o início da faculdade e principalmente pelas orientações.

À Luciana Silveira, que incansavelmente me incentivou e auxiliou no processo de elaboração deste trabalho.

E por fim, a Faculdade Nacional de Direito, palco de grandes transformações e berço de ambição e coragem.

RESUMO

Diante da falta de eficácia do modelo regulatório brasileiro, relacionada à falta de informação do Poder Público sobre a realidade e à falta de adesão do mercado aos atos normativos, o presente estudo busca apresentar a Análise de Impacto Regulatório (AIR) como uma ferramenta para melhoria da qualidade regulatória. A AIR é um procedimento adotado para tomada de decisão regulatória baseada em evidências, que tem como sujeito os agentes reguladores e como objeto o ato administrativo de interesse geral, como manifestação da política regulatória elaborada em conformidade com as políticas públicas. Sustenta-se que a AIR, com a observação das opções políticas existentes e com a análise racional dos resultados práticos, contribui para o aumento da eficiência. Aponta-se, ainda, a importância da participação social na AIR, de modo a fornecer informações, evidências e dados à tomada de decisão, tornando-a mais transparente. Esse aspecto leva a outro: a legitimidade do papel do Estado regulador. Através da publicação de guias recomendatórios, o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação foi o indutor da implementação da AIR no Brasil. A análise da AIR à luz da melhoria regulatória ganha relevância em sua fase atual: a normatização do instrumento no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Análise de Impacto Regulatório; Estado regulador, Regulação Pública.

ABSTRACT

Faced with the problem of the effectiveness of the Brazilian regulatory model, related to the lack of information from the Public Power on the reality and the lack of market adherence to regulatory acts, the present study seeks to present the Regulatory Impact Analysis (RIA) as a tool to improve regulatory quality. RIA is a procedure adopted for evidence-based decision making, in which the subject is the regulators and the object is the administrative act of general interest, as a manifestation of the regulatory policy prepared in accordance with public policies. It is argued that RIA, by observing existing policy options and rationally analyzing practical results, contributes to increase efficiency. Also points out the importance of social participation in RIA, in order to provide information, evidence and data to decision making, making it more transparent. This aspect leads to another: the legitimacy of the Regulatory State. Through the publication of recommended guides, the Institutional Capacity Building Program for Regulatory Management was the driving force behind the implementation of AIR in Brazil. The analysis of AIR in the light of the regulatory improvement gains relevance in its current phase: the standardization of the instrument in the Brazilian legal system.

Keywords: *Regulatory Impact Assessment; Regulatory State; Public Regulation.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I - O ESTADO REGULADOR E A ANÁLISE DE IMPACTOS COMO INSTRUMENTO À SUA DISPOSIÇÃO	12
1.1. Breve contextualização do papel do Estado no Brasil.....	12
1.2. O fenômeno das Agências Reguladoras Independentes	16
1.3. Conceituação da AIR.....	21
1.3.1. Objetivos norteadores da AIR	23
CAPÍTULO II - DA RECOMENDAÇÃO À NORMATIZAÇÃO DA AIR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	30
2.1. O exercício do Soft Power: a AIR a nível recomendatório	30
2.2. Os avanços na cultura regulatória brasileira.....	35
2.2.1. Primeiros passos para a melhoria da qualidade regulatória.....	35
2.2.2. O Marco Legal das Agências.....	38
2.2.3. A Proteção da Liberdade Econômica	40
2.2.4. O Regulamento da AIR: análise à luz dos objetivos traçados pelo Pro-Reg.....	42
CAPÍTULO III - OS DESAFIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA AIR NO CONTEXTO BRASILEIRO.....	51
3.1. Desafios para o futuro.....	51
3.2. Maturidade da participação do setor privado na tomada de decisão regulatória	53
3.3. O que a experiência internacional nos mostra?	55
CONCLUSÃO.....	58

INTRODUÇÃO

A Reforma Administrativa de 1998 deu ensejo a redução do aparelho estatal e o processo de transformação do caráter burocrático da Administração Pública em gerencial. Nesse cenário, o Estado social restou substituído pelo Estado regulador, voltado ao planejamento, à regulação e à fiscalização da prestação de serviços públicos e da atividade econômica. Diante disso, o olhar administrativo se voltou para as consequências e os resultados práticos, sob o viés pragmático, bem como para a preocupação com a segurança jurídica, de modo a garantir a atratividade de investimentos do setor privado.

Associadas ao Estado regulador, surgem as Agências Reguladoras Independentes no contexto brasileiro, com vistas a controlar e fiscalizar a iniciativa privada e garantir a prestação de serviços públicos de qualidade. A partir do modelo regulatório já sedimentado, a preocupação com a melhoria regulatória tem sido objeto de discussões. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) advém como um mecanismo de boas praticas adotado para atingir este fim.

A nível internacional, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico tem sido responsável pela publicação de diretrizes recomendatórias para adoção da AIR há alguns anos. No Brasil, desde 2007, o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação, criado a partir de uma parceria entre a Casa Civil e o Banco Interamericano de Desenvolvimento, tem tido o papel importante no sentido de auxiliar órgãos e entidades na melhoria do sistema regulatório como um todo.

Ainda que a Regulação brasileira já esteja sedimentada, verifica-se o problema da eficácia do modelo, que está diretamente relacionado à falta de informação do Poder Público sobre a realidade e à falta de adesão do Setor Privado ao agir regulatório. Tais problemas estão relacionados uma vez que um regulador desinformado acaba por tomar decisões defasadas e, conseqüentemente, rejeitadas pelo setor regulado.

Com isso, o objeto do estudo é a Análise de Impacto Regulatório como um procedimento baseado em evidências e dotado de racionalidade, que tem como sujeito os agentes reguladores (na figura das Agências Reguladoras e dos demais órgãos da Administração Pública) e como

objeto a decisão regulatória, no sentido de ato administrativo de interesse geral, como manifestação da política regulatória emanada em conformidade com as políticas públicas.

A partir da delimitação do mencionado objeto, defende-se a tese de que a implementação da AIR de forma eficaz é um mecanismo fundamental para a melhoria regulatória.

O objetivo geral da pesquisa é analisar os fundamentos pretendidos pela fase recomendatória e aqueles de fato implementados na fase obrigatória, isto é, da fase de instituição da Análise de Impacto Regulatório no ordenamento jurídico brasileiro, através da publicação da Lei Geral das Agências, da Lei de Liberdade Econômica e do Decreto Regulamentador da Análise de Impacto Regulatório.

De forma específica, a pesquisa busca avaliar, no plano normativo, se as disposições estabelecidas auxiliam na operacionalização da AIR de modo eficiente e, portanto, que tornem a AIR um mecanismo à disposição do Estado para auxiliar a melhoria regulatória.

Assim, a pesquisa pretende apontar que o processo decisório, orientado pelo diagnóstico profundo da realidade, possui mais chances de solucionar os problemas verificados, com base nos seguintes pontos centrais: (i) a elaboração da AIR a partir da observação das alternativas e da adoção de uma análise racional de consequências práticas da tomada de decisão, pode vir a contribuir com o aumento da eficiência regulatória; (ii) a institucionalização da participação da sociedade, dos agentes afetados e de outras áreas de expertise do Governo desde o início do processo decisório é fundamental para que a AIR funcione adequadamente, garantindo-se informações de qualidade, evidências e dados à tomada de decisão; e (iii) ao tornar a tomada de decisão mais transparente, explicitando as premissas assumidas para a adoção de determinada alternativa, a AIR torna o papel do Estado regulador mais respeitável ou confiável, de modo a facilitar o controle de seus atos e eventual responsabilização.

No plano da eficácia, a normatização da AIR no Brasil se preocupou em garantir os fundamentos inicialmente previstos pelo Governo Federal na fase recomendatória. De tal forma, através da previsão de realização de consultas públicas no curso do procedimento de análise, o Decreto garante o aumento da transparência e da obtenção de informações pelo regulador. Por meio da necessidade de adoção de metodologias, o texto também institui a

análise racional para a tomada de decisão, diretamente relacionada à legitimidade. Por último, em relação à *vacatio legis* estabelecida pelo Decreto, esta visa garantir que a instituição da ferramenta ocorra de forma eficaz (e não como um mero questionário ou uma lista de itens a ser preenchida para justificar a criação, edição ou revogação de uma regulação).

A tese se sustenta com a demarcação teórica do Estado regulador, à luz do pragmatismo jurídico, a partir do giro democrático constitucional e do giro pragmático do direito administrativo. Diante disso, fixa-se a concepção de Análise de Impacto Regulatório como fio condutor da regulação pública e a melhoria regulatória no sentido de *better regulation*.

O estudo utilizará o método histórico para tratar sobre o desenvolvimento do Estado regulador e do surgimento das agências reguladoras autônomas brasileiras. Para tanto, passa-se pelos seguintes pontos e conceitos teóricos, fundamentais para a compreensão do histórico pretendido: (i) aproximação entre o direito administrativo e a Constituição; (ii) adoção de um viés pragmático do direito administrativo; (iii) ruptura com a administração pública burocrática; e (iv) insurgência da Administração Pública de caráter gerencial.

Para além da metodologia histórica, utilizar-se-á a metodologia descritiva e dedutiva, a partir da análise sistemática de materiais bibliográficos, relatórios internacionais e nacionais sobre a AIR, bem como do ordenamento jurídico recentemente editado sobre o tema. Nesse sentido, buscou-se verificar quais os fundamentos para a adoção da AIR e o que ela pretende atingir e, diante disso, analisar e justificar a atuação do legislador na edição da Lei Geral das Agências, da Lei de Liberdade Econômica e, ainda, na edição do Decreto Regulamentador da Análise de Impacto Regulatório.

Diante disso, o trabalho monográfico foi dividido em três momentos. O primeiro busca abordar o histórico relacionado ao Estado brasileiro, à criação das agências reguladoras e à necessidade de se implementar a AIR para a realização de um processo normativo de qualidade. O segundo momento trata desde a etapa recomendatória da AIR (a nível internacional e nacional) até a normatização desse instrumento no ordenamento jurídico brasileiro, passando-se, assim, a uma etapa obrigatória. Enfim, em um terceiro momento, é categórica a análise dos principais desafios a serem enfrentados pelo Estado e pelo setor privado para a implantação eficaz da AIR, de modo que a qualidade regulatória seja atingida.

CAPÍTULO I - O ESTADO REGULADOR E A ANÁLISE DE IMPACTOS COMO INSTRUMENTO À SUA DISPOSIÇÃO

1.1. Breve contextualização do papel do Estado no Brasil

O termo regulação abarca diversos conceitos e interpretações.¹ Para o estudo, adota-se a concepção de regulação como uma atividade inerente ao Estado moderno, que configura a interferência estatal na coordenação e na disciplina da atividade econômica privada, com base em padrões pré-estabelecidos, direcionada à centralidade de direitos fundamentais e à observância de princípios basilares da Administração Pública.

A preocupação da regulação com os resultados práticos é o fundamento para a implantação de um procedimento racional para a criação de atos normativos: a Análise de Impacto Regulatório (AIR). No entanto, preambular ao exame da AIR e sua normatização no Brasil, é necessário fazer uma breve digressão aos fenômenos que atingiram a ideia de Estado ao longo dos últimos anos e à difusão da regulação pública.

Em primeiro lugar, destaca-se o movimento associado à guinada constitucional do Estado democrático de direito, com vistas a afirmar os direitos fundamentais e o princípio democrático, identificado por Gustavo Binbenbojm como o giro democrático-constitucional do direito administrativo.² O referido giro visa derrotar a origem autoritária da Administração Pública, configurada por categorias jurídicas exorbitantes e pela manutenção de uma lógica de autoridade, imunizada por órgãos de controle interno.

¹ “O verbo “regular” e, especialmente, o substantivo “regulação” denotam a noção de instaurar normas, de fixar a disciplina. Quem regula algo estabelece os parâmetros pelos quais fatos, condutas ou situações deverão ser considerados regulares, legítimos e/ou válidos (e quais serão os desvios inadmitidos). Nesta acepção, “regular” significa “fixar as regras” - que podem instalar inovações ou consolidar costumes, mas em ambos os casos pretendem disciplinar. Quem fixa as regras visa a que o sujeito regulado mude seu comportamento natural. O objetivo é o de que a conduta futura seja de acordo com tais pautas. Sob este aspecto revela-se o direito da regulação econômica: aquele conjunto de ações jurídicas que visam a estabelecer parâmetros de conduta econômica em determinado espaço-tempo.” (MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? *In*: SUNDFELD. Carlos Ari; ROSILHO, André (Orgs.) **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 111 - 112).

² “O giro democrático-constitucional do direito administrativo representa um conjunto de modificações que elevam as bases axiológicas da disciplina ao plano da normatividade da Constituição. Em termos operativos, a constitucionalização do direito administrativo importa o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado Administrativo contemporâneo.” (BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Gustavo Binbenbojm; prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 328.)

A gênese autoritária da Administração Pública possuía uma certa autonomia, caracterizada pelo afastamento do texto constitucional, identificado por Sebastian Martín-Retortillo Baquer como uma “fuga do direito constitucional”.³ Em decorrência desse afastamento, ainda que as constituições passassem por mutações ao longo dos anos, tendo em vista mudanças sociais e econômicas que afetaram a continuidade da doutrina constitucional, a burocracia estatal e as instituições relacionadas a ela se mantiveram estáveis. Menciona-se, nesse sentido, a ilustre fala de Otto Mayer: “as constituições passam, o direito administrativo fica”.⁴

A mencionada aproximação entre o direito administrativo e o constitucionalismo figura um processo relativamente recente no contexto brasileiro. O conjunto sistemático de princípios e regras administrativas se materializou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, no âmbito da qual um capítulo foi reservado para tratar exclusivamente sobre a Administração Pública. A influência do constitucionalismo democrático sobre a organização e o funcionamento administrativo relaciona-se às normas programáticas, que preveem os objetivos a serem alcançados por meio de políticas públicas e os comandos a serem observados pelos poderes que compõem o Estado.

Embora a constitucionalização do direito administrativo tenha trazido uma preocupação, sobretudo, com a legitimidade e o controle do agir administrativo, simultaneamente a este fenômeno, houve a insurgência de um pensamento mais pragmático acerca do direito, como força propulsora de “mudanças voltadas ao enfrentamento de problemas concretos e à consecução de resultados práticos”.⁵ Em poucas palavras, a atitude pragmática consiste em um teste por meio do qual se verifica se concepções e teorias estão relacionadas com a experiência.

A partir da difusão da filosofia analítica, o pragmatismo filosófico caiu em desuso e seu ressurgimento ocorreu apenas no século XX, com a aplicação de sua matriz às ciências sociais, política e jurídica. As concepções teóricas do pragmatismo jurídico surgem como um

³ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. **El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones**. Madrid: Civitas, 1996, p. 215.

⁴ MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1924. v. I, p. V, *apud* BERCOVICI, Gilberto. O Direito constitucional passa, o direito administrativo permanece: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir Pinheiro (Orgs.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo editorial, 2010, p. 77.

⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, 2016, p. 61.

desdobramento dos fundamentos norteadores do pragmatismo filosófico. Nesse sentido, o denominado pragmatismo jurídico-administrativo percorre aquilo que Richard Posner define como *pragmatic mood*⁶: deixa-se de lado uma preocupação exacerbada com procedimentos em prol de uma visão relacionada ao incremento da responsividade pragmática.

Como se não bastasse, as mudanças na concepção de Estado verificadas ao longo da década de 1990 corroboraram o aumento na preocupação com os problemas concretos e a obtenção de resultados práticos. A crise do Estado de bem-estar social, em virtude do baixo desempenho da economia e da ruptura da intervenção estatal nos domínios econômico e social, conduziu reformas institucionais como condição da inserção competitiva dos países na nova ordem econômica internacional. Com isso, sobreveio a ruptura com a Administração Pública burocrática e a chamada reforma Estado gerencial, a chamada **reforma regulatória do Estado**.

No Brasil, as diversas crises que assolaram o Estado ao longo dos anos 1980 e 1990 desaguaram na crise da Administração Pública burocrática. Em primeiro lugar, houve os três momentos da crise política brasileira, ocasionados pelo regime militar (crise de legitimidade), pela tentativa de retorno aos anos 50 (crise de adaptação ao regime democrático) e pelo *impeachment* do Fernando Collor (crise moral). Em seguida, ocorreu a crise fiscal, caracterizada pelo fracasso do Plano Cruzado e, por fim, com o processo de globalização e o aumento das importações, denota-se a crise do modo de intervenção do Estado na economia.⁷

As mencionadas crises geraram intensas mudanças nas relações entre Estado e sociedade, as quais se materializaram através do amplo processo de desestatizações das atividades econômicas e de privatizações, com a implantação do Programa Nacional de Desestatização (aprovado por meio da Lei n.º 8.031/1990). Nesse cenário, a forma de intervenção estatal na economia sofreu modificações, ensejando a transferência da prestação de serviços públicos essenciais e atividades econômicas de interesse coletivo para o setor privado.

A globalização tornou categórica a necessidade de alterar as funções do Estado, gerando a necessidade de reforma e reconstrução. Com o advento da globalização, as possibilidades de

⁶ POSNER, R. Law, pragmatism and democracy. **Cambridge: Harvard University Press**, 2003, p. 12 e 59.

⁷ PEREIRA, L. C. B. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 47, n. 1, p. 07 - 40, 22 jan. 2015. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>. Acesso em: 27 out. 2020, p. 9.

o Estado continuar a exercer o papel de proteger as respectivas economias da competição internacional diminuiriam.⁸ De acordo com o autor Luiz Carlos Bresser Pereira, o Estado, para além de um reflexo da sociedade, deve ser lido como o sujeito (ou organismo) “cuja governança precisa ser ampliada para que possa agir mais efetiva e eficientemente em benefício da sociedade”.⁹

É nesse momento que o Estado Social restou substituído pelo denominado Estado regulador, voltado principalmente ao planejamento, à regulação e à fiscalização da prestação dos serviços públicos e das atividades econômicas. E mais: com vistas a atrair investimentos da iniciativa privada interna e externa, a chamada governança¹⁰ regulatória passou a buscar certa previsibilidade e estabilidade em suas regras, de modo a garantir a segurança jurídica como uma forma de proteção dos investidores e dos usuários do serviço público.

Considerando tal preocupação com a segurança jurídica (do mercado regulado e da sociedade), em um contexto de reforma regulatória da atuação estatal, observa-se também a ocorrência da chamada reforma gerencial do Estado – ou da gestão pública. Em síntese, houve a busca da melhoria da qualidade das decisões executivas, partindo da premissa de que “quanto mais descentralizados e autônomos forem os tomadores de decisão, mais compatíveis com os objetivos serão as decisões tomadas”.¹¹

A redução do aparelho estatal e a transformação do caráter da Administração Pública – até então burocrático – em gerencial ocorreu com a publicação da Emenda Constitucional n.º 19/1998, conhecida como a Emenda Constitucional da Reforma Administrativa, resultante do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995¹². Esse cenário, inspirado no modelo

⁸ PEREIRA, L. C. B. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 47, n. 1, p. 07 - 40, 22 jan. 2015. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>. Acesso em: 27 out. 2020, p. 7.

⁹ *Ibid.*, p. 8.

¹⁰ Importante pontuar que o termo governança pode se referir a dois sentidos diversos: (i) o sentido amplo, relacionado ao modo de gestão; e (ii) sentido estrito, vinculado à forma de participação social na produção de políticas públicas locais, regionais ou globais. Especificamente no que tange à governança regulatória, trata-se da busca por instrumentos de maior legitimidade e eficiência por parte dos reguladores. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e Análise de Impacto Regulatório. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 173 - 203, out./dez. 2011).

¹¹ MANTOVANI, Juliana Rossetto Leomil. **Reforma Gerencial e as Agências Reguladoras**. Fundação Getúlio Vargas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo. 2018. p. 16.

¹² Aprovado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE).

inglês (*new public management*), ficou caracterizado o momento de reforma gerencial-regulatória do Estado.¹³

Para o autor Gustavo Binenbojm, o fenômeno descrito trata-se do giro pragmático do direito administrativo. Nada mais é do que uma transferência do olhar do Estado para os problemas concretos e a obtenção de resultados práticos, através do rompimento com a Administração Pública burocrática, com vistas a atingir uma boa regulação – ou uma regulação pública de qualidade.¹⁴

Diante do narrado cenário, o Estado implementou o modelo de Agências Reguladoras Independentes, com vistas a controlar e fiscalizar a iniciativa privada e, em última análise, garantir o modelo de gestão pública e a prestação de serviços públicos de qualidade. O referido modelo será objeto de análise do tópico seguinte.

1.2. O fenômeno das Agências Reguladoras Independentes

Ainda que o modelo brasileiro tenha sido inspirado na experiência norte-americana, importante pontuar que os cenários político-sociais relacionados à criação das agências independentes (ou autônomas) nos dois países foram completamente opostos. De um lado, tem-se um amplo processo de desestatização das atividades econômicas e privatizações (Brasil), enquanto que, de outro, tem-se um movimento de revisão do capitalismo liberal e dos *standards* jurídicos da *common law* (Estados Unidos).

Fundamental contextualizar que o surgimento das Agências Reguladoras Independentes nos Estados Unidos ocorreu no século XIX, ganhando força ao longo da década de 1930, pós crise de 1929, como resultado da Grande Depressão e do *New Deal*. Com tais acontecimentos, as agências se firmaram em um momento que a insuficiência da autorregulação do mercado foi evidenciada, como “entidades propulsoras da publicitação de determinados setores da atividade

¹³ COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 76.

¹⁴ “O giro pragmático revela, por seu turno, uma tendência à adoção de estruturas, conceitos, procedimentos e decisões administrativas que sejam aptos a produzir os melhores resultados. Ao pragmatismo interessa, sobretudo, a diferença, em termos práticos, da decisão por uma ou outra proposição. Dá-se, assim, uma ruptura parcial com a Administração Pública burocrática, de matriz weberiana, com ênfase no antifundacionalismo, no contextualismo e no consequencialismo, que são as características que permeiam a metodologia pragmatista.” (BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., 2016, p. 328).

econômica, mitigando as garantias liberais clássicas da propriedade privada e da autonomia da vontade”.¹⁵ Com isso, proliferou-se o ideal de Administração Pública policêntrica, tecnicamente capacitada (*expertise*) e responsiva às demandas sociais.

Ocorre que, ao longo do tempo, o modelo norte-americano foi submetido a intensas pressões políticas e econômicas, o que ocasionou um incremento da preocupação com o controle político, a responsividade social e a legitimidade democrática destes institutos. Em decorrência disso, no âmbito da atuação das agências, foram implementados mecanismos de controle, pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como ferramentas de participação social nos procedimentos regulatórios.

Em linhas gerais, a supervisão presidencial das agências ocorreu por meio de Decretos, editados durante os governos de Ronald Reagan e Bill Clinton. Dentre os instrumentos utilizados pelo Executivo, destaca-se a sujeição dos regulamentos propostos pelas agências à revisão do *Office of Management and Budget* (OMB), órgão integrante do Gabinete da Presidência, encarregado de efetuar análises de custo-benefício e custo-efetividade. Foi neste ambiente que se observou o surgimento da Análise de Impacto Regulatório nos Estados Unidos.

Como já mencionado, o Brasil inspirou-se no modelo norte-americano, mas implementou as agências em uma conjuntura diametralmente oposta. Vale transcrever o trecho do estudo de Juliana Rossetto que sintetiza a comparação do surgimento das agências no Brasil e nos EUA:¹⁶

“Entretanto, o fundamento para a criação das agências independentes no Brasil, diversamente do modelo americano, se deu na tentativa de escapar à rigidez do modelo burocrático consagrado pelo texto constitucional de 1988, bem como pela necessidade de delegação do Executivo para criar credibilidade regulatória. Esta comparação é muito bem definida pela mesma autora ao afirmar que, no caso americano, o debate se travou sobre mais ou menos participação do Estado, enquanto no Brasil as agências reguladoras independentes fazem parte de um debate sobre mais ou menos governo (ou mais ou menos política) e sobre mais ou menos burocracia e controles burocráticos.”

Isso porque o país estava passando por uma era de desestatizações e privatizações, direcionada primordialmente, à captura de investimento privado e, via de consequência, ao

¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição n°. 240, abril/jun 2005, p. 150.

¹⁶ LORINI, L.; MANTOVANI, J. **Reforma Gerencial e as Agências Reguladoras**. Fundação Getúlio Vargas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo. 2018, p. 17.

aumento de estabilidade ou previsibilidade de regras (segurança jurídica). Mais do que uma simples preocupação, este compromisso regulatório ocorreu como uma exigência do mercado para a atração de investimentos. Assim, a criação das agências serviu tanto para driblar a burocracia até então existente, quanto para blindar os direitos de eventuais investidores e garantir o cumprimento dos contratos público-privados.

Sendo assim, com o objetivo de gerar a confiabilidade demandada pelo mercado, à luz do compromisso regulatório com a segurança jurídica, uma exigência do mercado para a atração de investimentos, o cuidado imediato do Estado foi a preservação do caráter independente e autônomo de tais entidades, por meio de “mecanismos institucionais e jurídicos assecuratórios da independência das agências em relação aos agentes políticos e ao Poder Judiciário”.¹⁷ Por esse motivo, as agências foram instituídas como autarquias especiais, dotadas de personalidade jurídica de direito público, integrantes da Administração Pública Indireta.

A *expertise* das autoridades competentes para regular determinado setor diz respeito à capacidade técnica para tratar sobre assuntos relacionados a sua área de atuação. Dito de outro modo, a especialidade das Agências Reguladoras se limita ao setor que lhe é incumbido e, em virtude disso, a boa regulação está diretamente relacionada ao *know how*, ou ao conhecimento, dos agentes sobre o setor regulado. Embora a especialidade seja um caráter das agências setoriais, vale pontuar as diversas funções de cada uma delas.

Isto é, as funções regulatórias vão muito além da edição, alteração ou revogação de normas e do direcionamento das atividades privadas em conformidade com os interesses públicos. Ora, suas atribuições são relacionadas ao desempenho das atividades econômicas, bem como à prestação dos serviços públicos, a depender das atribuições instituídas pela legislação de cada agência, tais como: (i) universalização dos serviços públicos; (ii) promoção da competitividade; (iii) fiscalização dos contratos de concessão; (iv) mediação de eventuais conflitos entre o poder concedente, os concessionários e a sociedade; (v) controle tarifário; e (vi) proteção dos usuários do serviço.

¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., 2015, p. 153.

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) foram as primeiras Agências Reguladoras Autônomas brasileiras, instituídas por meio das Leis Federais n.º 9.472/1997, n.º 9.427/1996 e n.º 9.478/1997, respectivamente.¹⁸ Posteriormente, as demais agências setoriais brasileiras adotaram o mesmo modelo autônomo, instituídas com competências relativas à respectiva área de atuação (petróleo, gás natural e biocombustíveis, vigilância sanitária, saúde suplementar, transportes terrestres, transportes aquaviários, águas, cinema, aviação civil, mineração).

Importante pontuar, ainda, que a regulação da economia está prevista de forma geral no art. 174 da Constituição Federal de 1988.¹⁹ O dispositivo, relacionado à construção da ordem econômica e financeira brasileira, é responsável por elencar as funções de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica atribuídas ao Estado. Tais funções, contudo, deverão ser concretizadas por meio de lei, à luz do princípio da legalidade da Administração Pública (art. 37 da Constituição Federal de 1988).²⁰

Dessa forma, como já mencionado, o Estado somente poderá intervir na economia na forma estabelecida pela lei e sua atuação será limitada a ela. As agências, como expressão da função regulatória do Estado, seguem esse mesmo raciocínio. Sendo assim, a atuação de tais entidades é adstrita às suas respectivas áreas de atuação setorial e, ainda, ao disposto por sua lei instituidora.

¹⁸ MELO, Marcus André. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v.16, n. 46, p. 56-68, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n46/a03v1646.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

¹⁹ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.”

²⁰ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

É possível afirmar que o modelo regulatório brasileiro já está sedimentado. Para o autor José Vicente Santos de Mendonça, a fase atual consiste na eficácia do modelo, em que a pergunta deixa de ser “quem somos?” e passa a ser “para onde e como vamos?”. As discussões passam a abordar a qualidade regulatória, reflexões sobre boas práticas, propostas sobre a interação dos poderes que compõem o Estado e, ainda, discussões sobre a governança regulatória. É nesse cenário que a Análise de Impacto Regulatório deve ser lida.²¹

Algumas das falhas das agências, que influem na eficácia do modelo, estão relacionadas ao aumento de tensões travadas entre a estrutura regulatória e o princípio da legalidade, o sistema de separação dos poderes e o regime democrático. Em suma, tais tensões dizem respeito à banalização da edição de atos de caráter normativo pelas agências, à fragilidade dos mecanismos políticos de controle dos poderes Executivo e Judiciário e, ainda, à não sujeição dos administradores aos procedimentos de *accountability* eleitoral e o investimento em mandatos a termo.²²

Atualmente, a chamada neorregulação constata que os maiores dilemas da regulação pública dizem respeito à (i) falta de informação do Poder Público, relacionada ao *know how* e à excessividade de atos normativos editados nos níveis federal, estadual e municipal; e (ii) falta de adesão dos agentes regulados à pauta de ação administrativa.²³ Tais dilemas estão relacionados.

Isso porque a elaboração de normativos frágeis, de forma banalizada, está diretamente relacionada ao problema da falta de informação do Poder Público. Ora, um regulador desinformado acaba por produzir atos defasados e, via de consequência, rejeitados pelo setor privado (mercado) e pela sociedade, caracterizando a falta de adesão à atuação regulatória.

A baixa adesão da sociedade e do mercado à regulação é evidenciada, ainda, pela assimetria de informações entre o Poder Público e o setor privado. Por conseguinte, como forma de mitigação de efeitos, o Estado passou a se preocupar com a adoção de mecanismos para

²¹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. As fases do estudo sobre regulação da economia na sensibilidade jurídica brasileira. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 13, n. 17, p.284-301, jan./dez. 2015. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/471/188>, p. 291.

²² BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., 2005, p. 154.

²³ MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 359.

redução de tal assimetria. O aumento da participação social (audiências e consultas públicas) e da transparência regulatória possuem o objetivo de aumentar a legitimidade democrática do modelo regulatório.

A Análise de Impacto Regulatório (AIR) – objeto do presente estudo – insurge como um dos mecanismos do Estado para a atingir a legitimidade democrática e o controle político dos atos administrativos. Em última análise, pode-se afirmar que a adoção da avaliação de impactos é uma forma de aumentar a governança pública e de melhorar a qualidade – e a eficácia – da regulação.²⁴

E mais: a AIR, como uma etapa do processo normativo, ao lado de consulta e audiências públicas, tem o objetivo de aumentar a transparência social, a legitimidade democrática e, ainda, a *accountability*. Tais mecanismos, que viabilizam ganhos estruturantes para a Administração Pública, serão abordados no próximo tópico.

1.3. Conceituação da AIR

A AIR é um procedimento adotado a partir da identificação de um problema regulatório, por meio do qual entidades ou órgãos integrantes da Administração Pública analisam os impactos que a decisão de editar ou alterar ato normativo pode vir a causar. Assim, é fundamental que o agente regulador realize uma série de perguntas antes da tomada de decisão: qual o problema identificado? Quais alternativas podem ser adotadas? Quais são os objetivos pretendidos pela regulação?²⁵

²⁴ “Por fim, vale lembrar que, ao contrário do que o leitor mais desavisado poderá acreditar, a AIR não é a única ferramenta utilizada para mediar a eficiência das decisões regulatórias nos países que introduziram essa prática em seus processos de tomada de decisão. A AIR é apenas um dos vários mecanismos utilizados por número crescente de países nos últimos dez anos. Por exemplo, em que pese a grande popularidade da avaliação em todo o mundo, a Holanda registrou um histórico bem-sucedido de utilização do modelo de custo padrão (conhecido pelo seu nome em inglês *standard cost model*), análise voltada a inibir e a avaliar os custos e as barreiras que medidas regulatórias podem impor às atividades de empresas privadas. Essa análise tem sido associada ao uso da AIR e tem dado a tônica das reformas regulatórias nesse país, que progressivamente influencia a Inglaterra, a Suécia e até a União Europeia.” (VALENTE, Patricia Rodrigues Pessoa. **Avaliação de Impacto Regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. Orientador: Prof. Dr. Sebastião Botto de Barros Tojal. 2010. 218 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 25)

²⁵ BRASIL. **Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão e Regulação Pro-Reg. Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. 2018, p. 7. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/comite-interministerial-de-governanca/apresentacao-diretrizes-geais-e-guia-air-junho-2018>. Acesso em: 08 out. 2020.

Respondidos tais questionamentos, os agentes passarão a expor as vantagens e as desvantagens das opções políticas²⁶ existentes, com vistas a auxiliar a tomada de decisão mais eficiente e a conferir racionalidade aos motivos dos atos administrativos produzidos. Uma das opções regulatórias sempre poderá ser a manutenção do *status quo*, caso seja avaliado que os benefícios são superiores à alternativa de nada fazer, isto é, não regular.

Tanto as Agências Reguladoras Independentes (entidades integrantes da Administração Pública indireta, já abordadas no estudo) quanto os outros órgãos da Administração Pública direta e indireta (Receita Federal, Comissão de Valores Mobiliários – CVM, Banco Central do Brasil – BACEN, entre outros) figuram como agentes reguladores, isto é, sujeitos responsáveis pelo procedimento normativo regulatório e, via de consequência, pela implementação da AIR como uma das etapas desse procedimento.

Nesse sentido, a AIR serve como um fio condutor da regulação²⁷, que tem como sujeito os agentes reguladores e como objeto uma decisão regulatória, no sentido de ato administrativo²⁸, como manifestação da política regulatória emanada em conformidade com as políticas públicas. Ou seja, com a adoção de um procedimento para a tomada de decisão regulatória, busca-se o aumento da legitimidade e efetividade da política regulatória e, via de consequência, da política pública setorial.

Pela clareza, vale transcrever o conceito jurídico de políticas públicas desenvolvido pela autora Maria Paula Dallari Bucci, estritamente relacionado à política regulatória (como expressão do ato normativo produzido por agentes reguladores):²⁹

²⁶ As referidas opções políticas tratam-se das diferentes alternativas de atuação estatal (por meio da criação normativa, revisão da regulação vigente, entre outras) e do conteúdo de tais alternativas (por exemplo, de uma norma). (ALVES, Ana Paula Silvestrini Vieira. Op. cit., 2012. n.p.).

²⁷ **ANÁLISE de Impacto Regulatório: Avanços e Desafios da Regulamentação**. [S.l.]: Jota, 24 jul. 2020. 1 vídeo 2h:02min. [Webinar]. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=cFsBAsAQTzk&feature=emb_title. Acesso em: 27 ago. 2020. Participação de Marcelo Guarany, Renato Porto, Felipe de Paula, Vera Monteiro, Patrícia Pessoa e Kelvia Albuquerque.

²⁸ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, ato administrativo é “declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 352).

²⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como o tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Ainda que a regulação seja necessária somente quando houver uma falha de mercado (econômica ou social), a escolha da política regulatória a ser implementada, em favor da sociedade, deve ocorrer a partir de uma análise racional. A referida análise deve se basear em pelo menos um método, capaz de identificar os impactos da tomada de decisão regulatória, de modo a auxiliar a discricionariedade administrativa.³⁰ No entanto, métodos, técnicas e metodologias a serem aplicados no processo de avaliação de impactos devem ser definidos caso a caso.³¹

A partir da adoção de um ou mais métodos de análise, a AIR visa auxiliar a tomada de decisão, de modo a conferir maior legitimidade, reduzir o déficit democrático, bem como proporcionar maior controle da regulação pela sociedade e pelas instituições. Em última análise, considera-se que o objetivo final da implementação da AIR no Estado regulador é a melhoria da qualidade regulatória. É o que se passa a analisar.

1.3.1. Objetivos norteadores da AIR

A conduta administrativa deve ser norteada por uma série de princípios constitucionais, expressamente reportados à Administração Pública no art. 37, caput da Constituição Federal de 1988³², quais sejam: a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

³⁰ “O termo “análise racional” é utilizado em oposição a uma análise subjetiva. Ou seja, a análise racional seria baseada em métodos de análise econômica que auxiliariam a discricionariedade administrativa, porém não a substituiriam. Como discricionariedade será adotado o conceito de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, segundo o qual a “atuação é discricionária quando a Administração, diante de um caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito” (cf. Direito Administrativo. 22a ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 210).” (VALENTE, Patricia Rodrigues Pessoa. Op. cit., p. 92, nota de rodapé).

³¹ BRASIL. **Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão e Regulação Pro-Reg. Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. 2018, p. 7. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/comite-interministerial-de-governanca/apresentacao-diretrizes-geais-e-guia-air-junho-2018>. Acesso em: 08 out. 2020.

³² “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”

Tais comandos foram concretizados no âmbito infraconstitucional por meio do art. 2º da Lei n.º 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo Federal).³³

Especificamente sobre o princípio da **eficiência**, entende-se que o agir administrativo deve observar as possíveis opções, a fim de nortear sua decisão com base naquela que se demonstra mais conveniente para a sociedade como um todo. A preocupação com os resultados eficientes demonstra uma clara relação entre o referido princípio e o pragmatismo jurídico. A Análise de Impacto Regulatório é realizada com o objetivo de atingir a mencionada eficiência regulatória.³⁴

Vale pontuar que a avaliação de impactos pode ser seja implementada em dois momentos: antes (*ex ante*) ou depois (*ex post*) de determinada medida regulatória. A análise prévia tem a finalidade de “auxiliar no planejamento de certo programa de governo ou na solução de um problema pontual”, enquanto que realizar a AIR posterior serve para avaliar quais “consequências práticas foram geradas por determinada medida e verificar sua efetividade”.³⁵

A elaboração de uma avaliação de impactos de sucesso significa o estudo e a solução de problemas regulatórios, bem como a análise de consequências práticas e a efetividade regulatória, o que pode contribuir diretamente com o aumento da eficiência da regulação pública.

Ora, uma tomada de decisão regulatória sem uma avaliação pragmática das possíveis consequências práticas, econômicas ou sociais, da implantação de determinada medida, configura-se como uma decisão subjetiva, que pode ocasionar amplos impactos na sociedade. Para Marçal Justen Filho, a ausência da AIR desvincula a decisão de fundamentos técnico-científicos e pode constituir um defeito insanável, de tal modo que “a autoridade administrativa não pode impor à sociedade alterações radicais e relevantes sem avaliar minuciosamente os efeitos decorrentes”.³⁶

³³ “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, p. 1-6, jul. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44361/44784>. Acesso em: 03 nov. 2020.

³⁵ ALVES, Ana Paula Silvestrini Vieira. Op. cit., 2012. n.p.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 682.

Como se não bastasse, a AIR também representa um reforço à legitimidade da tomada de decisão regulatória na medida em que efetiva os ideais de uma democracia deliberativa, diminuindo, portanto, o déficit democrático. Isso porque, para a sua legitimidade, deve-se implementar processo de participação formal, por meio de audiências e consultas públicas, dos agentes que podem ter seus interesses afetados³⁷, dos cidadãos e do próprio governo. Destaca-se que a base jurídica das consultas e audiências públicas advém dos art. 1º e art. 37, §3º da Constituição Federal³⁸ e do art. 31 da Lei de Processo Administrativo Federal.³⁹

Os autores Sérgio Guerra e Patrícia Sampaio comentam que a institucionalização da participação da sociedade civil, dos agentes econômicos afetados e de outras áreas de *expertise* do governo, de modo que a autoridade competente pela análise receba o máximo de informações possíveis sobre o tema, é essencial para que a AIR funcione adequadamente.⁴⁰ É claro que o agente regulador deve ser dotado de capacidade para filtrar a qualidade das informações fornecidas. Isso porque de nada adianta a institucionalização de tais mecanismos sem que haja uma avaliação eficiente das contribuições (capaz de eventualmente filtrar determinadas contribuições).

A importância da participação da sociedade e do setor afetado pela regulação na tomada de decisão regulatória é evidenciada pelo pluralismo dos subsistemas jurídicos. Tendo em vista que os efeitos de determinada norma podem comprometer toda a cadeia setorial, a decisão

³⁷ Sobre o tema, Rafael Vêras de Freitas assinala: “A consulta pública consiste em um mecanismo de participação formal dos agentes que podem ter os seus interesses afetados por determinada proposta de regulação. Trata-se de manifestação da democracia material/ participativa, por meio da qual os agentes regulados fornecem um feedback acerca dos efeitos da regulação. Diferentemente da audiência pública, na qual a participação dos interessados ocorre oralmente, na consulta pública, o setor regulado se manifesta por meio de peças formais, que serão parte integrante de um processo administrativo.” (FREITAS, Rafael Vêras de. A análise de impacto regulatório AIR no setor de energia elétrica. **Revista brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 177-200, jul./set. 2014, p. 187).

³⁸ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...) Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...) § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

³⁹ “Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.”

⁴⁰ GUERRA, Sérgio; SAMPAIO, Patrícia. A análise de impacto regulatório: ferramenta a serviço da transparência e da eficiência da regulação. **Revista Justiça e Cidadania**, n. 45, 2012.

regulatória deve garantir a oitiva dos diversos setores ou ordenamentos setoriais existentes no âmbito do Estado (energia elétrica, transportes, telecomunicações, entre outros).

E mais: escolhas regulatórias ineficientes, em desconformidade com os objetivos constitucionais e sem a análise racional de eventuais impactos, podem acarretar insatisfação de agentes do setor. Tal insatisfação pode levar inclusive à transferência de discussões acerca de temas regulatórios para o âmbito do Poder Judiciário.⁴¹

Nesse sentido, com a realização de AIR a tendência é a diminuição da denominada má regulação e, conseqüentemente, o aumento da segurança jurídica para o setor, uma vez que se trata de um mecanismo que fornece informações de qualidade, evidências e dados à tomada de decisão regulatória. Em última análise, uma boa regulação pode evitar a judicialização excessiva e desmedida de temas regulatórios.

Para além disso, ainda que os temas regulatórios cheguem ao Judiciário, quanto maior a legitimidade da atuação regulatória, ou seja, baseada em evidências e dotada de capacidade técnica, maior a tendência de que os tribunais sejam deferentes a um ato normativo, como expressão da atividade regulatória. Para Luís Roberto Barroso, cabe ao Poder Judiciário se posicionar com deferência em relação às autoridades especializadas (logo, mais qualificadas), desde que essas “possuam razoabilidade e tenham observado o procedimento adequado”.⁴²

Ou seja, como resultado da pluralidade setorial e de seus efeitos sistêmicos, tem-se a necessidade de um procedimento racional para a formulação e a avaliação de políticas regulatórias, considerando todos os diferentes interesses jurídicos que devem ser zelados pelo Estado, bem como a autonomia e a coordenação entre os sistemas (jurídico, social, econômico e regulado).⁴³

⁴¹ GOLFETTO, Verônica de Camargo. **Intervenção Do Poder Judiciário Na Esfera Regulatória**. Orientador: Ilton Norberto Robl Filho. Âmbito jurídico, fev/2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/intervencao-do-poder-judiciario-na-esfera-regulatoria/>. Acesso em: 18 set. 2020.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito do Estado**, v. 13, 2009. p. 18-19. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 27 set. 2020.

⁴³ “A interface, intersetorialidade, articulação entre as políticas passa então a ser um tema importante para essa pesquisa, já que as políticas setoriais por si só não solucionam tudo e necessitam se comunicar para identificar as necessidades da população e os benefícios que pode ou não oferecer. Neste sentido, a intersetorialidade na gestão pública significa adotar uma decisão racional no processo de gestão, cuja aplicação pode ser positiva ou não. Ela

Dito de outro modo, a AIR deve ser implementada com a participação dos setores regulados afetados (mercado e sociedade civil) e deve ser realizada por um grupo multidisciplinar, dotado de *expertise*, apto a realizar o levantamento de dados e informações, bem como analisar os efeitos sistêmicos de determinada proposta regulatória.

Adicionalmente, destaca-se a vinculação entre a ideia de democracia e a *accountability*, aqui associada à transparência ou prestação de contas e à responsabilidade das Agências Reguladoras. Isso porque a implantação da AIR como método ou procedimento permite que o Estado regulador tenha mecanismos à disposição para garantir seu agir democrático.⁴⁴

Desde de a implementação da AIR no contexto norte-americano, seu objetivo era “reduzir o fardo regulatório, aumentar a *accountability* das Agências Reguladoras, estimular a supervisão presidencial do processo regulatório e diminuir as regulações duplicadas ou conflituosas”.⁴⁵ Ao tornar a tomada de decisão das agências mais transparentes, explicitando as premissas assumidas para implementação de determinada opção política, a AIR torna o papel do Estado regulador mais respeitável ou confiável (mais legítimo), possibilitando um maior controle de seus atos e possível responsabilização.

De acordo com Odete Medauar, a “controlabilidade” do agir administrativo vincula-se ao princípio democrático, enquanto a “incontrolabilidade” relaciona-se ao arbítrio, de tal forma que “o processo administrativo, também no tocante ao objetivo de facilitar o controle, se coaduna à ideia de Administração democrática”.⁴⁶

Para além disso, espera-se que a regulação traga soluções eficazes para grandes desafios enfrentados pelos diversos setores. Nesse sentido, ao prevenir possíveis ruídos e falhas passíveis de atingir o setor, para o presente estudo, o *mainstream* da implementação da Análise

não pode ser considerada antagonica ou substitutiva da setorialidade, mas complementar, ou seja, deve-se realizar uma combinação entre política setorial com intersetorial, e não contrapô-las no processo de gestão (Sposati, 2006, p. 134).” NASCIMENTO, Sueli do. Reflexões sobre a intersetorialidade entre as políticas públicas. **Serviço Social & Sociedade**, n. 101, p. 95-120, 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282010000100006. Acesso em: 30 out. 2020.

⁴⁴ VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. Op. cit., p. 124 – 138.

⁴⁵ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. cit., 2018, p. 359.

⁴⁶ MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 68-69.

de Impacto Regulatório é a melhoria da qualidade regulatória (do inglês, *better regulation*)⁴⁷, princípio da governança pública, expressamente reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto n.º 9.203/2017 (Decreto de Governança Pública).⁴⁸

A melhoria regulatória nada mais é do que a preocupação com os resultados da regulação pública. Tais resultados estão diretamente relacionados aos objetivos pretendidos pela regulação, traçados a partir da verificação de um problema público. Os objetivos, por sua vez, poderão ser alcançados a partir da verificação das alternativas e da escolha pela melhor opção, guiada por um processo decisório racional, baseado em metodologias e evidências.

A Análise de Impacto Regulatório nada mais é do que uma etapa do processo decisório de órgãos e entidades da Administração Pública, que busca auxiliar a tomada de decisão, baseada na verificação - através da análise racional e da oitiva da sociedade - todos os possíveis efeitos de determinado ato. Pretende-se, assim, editar normativos, no sentido de atos como expressão da política regulatória, que possam implementar os objetivos inicialmente traçados por determinada política pública.⁴⁹

Assim, a criação de um sistema regulatório baseado em uma “cultura de evidências” para a tomada de decisão é fundamental para a obtenção da melhoria regulatória.⁵⁰ Ora, a partir de procedimentos pré-estabelecidos, o processo decisório orientado pelo diagnóstico profundo da realidade possui mais chances de atingir seus objetivos pretendidos, isto é, solucionar os problemas verificados. E mais: um processo transparente e baseado em evidências acaba por influenciar, de forma direta, a previsibilidade e estabilidade das regras – gerando, portanto, o aumento da segurança jurídica.

⁴⁷ Sobre o tema, Ana Paula Silvestrini Vieira afirma que “Por seus benefícios, a análise de impacto regulatório é peça-chave nos programas de “melhoria da qualidade regulatória” que estão sendo desenvolvidos em países preocupados com a atuação do Estado em seu novo perfil predominantemente regulador.” (ALVES. Ana Paula Silvestrini. Análise de impacto regulatório e normatização na Anatel. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 213243, jul./dez. 2012. n.p.)

⁴⁸ “Art. 4º São diretrizes da governança pública: (...) VIII - manter processo decisório orientado pelas evidências, pela conformidade legal, **pela qualidade regulatória**, pela desburocratização e pelo apoio à participação da sociedade; (...)”

⁴⁹ “A construção de políticas públicas que implicam, direta ou indiretamente, dispêndio de recursos públicos é tradicionalmente o foco da utilização de métodos de avaliação baseados em evidências. O objetivo é garantir uma utilização mais racional desses recursos e entregar melhores resultados para os cidadãos.” BRASIL. **Guia da Política de Governança Pública**. 2018. 88 p. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/guia-da-politica-de-governanca-publica>. Acesso em: 29 out. 2020. p. 47 – 51.

⁵⁰ Ibid.

Para além disso, de acordo com a *European Commission* a melhoria do arcabouço regulatória deve estar associada ao processo de simplificação das normas, que devem ser coerentes com a realidade setorial.⁵¹ Nesse mesmo sentido, a Casa Civil afirma que a reformulação do processo decisório para produção de normativos deve garantir a regulação minimalista, “não deve atingir nada além do necessário para garantir seus objetivos”.⁵²

Demonstrados os principais objetivos da implementação da AIR, passa-se a analisar a implementação desta ferramenta no contexto brasileiro, à luz da experiência internacional.

⁵¹ EUROPEAN COMMISSION. **Better regulation: delivering better results for a stronger union**. Bruxelas: European Commission, 14 Set. 2016. (Communication from the Commission). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0615&from=EN>. Acesso em: 29 out. 2020.

⁵² BRASIL. **Guia da Política de Governança Pública**. 2018. 88 p. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/guia-da-politica-de-governanca-publica>. Acesso em: 29 out. 2020. p. 48.

CAPÍTULO II - DA RECOMENDAÇÃO À NORMATIZAÇÃO DA AIR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1. O exercício do *Soft Power*: a AIR a nível recomendatório

Com o aumento da preocupação com a boa regulação, a partir do rompimento com a Administração Pública burocrática, o Estado gerencial passou a se voltar aos resultados e às consequências práticas, com o chamado giro pragmático do direito administrativo – já abordado no capítulo anterior.

Em suma, como já mencionado, a busca pela melhoria regulatória vincula-se à tentativa de resolver o problema de adesão dos agentes à regulação pública. Este problema, por sua vez, relaciona-se à falta de informação (*know how*) do Poder Público sob a realidade, uma vez que um regulador desinformado acaba por produzir atos regulatórios defasados, rejeitados pelo mercado, caracterizando a falta de adesão.⁵³

A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) é responsável por nortear a melhoria da regulação, a nível global, através da publicação de diretrizes recomendatórias de boas práticas e da prestação de assistência aos países na construção e fortalecimento da regulação, por meio de melhores sistemas de governo e implementação de políticas.⁵⁴ Diante desse cenário, a AIR passa a ser recomendada e adotada internacionalmente, sendo os Estados integrantes da OCDE os pioneiros na implementação da ferramenta.

Em 2012, a OCDE publicou a “Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança”⁵⁵, por meio do qual recomenda aos Estados membros a incorporação da “Avaliação do Impacto Regulatório (AIR) desde os estágios iniciais do processo de políticas para a formulação de novas propostas de regulação”.⁵⁶

⁵³ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. cit., p. 359.

⁵⁴ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança**. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>. Acesso em: 08 out. 2020.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

Ora, parece lógico que a recomendação seja que a adoção da AIR ocorra nos “estágios iniciais” da tomada de decisão. Se a pretensão é utilizar um procedimento para tomada de decisão racional dos agentes, adotá-lo tardiamente no processo regulatório (com diretrizes e objetivos já estabelecidos, sem a avaliação de impactos) pode ser irrelevante e significar somente gastos para a Administração Pública (ou melhor, desperdício de recursos públicos).⁵⁷

Na oportunidade, a OCDE reitera o entendimento de que a implementação da AIR tem como fim uma matriz normativa produzida de forma eficiente e, via de consequência, o aumento da segurança jurídica e o crescimento econômico. A produção normativa de forma eficiente significa qualidade regulatória. Nesse sentido, o Brasil é um grande exemplo de como a eficiência normativa não está relacionada à quantidade de normas produzidas. Explica-se.

De acordo com o estudo elaborado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT) 30 anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram editadas aproximadamente 5,8 milhões de normas brasileiras (nos âmbitos federal, estadual e municipal).⁵⁸ Tal produção exacerbada de atos normativos reflete a baixa segurança jurídica e a baixa competitividade do país. Não à toa, em 2018, o Brasil chegou a ocupar o 72º lugar do *ranking* do Índice de Competitividade Global de 2018⁵⁹, composto por mais de 100 variáveis, que faz parte do Relatório de Competitividade Global, publicado anualmente pelo Fórum Econômico Mundial.⁶⁰

⁵⁷ **ANÁLISE de Impacto Regulatório e Liberdade Econômico: Perspectivas para empresas e governos.** [S.l.]: Ibmec, 22 set. 2020. 1 vídeo (1h:08min). [Live]. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=D6gC51U25cg&t=2886s>. Acesso em: 08 out. 2020. Participação de Kelvia Albuquerque, Fernando Meneguim e Eduardo Galvão.

⁵⁸ “Desde 05 de outubro de 1988 (data da promulgação da atual Constituição Federal), até agora (base 30/09/2018), foram editadas 5.876.143 (cinco milhões, oitocentos e setenta e seis mil, cento e quarenta e três) normas que regem a vida dos cidadãos brasileiros. Isto representa, em média, 536 normas editadas todos os dias ou 774 normas editadas por dia útil.” INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. **Quantidade de Normas Editadas no Brasil: 30 anos da Constituição Federal de 1988.** 2018, n.p. Disponível em: <https://ibpt.com.br/quantidade-de-normas-editadas-no-brasil-30-anos-da-constituicao-federal-de-1988/>. Acesso em: 30 set. 2020.

⁵⁹ WORD ECONOMIC FORUM. **The Global Competitiveness Report.** 2018. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/GCR2018/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2018.pdf>. Acesso em: 08 out. 2020.

⁶⁰ **ANÁLISE de Impacto Regulatório e Liberdade Econômico: Perspectivas para empresas e governos.** [S.l.]: Ibmec, 22 set. 2020. 1 vídeo (1h:08min). [Live]. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=D6gC51U25cg&t=2886s>. Acesso em: 08 out. 2020. Participação de Kelvia Albuquerque, Fernando Meneguim e Eduardo Galvão.

Contudo, a cultura regulatória brasileira tem caminhado para mudanças. Desde de os anos 2000, a Casa Civil da Presidência da República se preocupa com o desenvolvimento de ações voltadas ao fortalecimento do sistema regulatório brasileiro.

Há quem afirme que o Decreto n.º 4.176/2002, o qual dispõe sobre normas e diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência do Poder Executivo Federal (posteriormente revogado pelo Decreto n.º 9.191/2017 com o mesmo objeto), é a primeira iniciativa de implementação da AIR no Brasil.⁶¹ Isso porque o texto do normativo, em seu anexo I, estabelece uma série de questões que devem ser levantadas para a elaboração de atos, tais como: “qual o objetivo pretendido”, “qual é o conjunto de destinatários alcançados pelo problema e qual o número de casos a resolver”, “quais alternativas disponíveis”, entre outras.

Em 2007, como resultado de uma parceria entre o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e a Casa Civil da Presidência da República, o Decreto n.º 6.062/2007⁶² criou o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (Pro-Reg). O objetivo do programa consiste em auxiliar órgãos e entidades na melhoria do sistema regulatório como um todo, a partir da coordenação institucional, bem como da implementação adequada de mecanismos de prestação de contas e de participação e monitoramento social.

Assim, o Pro-Reg se debruçou sobre o estudo e a capacitação voltada à melhoria da qualidade regulatória e, ao longo dos anos, mapeou e consolidou avanços e promoveu a adoção de melhores práticas, com base em *benchmarks* internacionais, para a regulação de alta qualidade. Nesse sentido, é possível afirmar que o Governo Federal foi o indutor da expansão e da implementação da AIR no contexto brasileiro.

⁶¹ BRASIL. **Nota Técnica n.º 0073/2011-SRD-CGA-ASS-SPG-SGE-SPE-SMA/ANEEL**. 2011, n.p. Disponível em:

https://www.aneel.gov.br/documents/656877/16864182/Nota+T%C3%A9cnica+N%C2%BA+0073_2011/c4924ad9-face-309a-87a5-3102e5b17c2b. Acesso em: 28 out. 2020.

⁶² “Art. 1º Fica instituído o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação - PRO-REG, com a finalidade de contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório exercido no âmbito do Governo Federal, dos mecanismos de prestação de contas e de participação e monitoramento por parte da sociedade civil e da qualidade da regulação de mercados.”

Isso porque, com a publicação de documentos de caráter recomendatório e da promoção de cursos capacitatórios, caracterizando a atuação do Governo através do chamado *Soft Power*⁶³, algumas Agências Reguladoras federais passaram a internalizar a adoção da AIR e realizar os seus primeiros projetos-piloto. Cita-se, como exemplo, o projeto-piloto elaborado pela ANEEL⁶⁴, uma das primeiras Agências Reguladoras a implementar a AIR no Brasil.⁶⁵

O tema escolhido pela ANEEL foi a avaliação da implantação de medidores inteligentes nas unidades consumidoras grupo B (baixa tensão) no Brasil. Para tanto, foi instituído um Grupo de Trabalho, responsável por identificar o problema e elaborar o relatório final a partir (i) de contribuições sociais (obtidas da instauração da Consulta Pública n.º 15/2009 e da Audiência Pública n.º 43/2010); (ii) do diálogo com outros órgãos do governo; (iii) de informações obtidas por outras áreas da própria ANEEL; (iv) da análise de estudos elaborados por agentes do setor (concessionárias e distribuidoras).⁶⁶

⁶³ “Os conceitos de Hard Power e Soft Power a serem explicados neste artigo são de autoria de Joseph Nye, utilizados na obra “O Paradoxo do Poder Americano”, para analisar como estas fontes de poder atuam nas relações de poder e na hegemonia do poder dos Estados Unidos. Nye se utiliza de uma metáfora para expor a relação do jogo de poder internacional de uma forma a fragmenta-la nestes três níveis para melhor delimitar e evidenciar a forma de se jogar. Essa metáfora é um tabuleiro de xadrez onde se joga em três níveis, ou camadas diferentes. O Hard Power e o Soft Power passam a ter um peso igual dentro do Sistema Internacional. O jogo de poder que é articulado no Tabuleiro de Xadrez Tridimensional, onde cada camada exige a “peça” e a “jogada certa. (...) O Soft Power é uma ferramenta de poder que não está restrita apenas aos Estados. Qualquer tipo de ator, seja estatal ou não-estatal, pode exercer o Soft Power devido a sua característica indireta, transnacional e não imediata. A questão que caracteriza o Soft Power é sua esfera que engloba aspectos ideológicos, sociais e culturais. Nye ressalta que o Soft Power deve ser essencialmente um meio sedutor, ele deve atrair o ator a querer imitar quem exerce tal poder, não o obrigar ou coagi-lo a fazer o que se deseja. Meios que o obriguem seriam encaixados em características de Hard Power.” MARTINELLI, Caio Barbosa. O Jogo Tridimensional: o Hard Power, o Soft Power e Interdependência Complexa, segundo Joseph Nye. **Revista Conjuntura Global, UFPR**, v. 5, n. 1, p. 65- 80, jan./abr., 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/conjglobal/article/view/47424/28453>. Acesso em: 04 out. 2020.

⁶⁴ Além da ANEEL, outras cinco agências realizaram projetos-piloto na fase recomendatória, promovidos pelo Pro-Reg, quais sejam: a Agência Nacional de Cinema (ANCINE), a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a ANVISA.

⁶⁵ Por meio da Resolução Normativa ANEEL n.º 540/2013, a qual aprovou a Norma de Organização ANEEL n.º 40/2013 e dispôs sobre a realização da AIR, posteriormente substituída pela Resolução Normativa ANEEL n.º 798/2017, atualmente vigente. Vale mencionar que as principais alterações trazidas pela norma dizem respeito à apresentação da AIR e seus requisitos mínimos, o rito do processo decisório, a sua obrigatoriedade e o prazo para avaliação de atos normativos. Decorridos três anos de sua vigência, a norma deverá ser revista. Nesse sentido, conforme previsto no item 110 da Agenda Regulatória ANEEL para o biênio 2020-2021, a REN ANEEL n.º 798/17 será objeto de revisão no ano de 2021.

⁶⁶ BRASIL. **Nota Técnica n.º 0073/2011-SRD-CGA-ASS-SPG-SGE-SPE-SMA/ANEEL**. 2011, n.p. Disponível em: https://www.aneel.gov.br/documents/656877/16864182/Nota+T%C3%A9cnica+N%C2%BA+0073_2011/c4924ad9-face-309a-87a5-3102e5b17c2b. Acesso em: 28 out. 2020.

O processo de elaboração da AIR amadureceu ao longo dos anos, desde a elaboração dos primeiros projetos-piloto pelas Agências Reguladoras, a partir das recomendações do Pro-Reg. Segundo a autora Patricia Pessoa Valente, a Análise de Impactos é “uma realidade na Administração Pública Federal, embora haja inúmeros pontos de aperfeiçoamento”.⁶⁷ Dito de outro modo, ainda que sua normatização e instituição no ordenamento jurídico brasileiro tenha ocorrido somente em 2020, a AIR já encontrava-se em órgãos e entidades, como resposta à atuação do governo como fio indutor da implementação dessa ferramenta.

Contudo, a falta de padronização entre as normas e práticas das Agências Reguladoras, tendo em vista que seus atos não eram norteados com base em uma Lei Geral, influenciou o modo de implementação de boas práticas. No início de 2017, um mapeamento realizado pelo Governo indicou que as dez Agências Reguladoras federais existentes⁶⁸ e o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO) utilizavam elementos da AIR, mas em diferentes níveis de abrangência, aprofundamento e maturidade.

Diante de um cenário caracterizado pela heterogeneidade de práticas utilizadas pelas diversas Agências Reguladoras brasileiras, a Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil (SAG) abriu para Consulta Pública n.º 01/2017 as “Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para a Elaboração da Análise de Impacto Regulatório”⁶⁹, importante marco para a uniformização do agir regulatório brasileiro.

As Diretrizes foram publicadas com vistas a orientar a elaboração da AIR no Governo Federal, trazendo orientações para implementação por qualquer órgão ou entidade da Administração Pública, a partir de um conjunto de padrões mínimos comuns para sua aplicação. Nessa mesma linha, o Guia trouxe um conteúdo básico e as linhas gerais para orientar a realização da análise, abordando inclusive as técnicas e metodologias específicas a serem

⁶⁷ VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. **Por que a AIR interessa à iniciativa privada?** Jota, 2020. Disponível em: https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/por-que-a-air-interessa-a-iniciativa-privada-11082020#_ftnref6. Acesso em: 29 out. 2020.

⁶⁸ ANEEL, ANCINE, ANTT, ANS, ANP, Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e Agência Nacional de Águas (ANA).

⁶⁹ BRASIL. **Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão e Regulação Pro-Reg. Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR.** 2018, p. 27. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/comite-interministerial-de-governanca/apresentacao-diretrizes-geais-e-guia-air-junho-2018>. Acesso em: 08 out. 2020.

adotas. Ambos os documentos foram, posteriormente, utilizados para embasar a elaboração do texto do Regulamento da AIR.

Fundamental citar, ainda, a preocupação do Guia com a adoção da AIR à luz da proporcionalidade, princípio norteador do agir da Administração Pública, com base no art. 2º da Lei de Processo Administrativo Federal. Assim, o nível de detalhamento e profundidade da análise deverá ser proporcional à “relevância do problema investigado e dos possíveis impactos da intervenção governamental”.⁷⁰ Nesse sentido, o Pro-Reg optou por dividir a elaboração da análise em dois níveis, sendo o primeiro condizente a uma análise mais simples (AIR Nível I) e o segundo, quando a análise inicial não for suficiente, deve ser feito de forma mais detalhada (AIR Nível II).

Ora, sendo o objetivo de se implementar uma avaliação de impactos é a melhoria no processo decisório dos agentes reguladores, não há de se falar em AIR como “um questionário ou uma lista de itens a ser preenchida para justificar a criação de uma regulação”.⁷¹ Isto é, a AIR não deve ser lida como um requisito meramente formal a ser cumprido pelo regulador. É uma ferramenta complexa que deve ser levada a sério para sua implementação de forma eficaz.

É possível afirmar que o grande desafio enfrentado pelo Brasil foi a saída do estágio recomendatório para a fase sistemática. Durante anos os Ministérios e as agências travaram discussões acerca da inclusão da AIR no ordenamento jurídico brasileiro como *Hard Power* (isto é, como uma obrigatoriedade), evidenciando a preocupação do Governo Federal com a implementação de um mecanismo coerente que pudesse ser adotado pelos órgãos e entidades de forma eficaz (e não meramente formal). Adentra-se, mais uma vez, no problema da eficácia da regulação pública.

2.2. Os avanços na cultura regulatória brasileira

2.2.1. Primeiros passos para a melhoria da qualidade regulatória

⁷⁰ BRASIL, República Federativa. **Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão e Regulação Pro-Reg. Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. 2018, p. 28. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/comite-interministerial-de-governanca/apresentacao-diretrizes-geais-e-guia-air-junho-2018>. Acesso em: 08 out. 2020.

⁷¹ Ibid. p. 27.

Antes da publicação das primeiras legislações que trataram sobre AIR, bem como do Regulamento da matéria, outras medidas importantes de boas práticas, visando uma regulação de qualidade, foram adotadas no Brasil

Como primeiro avanço, pode-se mencionar a publicação da Lei Federal n.º 13.655/2018, que promoveu mudanças no texto do Decreto-Lei n.º 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” ou somente “LINDB), diploma que visa regulamentar as demais normas supervenientes. Assim, a partir da constatação de temas necessários de intervenção legislativa⁷², houve a inclusão de alguns dispositivos (arts. 20 a 29)⁷³ à luz da segurança jurídica e da eficiência na criação e aplicação do direito público.

Dentre os dispositivos adicionados, a motivação de decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial foi consagrado, garantindo-se uma maior legitimidade do agir administrativo, nos termos do art. 20.⁷⁴ Sendo assim, o processo decisório devidamente motivadas, baseadas em evidências (*evidence-based decision making*), são melhores e mais respeitadas (demonstrando-se, assim, a busca pela melhoria regulatória).

A inclusão da participação social no âmbito das tomadas de decisão, através do instituto da consulta pública, é outro ponto que vale ser mencionado. Isso porque, com a inclusão do art. 29⁷⁵, a LINDB passou a dispor sobre a possibilidade de oitiva social para a edição de atos normativos de qualquer órgão ou poder da Administração Pública, o que figura um importante

⁷² As alterações foram pensadas a partir da constatação de temas necessários de intervenção legislativa, quais sejam: (i) definição de balizas de interpretação das normas; (ii) produção normativa e seus efeitos no processo de aplicação do direito; (iii) estabelecimento de novos parâmetros sobre a invalidação de atos, contratos e normas administrativas; (iv) aplicação de sanções envolvendo temas de direito público; (v) estabelecimento de parâmetros para a celebração de acordos (consensualismo); e (vi) avaliação de ganhos e perdas de processos administrativos SUNDFELD, Carlos Ari. 2018. Comentários às Alterações na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro [Palestra]. **TV Câmara São Paulo**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qayMnkVvM0Q>. Acesso em: 04 out. 2020

⁷³ Posteriormente regulamentados por meio do Decreto n.º 9.830/2019.

⁷⁴ “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 (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento) 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. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)”

⁷⁵ “Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Vigência) (Regulamento) § 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Vigência)”

avanço do ponto de vista da *accountability* (ou seja, busca uma maior transparência e, consequentemente, um maior controle social) e da legitimidade democrática.

Outro acontecimento relevante foi a edição do Decreto n.º 10.139/2019 (conhecido popularmente como revisão regulatório), que dispõe sobre a revisão e a consolidação de atos normativos inferiores a decreto⁷⁶ no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

O diploma tem por objetivo a promoção da transparência e o aumento da segurança jurídica por meio da revogação de normas administrativas consideradas obsoletas (fenômeno que ficou conhecido como guilhotina regulatória) e da consolidação de atos normativos esparsos sobre uma mesma matéria. Tanto a revogação quanto a consolidação são feitas a partir de uma análise dotada de racionalidade, dividida nas seguintes fases: (i) triagem; (ii) exame; e (iii) consolidação ou revogação.⁷⁷

Desse modo, na mesma linha do *Regulatory Lookback* estadunidense, o revisão regulatório brasileiro busca retificar atos de toda a Administração Pública direta e indireta, de uma forma ampla, dentro do prazo estipulado pelo normativo. É evidente a importância do Decreto como uma medida de enfrentamento à edição exacerbada de normativos pela Administração Pública, uma vez que, com a sua publicação, os atos até então vigentes, mas em desuso, devem ser retirados do ordenamento. E mais: o problema da falta de informação da Administração pode ser resolvido pela via da consolidação dos atos, por meio da edição de novo e único ato consolidador (diminuindo, assim, o acervo normativo e possíveis informações dispersas).

De forma complementar, o diploma consagra o princípio da publicidade com a previsão de os órgãos e as entidades publicarem os regulamentos em seus respectivos *sites*. Para José Vicente Santos de Mendonça, o texto acaba por condicionar “a vigência dos regulamentos à sua

⁷⁶ “Art. 1º Este Decreto dispõe sobre a revisão e a consolidação dos atos normativos inferiores a decreto editados por órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. § 1º O disposto neste Decreto aplica-se a: I - portarias; II - resoluções; III - instruções normativas; IV - ofícios e avisos; V - orientações normativas; VI - diretrizes; VII - recomendações; VIII - despachos de aprovação; e IX - qualquer outro ato inferior a decreto com conteúdo normativo.”

⁷⁷ “Art. 11. A revisão e a consolidação terão as seguintes fases: I - triagem; II - exame; e III - consolidação ou revogação.”

presença no *site*”⁷⁸, o que é um grande avanço em relação à assimetria de informações entre regulador e regulado.

A alteração da LINDB e a publicação do revisaço regulatório podem ser considerados como o pontapé inicial para a mudança na cultura regulatória no Brasil. Com o advento do marco legal das Agências Reguladoras federais e a lei de proteção da liberdade econômica, houve finalmente a institucionalização da AIR a nível federal, como procedimento de análise de impactos que a edição ou alteração de ato normativo pode vir a causar. É o que se passa a analisar de forma detalhada.

2.2.2. O Marco Legal das Agências

A criação de uma lei com balizas a serem seguidas por todas as agências, garantindo o caráter autônomo de tais entidades, consiste em um grande avanço em diferentes escalas. Isso porque, com a imposição de regras claras e uniformes à atuação das agências, há um aumento da segurança jurídica relacionada às políticas regulatórias. Assim, como já abordado, um sistema regulatório dotado de previsibilidade acaba sendo mais atrativo para os investimentos privados.

Em busca do crescimento econômico, da competitividade e da melhoria da qualidade regulatória, o Governo travou um longo debate com a participação de Ministérios e de todas as agências sobre a criação de um diploma geral que norteasse a estrutura e a edição de atos por essas entidades. A ideia principal consistia em estabelecer procedimentos mínimos a serem seguidos, passíveis de serem afastados em hipóteses específicas e complementados no âmbito de regras internas de cada agência.

Diante disso, o Senado Federal propôs o Projeto de Lei n.º 6.621/2016, que foi finalmente aprovado em 2019 e convertido na Lei n.º 13.848/2019 (Lei Geral das Agências), que uniformizou de forma detalhada o modo de funcionamento de tais entidades. O marco legal das Agências Reguladoras federais expressamente elencadas no art. 2º⁷⁹, foi o primeiro diploma a

⁷⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos de. **É o revisaço regulatório – só que ainda não**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reg/e-o-revisaco-regulatorio-so-que-ainda-nao-29112019>. Acesso em: 04 out. 2020.

⁷⁹ “Art. 2º Consideram-se Agências Reguladoras, para os fins desta Lei e para os fins da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000: I - a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); II - a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural

prever a obrigatoriedade de realização da avaliação de impactos *ex ante* à adoção e às propostas de alteração de atos normativos de interesse geral. A AIR deve ter seu conteúdo, metodologia, quesitos mínimos, bem como casos de obrigatoriedade e de dispensa, detalhados no âmbito de normativos editados por cada uma das agências.⁸⁰

Com a verificação de determinado problema regulatório e a necessidade de elaboração ou alteração de norma, institui-se a AIR, que avalia os riscos e impactos de determinada medida e elabora uma minuta inicial a ser submetida à consulta e, a depender do caso, audiência pública. Nesse sentido, a Lei Geral das Agências também foi responsável pela institucionalização da participação social pelas agências (até então, as consultas e audiências públicas encontravam previsão expressa na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Processo Administrativo Federal).

Com a adoção da AIR o agente deve elaborar um relatório final com as conclusões da análise, a ser submetido à apreciação da Diretoria da agência, a qual decidirá pela edição, alteração ou revogação de ato normativo. Caso essa decisão seja pela continuidade do procedimento, ela será disponibilizada, junto ao relatório da AIR, para a manifestação de interessados (agentes do setor, sociedade civil e outros órgãos do Governo).

Nesse sentido, a Lei Geral das Agências foi além do disposto na LINDB ao estabelecer, em seu art. 9º⁸¹, a obrigatoriedade de realização de consulta pública para minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral, previamente à tomada de decisão. E mais:

e Biocombustíveis (ANP); III - a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); VI - a Agência Nacional de Águas (ANA); VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); IX - a Agência Nacional do Cinema (Ancine); X - a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); XI - a Agência Nacional de Mineração (ANM). Parágrafo único. Ressalvado o que dispuser a legislação específica, aplica-se o disposto nesta Lei às autarquias especiais caracterizadas, nos termos desta Lei, como Agências Reguladoras e criadas a partir de sua vigência.”

⁸⁰ “Art. 6º 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.”

⁸¹ “Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.”

previu também, nos termos do art. 10⁸², a realização de audiência pública de forma facultativa para tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.

É evidente, portanto, que a Lei Geral das Agências Reguladoras foi um importante degrau para a melhoria da qualidade das decisões, tendo em vista a uniformização e a institucionalização de mecanismos de boas práticas (AIR, consultas e audiências públicas). A melhoria regulatória, por sua vez, somente será alcançada na prática, a partir da incorporação eficaz das previsões estabelecidas pela legislação (e não com a incorporação como mero requisito formal).

Ressalta-se que, embora o marco legal seja voltado apenas para as agências a nível federal, a tendência é que os resultados de sua publicação, com a previsão de mecanismos voltados às boas práticas, possam ser usados como exemplo a ser seguido pelas Agências Reguladoras estaduais e municipais, entidades que são usualmente multissetoriais (isto é, cria-se uma única agência para regular diversos setores da economia).

Como exemplo, cita-se a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro, instituída por meio da Lei n.º 4.556/2005, que tem por finalidade o exercício do poder regulatório, através do acompanhamento, controle e fiscalização de concessões e permissões de serviços públicos (i) na área de energia, incluindo os serviços de distribuição de gás canalizado e outras formas de energia; e (ii) na área de saneamento básico, incluindo os serviços de esgoto, abastecimento de água, bem como coleta e disposição de resíduos sólidos.

2.2.3. A Proteção da Liberdade Econômica

Decorridos apenas três meses da publicação da Lei Geral das Agências, houve a conversão da Medida Provisória n.º 811/2019 na Lei n.º 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica), por meio da qual se instituiu a declaração de direitos de liberdade econômica, se estabeleceu normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e, ainda, sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador.

⁸² “Art. 10. A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.”

Reitera-se que a ordem econômica e financeira é abordada pela Constituição Federal de 1988, que especifica o funcionamento do mercado e das atividades econômicas no Brasil (em seu Título VII, art. 170 e ss). Nesse sentido, como já mencionado anteriormente, o art. 174 é a expressão da função normativa e regulatória do estado na economia, sob a forma da lei. A relação entre o Poder Público e o setor privado está expressa no dispositivo seguinte, com a previsão de que os serviços públicos poderão ser prestados mediante concessão ou permissão.⁸³

Por isso a importância de uma lei que trate sobre a liberdade econômica. Isso porque, se a regulação pretende alcançar a previsibilidade e a estabilidade de suas regras, com vistas a atrair o investimento privado e garantir, em última análise, a prestação de serviços públicos de qualidade, é clara necessidade de se instituir a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelecer garantias de livre mercado no âmbito infraconstitucional.

A própria exposição de motivos da MP, posteriormente convertida em lei, dispôs sobre a importância da liberdade econômica para o “desenvolvimento e crescimento econômico de um país”, à luz da experiência internacional. E mais: a justificativa para a implementação desse diploma foi a pretensão de sair da crise econômica que assola o país. Pela clareza, vale transcrever os motivos que levaram a apresentação da medida ao governo:⁸⁴

“a. auxiliará com efeitos imediatos na recuperação da estagnada economia brasileira, conforme estudos científicos presentes em Nota Técnica, especialmente no momento em que mais de 12 (doze) milhões de cidadãos se encontram desempregados;
b. garantirá, conforme estudos empíricos devidamente citados em Notas Técnicas, que os investimentos em educação e tecnologia tenham resultado efetivo e permanente, afastando o desperdício ou mal aproveitamento de todo seu potencial, em reconhecimento à necessidade de valorização e eficiência máxima de cada real dispendido pela Administração nestes tempos de austeridade;
c. possibilitará que os processos de desestatização, e de desenvolvimento do País, obtenham o melhor resultado possível para a União, bem como para os Estados, Distrito Federal e Municípios que estão, ao celebrar a plataforma democrática do pleito de 2018, promovendo políticas similares; e, finalmente,
d. resolverá questões concretas de segurança jurídica, sempre sob o amparo da melhor doutrina, que atrairão de imediato investimentos, capital e talentos para nossa República.”

⁸³ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

⁸⁴ BRASIL. **Exposição de motivos n.º 83/2019 ME AGU MJSP**. abr/2019. n.p. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf. Acesso em: 28 out. 2020.

Embora a AIR já viesse sendo adotada pela Administração Pública, por conta de medidas recomendatórias do Governo, o art. 5^o⁸⁵ da Lei de Liberdade Econômica foi o pioneiro a consagrar a realização prévia do procedimento de análise para edição e alteração de atos normativos por órgãos e entidades administrativas. Em última instância, o dispositivo estendeu o alcance da realização de AIR, a qual até então havia sido prevista somente no texto da Lei Geral das Agências.

De acordo com o parágrafo único do art. 5^o, a data de início de vigência, o conteúdo, a metodologia, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses de obrigatoriedade e de dispensa serão definidas via regulamento, na mesma linha da Lei Geral das Agências. Ao conferir uma certa liberdade aos órgãos e às entidades para aplicação da AIR internamente, o legislador busca garantir que a ferramenta não se torne apenas um requisito a ser cumprido nos moldes estabelecidos pela legislação.

Demonstra-se, mais uma vez, a busca pela instituição eficaz da AIR pelas autoridades competentes. Isso porque, para a sua implementação, o agente regulador deverá pensar e criar um regulamento que reflita, de forma prática, os requisitos mínimos estabelecidos pela Lei e, posteriormente, regulamentados via Decreto, o qual será objeto de análise do tópico a seguir.

2.2.4. O Regulamento da AIR: análise à luz dos objetivos traçados pelo Pro-Reg

A última fase do ciclo normativo da AIR no Brasil consiste na publicação do Decreto n.º 10.411/2020, resultado de um longo trajeto de discussões com vistas a alcançar o aperfeiçoamento regulatório. O diploma, elaborado com base nas Diretrizes Gerais e no Guia para Elaboração da AIR do Pro-Reg, regulamenta a aplicação da AIR (*ex ante*) e da ARR (*ex post*), uniformizando-as no âmbito da Lei Geral das Agências e da Lei de Liberdade Econômica.

⁸⁵ “Art. 5^o 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 conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. (Regulamento) Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.”

Como objetivo imediato, a incorporação de tais procedimentos visa o aumento da eficiência, da participação social e da *accountability* da regulação pública – conforme já tratado pelo presente estudo. Em última análise, o Decreto n.º 10.411/2020 busca a melhoria incremental da qualidade regulatória e das políticas públicas, refletindo uma maior segurança jurídica e um ambiente econômico mais atrativo a investimentos.

Embora o Decreto n.º 10.411/2020 tenha sido um importante avanço para a regulação pública, existem alguns dispositivos controversos, passíveis de discussão e crítica, por irem de encontro aos objetivos inicialmente pretendidos pelo Governo Federal em suas ações recomendatórias. Adiante, passa-se a analisar os principais pontos deste Regulamento.

Em primeiro lugar, menciona-se a previsão de hipóteses de não aplicabilidade da AIR, nos termos do art. 3º, § 2º.⁸⁶ Para o estudo, o ponto crucial de tal dispositivo diz respeito aos incisos III, IV e V, os quais estabelecem que não serão objeto de AIR os atos normativos que tratem sobre (i) execução orçamentária e financeira; (ii) política cambial e monetária; e (iii) segurança nacional.

Os demais incisos que preveem a não aplicabilidade da AIR dizem respeito aos atos de natureza administrativa (cujos efeitos são restritos no âmbito interno do órgão ou entidade), de efeitos concretos (destinados a disciplinar situação específica) ou que visem consolidar outras normas sobre matérias específicas, sem alteração de mérito.

Ora, é evidente o descompasso existente entre as previsões dos incisos do art. 3º, § 2º, uma vez que para a não aplicação da AIR deve-se presumir que o ato não produza efeitos de interesse geral, o que não é o caso dos incisos III, IV e V. Nesse ponto, é possível afirmar que o legislador pode ter se equivocado ao estabelecer tais hipóteses, já que a tomada de decisão

⁸⁶ “Art. 3º A edição, a alteração ou a revogação de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, por órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional será precedida de AIR.

(...) § 2º O disposto no caput não se aplica aos atos normativos: I - de natureza administrativa, cujos efeitos sejam restritos ao âmbito interno do órgão ou da entidade; II - de efeitos concretos, destinados a disciplinar situação específica, cujos destinatários sejam individualizados; III - que disponham sobre execução orçamentária e financeira; IV - que disponham estritamente sobre política cambial e monetária; V - que disponham sobre segurança nacional; e VI - que visem a consolidar outras normas sobre matérias específicas, sem alteração de mérito.”

sobre assuntos de interesse geral pode vir a gerar amplos impactos sociais, se não verificados de antemão.

Nesse sentido, é fundamental a reflexão sobre o texto do Regulamento à luz dos objetivos inicialmente pretendidos pela incorporação da ferramenta no Brasil, tendo em vista que a previsão da não aplicabilidade da AIR em casos de interesse geral leva, em última análise, à diminuição da segurança jurídica regulatória.

Para além da não aplicabilidade, o art. 4^o⁸⁷ do Decreto prevê oito hipóteses de dispensa da AIR, com uma redação bastante abrangente (não especifica o que seriam os casos de urgência, por exemplo). Todavia, ainda que, à primeira vista, a previsão de dispensa possa causar um estranhamento, é preciso considerar sua importância para a institucionalização efetiva da AIR. Explica-se.

Tanto o Governo Federal (desde suas práticas preliminares de *Soft Power*) quanto o próprio Decreto possuem o objetivo de instituir a AIR de forma gradual. Assim, não dispor sobre possíveis exceções (dispensa) à regra (obrigatoriedade) poderia, em última análise, conduzir a adoção da AIR como mero requisito formal a ser seguido, mesmo em casos que – justificadamente – fosse dispensável.

Ora, a única forma de se atingir o objetivo final da instituição da AIR no ordenamento jurídico brasileiro, a edição e alteração de atos normativos de qualidade (embasados e motivados), é através da adoção desta ferramenta de forma eficaz. Desse modo, os órgãos e as entidades devem se adaptar e se preocupar pela capacitação de seus funcionários para a realização da AIR. Com isso, os agentes reguladores deverão ter a capacidade técnica para se

⁸⁷ “Art. 4º A AIR poderá ser dispensada, desde que haja decisão fundamentada do órgão ou da entidade competente, nas hipóteses de: I - urgência; II - ato normativo destinado a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias; III - ato normativo considerado de baixo impacto; IV - ato normativo que vise à atualização ou à revogação de normas consideradas obsoletas, sem alteração de mérito; V - ato normativo que vise a preservar liquidez, solvência ou higidez: a) dos mercados de seguro, de resseguro, de capitalização e de previdência complementar; b) dos mercados financeiros, de capitais e de câmbio; ou c) dos sistemas de pagamentos; VI - ato normativo que vise a manter a convergência a padrões internacionais; VII - ato normativo que reduza exigências, obrigações, restrições, requerimentos ou especificações com o objetivo de diminuir os custos regulatórios; e VIII - ato normativo que revise normas desatualizadas para adequá-las ao desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos do disposto no Decreto nº 10.229, de 5 de fevereiro de 2020.”

posicionar (reitera-se: de forma justificada) pela dispensa da realização de AIR em determinados casos.

Outro ponto fundamental é o embasamento da AIR em métodos ou metodologias, capazes de identificar os impactos, mitigando a discricionariedade administrativa. Isto é, auxiliando a tomada de decisão regulatória.⁸⁸ Nesse cenário, o art. 7º⁸⁹ relaciona as metodologias que poderão ser escolhidas – de forma justificada - pelo agente regulador.

O texto estabelece, ainda, a possibilidade de o agente optar por uma outra metodologia, para além daquelas previstas, desde que seja a mais adequada para resolução do caso concreto. Essa liberalidade trazida não deslegitima a escolha do regulador. Pelo contrário, a escolha de uma análise diferente daquelas estabelecidas não pode ser descartada, uma vez que, a depender do caso, uma metodologia não prevista pode ser mais útil e eficiente.

Em relação aos métodos a serem adotados, estes já haviam sido pincelados pelas Diretrizes e pelo Guia do Pro-Reg. Ressalta-se, contudo, que os documentos não foram inteiramente seguidos pelo legislador. Como exemplo, o Regulamento não previu a participação social, como mecanismo de aumento da transparência e controle, ainda que tivesse sido elencada nos documentos recomendatórios, como etapa do processo normativo, inerente ao procedimento da AIR.⁹⁰

⁸⁸ VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. **Avaliação de Impacto Regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. 2010. 218 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 92, nota de rodapé

⁸⁹ “Art. 7º Na elaboração da AIR, será adotada uma das seguintes metodologias específicas para aferição da razoabilidade do impacto econômico, de que trata o art. 5º da Lei nº 13.874, de 2019: I - análise multicritério; II - análise de custo-benefício; III - análise de custo-efetividade; IV - análise de custo; V - análise de risco; ou VI - análise risco-risco. § 1º A escolha da metodologia específica de que trata o **caput** deverá ser justificada e apresentar o comparativo entre as alternativas sugeridas. § 2º O órgão ou a entidade competente poderá escolher outra metodologia além daquelas mencionadas no **caput**, desde que justifique tratar-se da metodologia mais adequada para a resolução do caso concreto.”

⁹⁰ “A manifestação em tela integrará, juntamente com o Relatório de AIR, a documentação a ser disponibilizada aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública, caso o Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada da Agência Reguladora ou a(s) Autoridade(s) Decisória(s) do órgão ou entidade da administração pública decida(m) pela continuidade do procedimento administrativo.” (BRASIL. **Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão e Regulação Pro-Reg. Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. 2018, p. 27. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/comite-interministerial-de-governanca/apresentacao-diretrizes-geais-e-guia-air-junho-2018>. Acesso em: 08 out. 2020).

Ocorre que, o art. 9º⁹¹ do Decreto dispõe sobre a possibilidade de realização de consulta pública ou consulta aos segmentos sociais diretamente afetados pela norma para obter subsídios ao texto preliminar da proposta de ato normativo. Isto é, de forma contrária ao disposto na Lei Geral das Agências e na Lei de Liberdade Econômica, o Regulamento trata da participação social como um instituto meramente facultativo aos órgãos e às entidades competentes pela edição, alteração ou revogação de atos normativos.

Destaca-se, ainda, que o Decreto, art. 9º, parágrafo único, vincula a obrigatoriedade de realização da consulta pública apenas às Agências Reguladoras Autônomas, nos termos do art. 9º⁹² da Lei Geral das Agências Reguladoras (dispositivo expressamente remetido no texto do Regulamento).

Sobre o tema, vale transcrever o entendimento do autor Marçal Justen Filho, o qual afirma a relação entre a garantia da legitimidade democrática de agências autônomas e os mecanismos de participação social. Veja-se.⁹³

“a concepção da agência independente legitima-se democraticamente não pela eleição dos seus membros, mas pela participação da sociedade na formação das decisões de competência da agência. Isso significa que todas as decisões proferidas pelas agências devem ser antecedidas e acompanhadas da audiência aos diversos segmentos da sociedade.”

Como se não bastasse, o Decreto sequer tratou sobre a realização de audiência pública de forma facultativa. Esse ponto é bastante controverso, tendo em vista que as Diretrizes e o Guia do Pro-Reg, mesmo que de forma meramente recomendatória, dispuseram sobre a possibilidade de convocação audiência pública para auxiliar a formação de juízo e a tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.

⁹¹ Art. 9º Na hipótese de o órgão ou a entidade competente optar, após a conclusão da AIR, pela edição, alteração ou revogação de ato normativo para enfrentamento do problema regulatório identificado, o texto preliminar da proposta de ato normativo poderá ser objeto de consulta pública ou de consulta aos segmentos sociais diretamente afetados pela norma. Parágrafo único. A realização de consulta pública será obrigatória na hipótese do art. 9º da Lei nº 13.848, de 2019.

⁹² Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na Regulação Independente?** In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Org). O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.320.

Para além dos pontos já abordados, importante mencionar a previsão de que a AIR terá início após a avaliação pela autoridade competente (órgão ou entidade) quanto à obrigatoriedade ou à oportunidade de se resolver o problema identificado (art. 5º e art. 15, § 1º). O momento final da análise de impactos, por sua vez, é a elaboração de relatório detalhado, que deve servir de subsídio para a tomada de decisão regulatória (art. 6º). E mais: é o referido documento que deve ser levado à consulta (ou audiência, caso seja essa a opção do agente) pública para manifestação da sociedade, do setor regulado e dos demais órgãos do governo (art. 9º).

No entanto, o relatório da AIR não vincula a tomada de decisão do órgão ou entidade competente, nos termos do art. 15, § 2º. Em relação a esse ponto, o legislador optou por facultar à autoridade a decisão sobre a (i) adoção da alternativa (ou das alternativas) do relatório; (ii) necessidade de se complementar a análise; e, ainda, (iii) adoção de alternativa contrária à sugerida pelo relatório (inclusive em relação à não regulação). No caso de se optar pela opção (iii), a lei expressamente dispõe sobre a necessidade de fundamentação da decisão do órgão ou entidade.⁹⁴

Ora, a não vinculação ao relatório da AIR pode ser considerada uma medida contraditória aos objetivos pretendidos pela ferramenta. Todavia, ainda que o relatório não seja instrumento vinculatório à tomada de decisão final do agente, tal previsão não abre margem para que o regulador simplesmente ignore a AIR realizada. Como já colocado, as decisões em contrariedade às alternativas sugeridas deverão conter fundamentação.

Para além da AIR *ex ante*, o Decreto também prevê a possibilidade de realização da Análise de Impactos *ex post*. Reitera-se que, segundo a autora Ana Paula Silvestrini Vieira Alves, enquanto a análise em um momento visa auxiliar o planejamento governamental ou solucionar um problema pontual, a análise *a posteriori* dos impactos serve como mecanismo de

⁹⁴ Art. 15. A autoridade competente do órgão ou da entidade responsável pela elaboração do relatório de AIR deverá se manifestar quanto à sua adequação formal e aos objetivos pretendidos, de modo a demonstrar se a adoção das alternativas sugeridas, considerados os seus impactos estimados, é a mais adequada ao enfrentamento do problema regulatório identificado.

[...]§ 2º O relatório de AIR não vincula a tomada de decisão de que trata o § 1º e é facultado à autoridade competente do órgão ou da entidade decidir:

I - pela adoção da alternativa ou da combinação de alternativas sugerida no relatório da AIR;

II - pela necessidade de complementação da AIR; ou

III - pela adoção de alternativa contrária àquela sugerida no relatório, inclusive quanto às opções de não ação ou de soluções não normativas.

avaliação das possíveis consequências que a tomada de decisão gerou na prática. E mais: a avaliação *ex post* também serve para avaliar a efetividade da medida adotada.⁹⁵

Nesse sentido, o Regulamento é categórico ao estipular a previsão da realização de Avaliação de Resultado Regulatório (ARR), definido pelo legislador como a verificação dos efeitos decorrentes da edição de ato normativo, considerados o alcance dos objetivos originalmente pretendidos e os demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação (art. 2º, inciso III).⁹⁶

Este mecanismo deve ser obrigatoriamente adotado pelo órgão ou autoridade competente quando da edição de normativos com a dispensa da AIR por motivo de urgência (art. 12).⁹⁷ Sendo assim, mesmo que a medida não seja objeto de avaliação dos impactos *ex ante*, decorridos três anos de sua implementação, o ato deverá ser avaliado pela autoridade e, a depender do resultado da análise, pode ser alterado ou inclusive revogado.

Para além dessa disposição, o diploma ainda prevê a integração da ARR pelos órgãos ou entidades públicas, com vistas a verificar os efeitos obtidos pelos normativos que possuam caráter de interesse geral. Isto é, o art. 13, § 2º⁹⁸ do Regulamento institui que as autoridades competentes para editar atos normativos sujeitos à AIR deverão estabelecer uma agenda de ARR, na qual deverá ser incluído, no mínimo, um ato de interesse geral do setor regulado.

E mais: o Decreto institui também uma forma de “revisão regulatório” atrelado à elaboração de ARR. Isso porque, até 14 de outubro de 2022, o legislador estabeleceu a necessidade de os órgãos e as entidades publicarem uma agenda de ARR. Nada mais é do que

⁹⁵ ALVES, Ana Paula Silvestrini Vieira. Op. cit., 2012, n.p.

⁹⁶ Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

[...] III - avaliação de resultado regulatório - ARR - verificação dos efeitos decorrentes da edição de ato normativo, considerados o alcance dos objetivos originalmente pretendidos e os demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação;

⁹⁷ “Art. 12. Os atos normativos cuja AIR tenha sido dispensada em razão de urgência serão objeto de ARR no prazo de três anos, contado da data de sua entrada em vigor.”

⁹⁸ “Art. 13. Os órgãos e as entidades implementarão estratégias para integrar a ARR à atividade de elaboração normativa com vistas a, de forma isolada ou em conjunto, proceder à verificação dos efeitos obtidos pelos atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados. § 1º A ARR poderá ter caráter temático e ser realizada apenas quanto a partes específicas de um ou mais atos normativos. § 2º Os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, com competência para edição de atos normativos sujeitos à elaboração de AIR nos termos de que trata este Decreto, instituirão agenda de ARR e nela incluirão, no mínimo, um ato normativo de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados de seu estoque regulatório.”

uma agenda regulatória, a ser concluída até 31 de dezembro de 2022, com uma listagem de atos normativos que deverão ser submetidos à avaliação *ex post*.⁹⁹ Um “revisão” dos impactos do estoque regulatório.

Para que todos os dispositivos do Decreto sejam colocados em prática, é fundamental que os órgãos e entidades competentes se preparem, capacitem o seu corpo técnico, estruturem a governança necessária e estabeleçam um plano de ação para que a AIR possa ser implementada de forma eficaz, de modo a garantir o objetivo pretendido pelo instrumento: a melhoria da qualidade regulatória.

Nesse sentido, o legislador optou por estabelecer a vigência do texto de forma gradual.¹⁰⁰ Em seu art. 24, o diploma estabelece que passará a produzir efeitos (isto é, a adoção da AIR passará a ser obrigatória): (i) a partir de abril de 2021 para o Ministério da Economia, as Agências Reguladoras federais e o INMETRO; e (ii) a partir de outubro de 2021 para os demais órgãos e entidades da Administração Pública federal.

Considerando que o Decreto foi publicado em 30 de junho de 2020, o longo período de *vacatio legis*, escolhido de forma intencional, tem o objetivo de garantir um período suficiente ao regulador, para que a adoção obrigatória da AIR ocorra de forma eficaz. Em linhas gerais, tal previsão demonstra a preocupação com a institucionalização da ferramenta como um procedimento para auxiliar a tomada de decisão e a melhoria da qualidade regulatória. Ou seja, não se pretende a adoção de um procedimento como mero requisito formal a ser cumprido pelo agente.¹⁰¹

⁹⁹ “Art. 23. Os órgãos e as entidades divulgarão em seu sítio eletrônico, até 14 de outubro de 2022, agenda de ARR a ser concluída até 31 de dezembro de 2022, acompanhada da relação de atos normativos a serem submetidos à ARR, da justificativa para a sua escolha e do cronograma para a elaboração das avaliações.”

¹⁰⁰ “Art. 24. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação e produz efeitos em: I - 15 de abril de 2021, para: a) o Ministério da Economia; b) as Agências Reguladoras de que trata a Lei nº 13.848, de 2019; e c) o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - Inmetro; e II - 14 de outubro de 2021, para os demais órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.”

¹⁰¹ **ANÁLISE de Impacto Regulatório: Avanços e Desafios da Regulamentação**. [S.l.]: Jota, 24 jul. 2020. 1 vídeo (2h:02min). [Webinar]. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=cFsBAsAQTzk&feature=emb_title. Acesso em: 27 ago. 2020. Participação de Marcelo Guarany, Renato Porto, Felipe de Paula, Vera Monteiro, Patrícia Pessoa e Kelvia Albuquerque.

Vale destacar que a busca pela implementação da AIR de forma eficaz persiste desde a fase recomendatória. Veja-se, nesse sentido, trecho do Guia Orientativo para Elaboração da AIR, publicado pelo Pro-Reg em 2018:¹⁰²

“A AIR não deve ser entendida como um questionário ou uma lista de itens a ser preenchida para justificar a criação de uma regulação. Para que sirva a seu propósito, deve de fato consistir num processo de diagnóstico do problema, de reflexão sobre a necessidade da regulação e de investigação sobre a melhor forma de realizá-la.”

Verificados os principais pontos e avanços trazidos pela normatização da AIR no ordenamento jurídico brasileiro, com vistas a atingir a melhoria regulatória, passa-se a examinar quais serão, na prática, os principais desafios a serem enfrentados pelos setores público e privado.

¹⁰² BRASIL. Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão e Regulação Pro-Reg. Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR. 2018. p. 27. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/comite-interministerial-de-governanca/apresentacao-diretrizes-geais-e-guia-air-junho-2018>. Acesso em: 08 out. 2020.

CAPÍTULO III - OS DESAFIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA AIR NO CONTEXTO BRASILEIRO

3.1. Desafios para o futuro

A adoção de boas práticas regulatórias, como forma de buscar a tomada de decisão baseada em evidências (*evidence-based decision making*), visa conferir maior legitimidade democrática (através de mecanismos de participação social), previsibilidade de regras (segurança jurídica) e, ainda, controle político (através da prestação de contas, com a publicação do relatório da AIR, da decisão administrativa e dos atos). Tais objetivos, contudo, somente poderão ser atingidos a partir da implementação eficaz da AIR pelos órgãos e pelas entidades competentes.

Nessa linha, a disposição sobre o período de *vacatio legis* estabelecido pelo Regulamento evidencia a necessidade de os sujeitos responsáveis estarem preparados para a implantação e a elaboração de uma avaliação de impactos de qualidade. Vale pontuar que até mesmo aqueles agentes que já implementavam a AIR antes de sua normatização no ordenamento jurídico brasileiro, deverão utilizar-se deste período para se adequar às disposições trazidas pelo Decreto.

Sendo assim, para a implementação da AIR com sucesso no Brasil, os órgãos e entidades deverão (i) se preparar previamente (através do estudo dos materiais recomendatórios sobre o tema); (ii) estruturar a governança interna adequada; (iii) capacitar seu corpo técnico para elaboração da análise (a partir da participação de cursos capacitatórios); (iv) estruturar um projeto estratégico de ação para implementação da ferramenta. Para Kelvia Abulquerque, a última etapa desse período de adaptação consistirá na elaboração de projetos-piloto, os quais deverão ser realizados a partir de casos simples, como modelo para eventuais casos mais complexos a serem analisados *a posteriori*.¹⁰³

De maneira sistemática, pode-se afirmar que o maior desafio a ser enfrentado pela Administração Pública em relação à AIR é a estruturação da governança interna de forma

¹⁰³ ANÁLISE de Impacto Regulatório: Avanços e Desafios da Regulamentação. [S.l.]: Jota, 24 jul. 2020. 1 vídeo (2h:02min). [Webinar]. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=cFsBAsAQTZk&feature=emb_title. Acesso em: 27 ago. 2020. Participação de Marcelo Guarany, Renato Porto, Felipe de Paula, Vera Monteiro, Patrícia Pessoa e Kelvia Albuquerque.

adequada. Já que a pretensão é a instituição de um instrumento (ou procedimento) de análise baseado em dados e evidências, a partir de um método pré-estabelecido no caso concreto, para realizar um juízo de valor sobre determinada opção política, é fundamental que a autoridade competente possua a capacidade técnica necessária (*know-how* e *expertise*) e o conhecimento básico sobre o procedimento da AIR para que a análise das alternativas existentes seja realizada com qualidade.

Para o presente estudo, uma AIR realizada com qualidade significa que ato a ser editado, alterado ou revogado pela autoridade competente, cumpra três objetivos mínimos da implementação desta boa prática: a legitimidade democrática, a segurança jurídica e o controle político da tomada de decisão regulatória. Tais objetivos nada mais são do que formas de solucionar o problema do déficit democrático da regulação pública, proporcionando maior controle desta pela sociedade e instituições, buscando o aumento de previsibilidade das regras do jogo e, via de consequência, o aumento da qualidade regulatória.

E mais: o problema da baixa adesão da regulação pela sociedade (relacionado também à assimetria entre agente regulador e regulado), já abordado nos capítulos anteriores deste trabalho, pode ser minimizado através da participação do setor interessado no processo normativo, desde o início das discussões no órgão ou na entidade competente.¹⁰⁴ É evidente que, para isso, o mercado deve estar envolvido nas discussões, contribuindo com dados e informações de qualidade para auxiliar a tomada de decisão regulatória.

Em última análise, a autoridade competente deve adotar a AIR de forma eficaz (e não apenas como um mero requisito a ser cumprido), de modo que esta sirva para subsidiar a edição, alteração ou revogação de atos normativos de qualidade. Uma tomada de decisão baseada em evidências e dotada de *expertise* nada mais é do que uma tomada de decisão de qualidade (legítima), que aumenta inclusive a tendência de os tribunais serem deferentes à sua atuação.

Esta seção visa demonstrar que, apesar dos desafios a serem enfrentados pelas autoridades competentes para a adoção da AIR, quando a sua realização ocorre de forma ótima, isto é, com qualidade, os ganhos refletem inclusive na atuação do órgão ou entidade perante a sociedade e

¹⁰⁴ MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 359.

os demais poderes do Estado. Sendo assim, é evidente a importância de se adotar a AIR como um procedimento para a melhoria da qualidade regulatória (via de consequência, atingir a boa regulação).

3.2. Maturidade da participação do setor privado na tomada de decisão regulatória

Como já abordado ao longo deste estudo, a instituição da AIR possui como um dos objetivos a quebra da assimetria de informações existente entre regulador e regulado. A participação da sociedade e do setor interessado, na hipótese de o órgão ou a entidade competente optar, após a conclusão da AIR, pela edição, alteração ou revogação de ato normativo para enfrentamento do problema regulatório identificado, configura um momento de diálogo entre os setores privado e público durante o processo normativo.

Nesse sentido, cabe ao mercado a apresentação de informações e dados, desde as etapas iniciais do processo regulatório, a partir da constatação sobre a ocorrência de discussão sobre determinado tema de seu interesse (com base no planejamento ou na agenda de atuação do órgão ou entidade). Para a autora Patrícia Pessoa Valente, as relações de *lobby* entre o setor privado e o Poder Público perdem força, em detrimento da introdução de um “espaço para a troca de experiências de mercado e impactos reais no ambiente econômico”.¹⁰⁵

A própria OCDE, através do documento denominado *Best Practice Principles for Regulatory Policy* em AIR, publicado em fevereiro de 2020, aponta a importância da transparência e *accountability* no processo de produção de política regulatória, através da análise de informações de qualidade para a tomada da decisão mais correta, de modo a atingir os objetivos pretendidos pelas políticas públicas. A Organização afirma que a AIR é uma das ferramentas à disposição do Estado mais importantes para o aumento da base de evidências para a regulação.¹⁰⁶

¹⁰⁵ VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessoa. **Por que a AIR interessa à iniciativa privada?** Jota, 2020. Disponível em: https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/por-que-a-air-interessa-a-iniciativa-privada-11082020#_ftnref6. Acesso em: 29 out. 2020.

¹⁰⁶ “If used systematically and as a government-wide approach, regulatory impact assessment (RIA) provides a critical tool to ensure greater quality of government intervention. In addition, the documentation and publication of the evidence and analysis to design interventions provides the opportunity to enhance accountability and transparency in the policy-making and decision-making processes. Regulatory impact assessment provides crucial information to decision makers on whether and how to regulate to achieve public policy goals (OECD, 2012). It is challenging to develop “correct” policy responses which also maximise societal well-being. It is the role of RIA to help assist with this, by critically examining the impacts and consequences of a range of alternative options. Improving the evidence base for regulation through RIA is one of the most important regulatory tools available to

Nesse sentido, a institucionalização da participação da sociedade civil, dos agentes econômicos afetados e de outras áreas do governo é fundamental para que a AIR funcione adequadamente.¹⁰⁷ Em contrapartida, esse aumento significativo da participação da iniciativa privada no processo de formulação de normas acarreta grandes desafios para o mercado.

Em primeiro lugar, a atuação do setor privado configura uma mudança estrutural em sua postura em relação ao processo de implementação de políticas regulatórias, com vistas a participar de forma mais ativa na tomada de decisão. Para além disso, as contribuições do setor privado deverão ser apresentadas com um caráter mais técnico, embasadas em dados e informações de qualidade, para a análise do órgão ou da entidade competente. Não há de se falar, portanto, em contribuições baseadas em interesses político-partidários.¹⁰⁸

Fica evidenciado que a adoção da AIR com a instituição de participação social aumentará a transparência e exigirá uma maior maturidade na participação do setor privado. De tal forma, é provável que o resultado desse processo seja a diminuição da oposição a uma norma ou decisão regulatória pelos agentes regulados em momento posterior – já que o processo normativo contará com a participação do mercado *a priori*. Em última análise, pretende-se diminuir as discussões acerca de atos normativos no âmbito judicial – quando esses já produzem seus efeitos – e, ainda, minimizar os eventuais impactos de uma possível suspensão de efeitos de atos normativos pelo Poder Judiciário.

Outro ponto que se pretende alcançar com a participação do setor afetado no processo de tomada de decisão regulatória é a diminuição do problema da adesão, já tratado no presente estudo. Ora, uma decisão embasada em dados e informações apresentadas pelo setor regulado possui maior legitimidade, de modo a gerar maior aceitabilidade do setor aos normativos a serem editados.

governments (OECD, 2012).” (ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **Regulatory Impact Assessment, OECD. Best Practice Principles for Regulatory Policy**. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/7a9638cb-en>. Acesso em: 28 out. 2020).

¹⁰⁶ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança**. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>. Acesso em: 08 out. 2020.

¹⁰⁷ GUERRA, Sérgio; SAMPAIO, Patrícia. Op. cit., 2012.

¹⁰⁸ VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. **Avaliação de Impacto Regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. Orientador: Prof. Dr. Sebastião Botto de Barros Tojal. 2010. 218 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 25

Para José Vicente Santos de Mendonça, a AIR surge como solução além da tentativa de se adotar audiências e consultas públicas para resolver o problema da adesão – o que, na prática, não foi verificado, tendo em vista a ossificação do processo regulatório, a instrumentalização desses mecanismos pelos administrados e, ainda, pelo poder público “como meios de legitimação retórica de sua atuação”. Por se tratar de um mecanismo em ascensão, a AIR promete corrigir o problema da adesão na prática, tendo em vista sua base pragmática, como instrumento da razão pública.¹⁰⁹

Os avanços associados à adoção da AIR, na teoria, são lindos. É preciso, no entanto, que o Estado e o setor regulado se dediquem a cumprir seu respectivo papel para que os objetivos pretendidos pela ferramenta sejam conquistados. Com uma atuação sistematizada, a partir da participação qualitativa do mercado, da sociedade e das demais áreas do governo, bem como da atuação pragmática, voltada aos resultados práticos da tomada de decisão regulatória, do Estado regulador, pretende-se atingir uma boa regulação brasileira, diretamente relacionada ao desenvolvimento e crescimento econômico do país.

3.3. O que a experiência internacional nos mostra?

Por fim, tendo em vista que o modelo da AIR no Brasil foi inspirado na experiência internacional, é fundamental analisar, mesmo que de forma breve, o que a experiência internacional conta sobre a instituição da AIR em sua base de atuação regulatória. Não se pretende, nessa seção, esgotar o tema. Muito pelo contrário, a presente abordagem consiste apenas em comentar pontos relacionados ao estudo em tela.

Em primeiro lugar, como forma de minimizar o problema da falta de informação do poder público sobre a realidade – já abordado no presente estudo – alguns Estados têm adotado a estratégia de centralização da informação em um órgão ou entidade pública.¹¹⁰ A experiência norte-americana adotou a mencionada estratégia através da instituição de um escritório associado à Casa Civil, o chamado *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA). Em suma, no exercício de suas funções, o OIRA é responsável pela consolidação dados do governo

¹⁰⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. cit., 2018, p. 363 - 374.

¹¹⁰ Ibid., p. 361.

e da sociedade e, ainda, pela fiscalização da qualidade dos mecanismos de participação social.¹¹¹

O Brasil, por sua vez, não possui órgão ou autoridade governamental competente pelo exercício de tais atribuições. Embora o Pro-Reg tenha afirmado que um de seus objetivos pretendidos era a implementação de “uma Unidade de Coordenação, Monitoramento e Avaliação de Assuntos Regulatórios, no Poder Executivo, buscando identificar, na experiência internacional relativa aos *regulatory oversight bodies*” tal modelo organizacional ainda não foi implementado.¹¹²

A própria OCDE já se manifestou pela importância dos chamados *oversight bodies*, pela clareza, vale transcrever o entendimento da organização sobre o tema:¹¹³

“Oversight bodies have been key actors in the process of regulatory reform, working as ‘engines of reform’, maintaining a whole-of-government approach, coordinating inside the administration. The main role of oversight bodies is to ensure regulatory quality. This is done through supervision, control and coordination of the regulatory programme and system. Regulators are forced to demonstrate and justify the relevance of their regulatory actions (newly proposed and existing), using accountability and assessment mechanisms. Oversight bodies advocate and promote reform, and encourage regulatory ‘champions’, also non governmental institutions, to support improvements in the regulatory system. In a challenging and reforming environment, institutions need capacity building and competent human resources; oversight bodies offer technical advice and support throughout government.”

É evidente, portanto, a importância da implementação de uma unidade da administração pública para garantir a qualidade regulatória, objetivo pretendido pela AIR. Isso porque, em última análise, um órgão de controle acaba por forçar a atuação da regulação pública em conformidade com as disposições estabelecidas pelo ordenamento jurídico, através da fiscalização das ações. A instituição desse “braço” governamental seria um grande avanço para a regulação pública brasileira, tendo em vista a falta de previsibilidade e estabilidade das regras,

¹¹¹ SUNSTEIN, C. The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities. **Harvard Law Review**, v. 126, n. 7, 2013, p. 1838-1878.

¹¹² BRASIL. **Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão e Regulação Pro-Reg. Desafios da Regulação no Brasil**. 2009. 342 p. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública ENAP. p. 116 – 118. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/1744/1/Livro%20DESAFIOS%20DA%20REGULA%c3%87%c3%83O.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020. Organizadores: Jadir Dias Proença, Patrícia Vieira da Costa e Paula Montager.

¹¹³ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **Regulatory Impact Assessment, OECD. Best Practice Principles for Regulatory Policy**. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/7a9638cb-en>. Acesso em: 28 out. 2020, p. 11.

bem como a relação historicamente política entre poder público e mercado, que podem afetar a eficácia da realização da AIR de qualidade.

A partir da análise da experiência internacional e da recomendação da OCDE, o estudo também vislumbra a necessidade de que o Estado regulador brasileiro se volte à adoção de tal unidade, inicialmente pretendida pelo Pro-Reg. Com os devidos esforços, mesmo que futuramente, a implementação dessa autoridade governamental pode trazer benefícios para a regulação pública. É claro que, a partir da análise prática da implementação da AIR a nível federal, o que ocorrerá ao longo dos próximos anos, a análise sobre eventual instituição de órgão de controle poderá ser feita de forma embasada nos resultados práticos da ferramenta no Brasil.

CONCLUSÃO

O estudo pretendeu discorrer sobre a importância da adoção eficaz da AIR pelos órgãos e entidades da Administração Pública brasileira. Embora os desafios a serem enfrentados pelo Estado e pelo setor privado sejam inerentes à mudança de cultura regulatória, a preparação, a capacitação e a estruturação da governança interna são pontos primordiais para que o Brasil alcance a adoção ótima da AIR.

Diante de uma realidade de baixa segurança jurídica, relacionada a falta de previsibilidade e estabilidade das regras do jogo administrativo brasileiro, tem-se uma baixa atratividade de investimentos econômicos nos diversos setores. No entanto, é uma pretensão do Estado regulador o aumento de tais investimentos, inclusive como forma de desenvolvimento e crescimento econômico do país.

Assim, além da instituição das Agências Reguladoras, que atuam ao seu favor, a partir da constatação de falhas no modelo, o Estado focou em se preocupar com os resultados práticos a serem atingidos pela atuação regulatória de tais entidades. Como se não bastasse, os demais órgãos do governo, também incumbidos de funções de caráter regulatório, também passam pelo olhar do Estado. A AIR surge como um mecanismo à disposição do agir estatal, com vistas a solucionar os problemas regulatórios tratados ao longo do estudo.

Para além da normatização da AIR no ordenamento jurídico, é possível diagnosticar que o corpo governamental tem se preocupado cada vez mais com a adoção desse instrumento. É nesse sentido que a I Jornada de Direito Administrativo (2020) aprovou, dentre os 40 enunciados, dispositivo que versa sobre a realização da AIR por órgãos e entidades da Administração Pública Federal, de modo a assegurar ao regulador a alternativa da não regulação (manutenção do status quo), conforme o caso.¹¹⁴

Ocorre que, na prática, a implementação da AIR de qualidade não depende somente do cumprimento de um procedimento formal. Isto é, para que os resultados pretendidos sejam

¹¹⁴ “A realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) por órgãos e entidades da administração pública federal deve contemplar a alternativa de não regulação estatal ou desregulação, conforme o caso” (BRASIL. Enunciados 2829 e 2811 – Aglutinados. **I Jornada de Direito Administrativo**. ago/2020. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF). Disponível em: file:///Users/isabelamarzullo/Downloads/Enunciados_Aprovados_IJDA.pdf. Acesso em: 28 out. 2020)

alcançados, é fundamental a coordenação entre os setores público e privado. O setor público deve se ater ao procedimento, à adoção de metodologias adequadas ao caso concreto e à motivação de sua decisão, baseada em evidências e dados. O mercado, por sua vez, deve participar de forma ativa, desde o início das discussões, de modo a contribuir com o máximo de informações (ressalta-se: de qualidade) possíveis.

Como uma forma de controle das atividades regulatórias e da implementação da AIR, propõe-se, ainda, que o Estado pense e estude sobre a possibilidade de implementar, a longo prazo, um órgão interno – dotado de caráter autônomo – capaz de concentrar as informações necessárias tanto para o Poder Público quanto para o setor privado, de modo a fiscalizar e controlar a atividade regulatória setorial como um todo. Entende-se que a adoção de tal estratégia pode auxiliar o Estado a atingir o objetivo de melhoria da qualidade regulatória.

O caminho já está traçado. Depois de anos de debates travados no âmbito teórico, a estruturação da regulação pública e do modelo de AIR a ser adotado finalmente saiu do plano das ideias. No entanto, somente a experiência mostrará se os resultados e os objetivos pretendidos serão atingidos ou não. Para o estudo, entende-se que a melhoria da qualidade regulatória dependerá (i) da instituição da AIR e a realização do procedimento de forma técnica pelas autoridades competentes e, ainda, (ii) da participação efetiva e técnica da sociedade. Os resultados somente serão verificados na prática, ao longo dos próximos anos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Ana Paula Silvestrini Vieira. Análise de impacto regulatório e normatização na Anatel. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 213-243, jul./dez. 2012.

ANÁLISE de Impacto Regulatório: Avanços e Desafios da Regulamentação. [S.l.]: Jota, 24 jul. 2020. 1 vídeo 2h:02min. [Webinar]. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=cFsBAsAQZk&feature=emb_title. Acesso em: 27 ago. 2020. Participação de Marcelo Guarany, Renato Porto, Felipe de Paula, Vera Monteiro, Patrícia Pessoa e Kelvia Albuquerque.

ANÁLISE de Impacto Regulatório e Liberdade Econômico: Perspectivas para empresas e governos. Ibmec, 22 set. 2020. 1 vídeo 1h:08min. [Live]. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=D6gC51U25cg&t=2886s>. Acesso em: 08 out. 2020. Participação de Kelvia Albuquerque, Fernando Meneguim e Eduardo Galvão.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O princípio da eficiência**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 237, p. 1-6, jul. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44361/44784>. Acesso em: 03 nov. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito do Estado**, v. 13, 2009. p. 18-19. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 27 set. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição n°. 240, abril/jun 2005.

_____. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Gustavo Binjenbojm; prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sunfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 out. 2020.

_____. **Decreto-Lei n.º 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em: 1º nov. 2020.

_____. **Decreto n.º 4.176**, de 28 de março de 2002. Estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4176.htm#:~:text=Estabelece%20normas%20e%20diretrizes%20para,Federal%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 1º nov. 2020.

_____. **Decreto n.º 6.062**, de 16 de março de 2007. Institui o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6062.htm. Acesso em: 1º nov. 2020.

_____. **Decreto n.º 9.830**, de 10 de junho de 2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro.

_____. **Decreto n.º 9.191**, de 1º de novembro de 2017. Estabelece as normas e as diretrizes para a elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9191.htm. Acesso em: 1º nov. 2020.

_____. **Decreto n.º 9.203**, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm. Acesso em: 1º nov. 2020.

_____. **Decreto n.º 10.139**, de 28 de novembro de 2019. Dispõe sobre a revisão e a consolidação dos atos normativos inferiores a decreto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10139.htm. Acesso em: 1º nov. 2020.

_____. **Decreto n.º 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. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.411-de-30-de-junho-de-2020-264424798>. Acesso em: 1º nov. 2020.

BRASIL. **Enunciados 2829 e 2811 – Aglutinados. I Jornada de Direito Administrativo.** ago/2020. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF). Disponível em: file:///Users/isabelamarzullo/Downloads/Enunciados_Aprovados_IJDA.pdf. Acesso em: 28 out. 2020

_____. **Exposição de motivos n.º 83/2019 ME AGU MJSP.** abr/2019. n.p. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. **Guia da Política de Governança Pública.** 2018. 88 p. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/guia-da-politica-de-governanca-publica>. Acesso em: 29 out. 2020.

_____. **Medida Provisória n.º 811**, de 30 de abril de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece as garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm. Acesso em: 1º nov. 2020.

_____. **Lei Estadual n.º 4.556**, de 06 de junho de 2005. Cria, estrutura, dispõe sobre o funcionamento da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro - AGENERSA, e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/34OZVIa>. Acesso em: 1º nov. 2020.

_____. **Lei n.º 9.427**, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19427cons.htm. Acesso em: 1º nov. 2020.

_____. **Lei n.º 9.472**, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n.º 8, de 1995. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/leis/2-lei-9472>. Acesso em: 1º nov. 2020.

_____. **Lei n.º 9.478**, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478compilado.htm. Acesso em: 1º nov. 2020.

_____. **Lei n.º 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 1º nov. 2020.

_____. **Lei n.º 13.655**, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 1º nov. 2020.

_____. **Lei n.º 13.848**, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das Agências Reguladoras, altera a Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei n.º 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei n.º 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei n.º 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória n.º 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei n.º 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei n.º 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm. Acesso em: 1º nov. 2020.

_____. **Lei n.º 13.874**, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis n.ºs 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 n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada n.º 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei n.º 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 1º nov. 2020.

_____. **Nota Técnica n.º 0073/2011-SRD-CGA-ASS-SPG-SGE-SPE-SMA/ANEEL**. 2011, n.p. Disponível em: https://www.aneel.gov.br/documents/656877/16864182/Nota+T%C3%A9cnica+N%C2%BA+0073_2011/c4924ad9-face-309a-87a5-3102e5b17c2b. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. **Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão e Regulação Pro-Reg. Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/comite-interministerial-de-governanca/apresentacao-diretrizes-geais-e-guia-air-junho-2018>. Acesso em: 08 out. 2020.

_____. **Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão e Regulação Pro-Reg. Desafios da Regulação no Brasil**. 2009. 342 p. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública ENAP. p. 116 – 118. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/1744/1/Livro%20DESAFIOS%20DA%20REGULACAO%20DE%20IMPACTO%20REGULATORIO.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020. Organizadores: Jadir Dias Proença, Patrícia Vieira da Costa e Paula Montager.

_____. **Resolução Normativa ANEEL n.º 540**, de 12 de março de 2013. Aprova a Norma de Organização ANEEL n.º 40, que dispõe sobre realização de Análise de Impacto Regulatório – AIR – no âmbito da Agência. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2012/064/resultado/ren2013540.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2020.

_____. **Resolução Normativa ANEEL n.º 798**, de 12 de dezembro de 2017. Aprova a revisão da Norma de Organização ANEEL n.º 40, de 12 de março de 2013, que dispõe sobre a realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) no âmbito da Agência. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2017798.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**, São Paulo: Saraiva, 2006.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, São Paulo: Saraiva, 2014.

EUROPEAN COMMISSION. **Better regulation: delivering better results for a stronger union**. Bruxelas: European Commission, 14 Set. 2016. n.p. (Communication from the Commission). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0615&from=EN>. Acesso em: 29 out. 2020.

FREITAS, Rafael Vêras de. A análise de impacto regulatório AIR no setor de energia elétrica. **Revista brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 177-200, jul./set. 2014.

GOLFETTO, Verônica de Camargo. **Intervenção Do Poder Judiciário Na Esfera Regulatória**. Orientador: Ilton Norberto Robl Filho. Âmbito jurídico, fev/2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/intervencao-do-poder-judiciario-na-esfera-regulatoria/>. Acesso em: 18 set. 2020.

GUERRA, Sérgio; SAMPAIO, Patrícia. A análise de impacto regulatório: ferramenta a serviço da transparência e da eficiência da regulação. **Revista Justiça e Cidadania**, n. 45, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. **Quantidade de Normas Editadas no Brasil: 30 anos da Constituição Federal de 1988**. 2018, n.p. Disponível em: <https://ibpt.com.br/quantidade-de-normas-editadas-no-brasil-30-anos-da-constituicao-federal-de-1988/>. Acesso em: 30 set. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na Regulação Independente?** In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Org.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.320.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

LORINI, L.; MANTOVANI, J. **Reforma Gerencial e as Agências Reguladoras**. Fundação Getúlio Vargas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo. 2018.

MANTOVANI, Juliana Rossetto Leomil. **Reforma Gerencial e as Agências Reguladoras**. Fundação Getúlio Vargas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo. 2018.

MARTINELLI, Caio Barbosa. O Jogo Tridimensional: o Hard Power, o Soft Power e Interdependência Complexa, segundo Joseph Nye. **Revista Conjuntura Global, UFPR**, v. 5, n. 1, p. 65- 80, jan./abr., 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/conjglobal/article/view/47424/28453>. Acesso em: 04 out. 2020.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. **El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones**. Madrid: Civitas, 1996.

MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Berlim: Duncker & Humblot, 1924. v. I, p. V, *apud* BERCOVICI, Gilberto. O Direito constitucional passa, o direito administrativo permanece: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir Pinheiro (Orgs.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo editorial, 2010.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, Marcus André. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v.16, n. 46, p. 56-68, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n46/a03v1646.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. As fases do estudo sobre regulação da economia na sensibilidade jurídica brasileira. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 13, n. 17, p.284-301, jan./dez. 2015. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/471/188>.

_____. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. **É o revisaço regulatório – só que ainda não.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reg/e-o-revisaco-regulatorio-so-que-ainda-nao-29112019>. Acesso em: 04 out. 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Orgs.) **Direito da regulação e políticas públicas.** São Paulo: Malheiros, 2014.

NASCIMENTO, Sueli do. Reflexões sobre a intersectorialidade entre as políticas públicas. **Serviço Social & Sociedade**, n. 101, p. 95-120, 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282010000100006. Acesso em: 30 out. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e Análise de Impacto Regulatório. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 173 - 203, out./dez. 2011.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança.** Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>. Acesso em: 08 out. 2020.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **Regulatory Impact Assessment, OECD. Best Practice Principles for Regulatory Policy.** Disponível em: <https://doi.org/10.1787/7a9638cb-en>. Acesso em: 28 out. 2020.

PEREIRA, L. C. B. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 47, n. 1, p. 07 - 40, 22 jan. 2015, p. 9. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>. Acesso em: 27 out. 2020.

POSNER, R. Law, pragmatism and democracy. **Cambridge: Harvard University Press**, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. 2018. Comentários às Alterações na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro [Palestra]. **TV Câmara São Paulo.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qayMnkVvm0Q>. Acesso em: 04 out. 2020.

SUNSTEIN, C. The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities. **Harvard Law Review**, v. 126, n. 7, 2013. P. 1838-1878.

VALENTE, Patricia Rodrigues Pessoa. **Avaliação de Impacto Regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado.** Orientador: Prof. Dr. Sebastião Botto de Barros Tojal. 2010. 218 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

_____. **Por que a AIR interessa à iniciativa privada?** Disponível em: https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/por-que-a-air-interessa-a-iniciativa-privada-11082020#_ftnref6. Acesso em: 29 out. 2020.

WORD ECONOMIC FORUM. **The Global Competitiveness Report**. 2018. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/GCR2018/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2018.pdf>. Acesso em: 08 out. 2020.