

Análise de Impacto Regulatório (AIR) e participação social no Brasil¹

Regulatory Impact Analysis (RIA) and social participation in Brazil

José Sérgio da Silva Cristóvam²

Liliane Sonsol Gondim³

Thanderson Pereira de Sousa⁴

Resumo

No contexto do paradigma do Estado regulador busca-se, precipuamente, determinar os traços da Análise de Impacto Regulatório (AIR) no Brasil e, nesse seguimento, identificar a participação social, suas potencialidades e desafios. No aspecto metodológico, adota-se abordagem dedutiva, com técnicas de pesquisa bibliográfica, legislativa e documental. Infere-se, da pesquisa realizada, que a AIR corresponde ao procedimento de verificação de evidências para lastrear edição ou alteração de ato normativo regulatório, caracterizando-se predominantemente pela técnica. Entretanto, é mecanismo aberto à participação social, que se corporifica na fase de elaboração do relatório de AIR e no processo de deliberação propriamente dito. Apesar dos desafios enfrentados (captura das agências e assimetria informacional), a participação social representa

¹ Recebido em: 03/03/2020. Aprovado em: 20/07/2020.

² Professor Adjunto de Direito Administrativo da UFSC (Graduação, Mestrado e Doutorado). Subcoordenador do PPGD/UFSC. Doutor em Direito Administrativo pela UFSC (2014), com estágio de Doutorado Sanduíche junto à Universidade de Lisboa – Portugal (2012). Mestre em Direito Constitucional pela UFSC (2005). Membro fundador e Presidente do Instituto Catarinense de Direito Público (ICDP). Membro fundador e Diretor Acadêmico do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina (IDASC). Conselheiro Federal da OAB/SC. Presidente da Comissão Especial de Direito Administrativo da OAB Nacional. Membro da Comissão de Direito Constitucional da OAB/SC. Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Público do CCJ/UFSC (GEDIP/CCJ/UFSC) e membro da Rede de Pesquisa em Direito Administrativo Social (REDAS). E-mail: jscristovam@gmail.com.

³ Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC), Fortaleza - CE, Brasil. Procuradora Autárquica da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE). E-mail: lilianesonsol@gmail.com.

⁴ Doutorando em Direito Administrativo pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC) (2020). Bolsista CAPES/PROEX. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC) (2019). Membro do Grupo de Estudos em Direito Público do CCJ/UFSC (GEDIP/CCJ/UFSC), do Grupo de Pesquisa em Serviços Públicos e Condições de Efetividade (PPGD/UFC) e da Rede de Pesquisa em Direito Administrativo Social (REDAS). E-mail: thandersonsousa@hotmail.com.

instrumento para a legitimação e melhoria da política regulatória, bem como conduz à adoção de um modelo regulatório responsivo.

Palavras-chave: Análise de Impacto Regulatório; Estado regulador; Participação social; Regulação responsiva.

Abstract

This paper investigates the Regulatory Impact Analysis (RIA) role in the Brazilian government regulatory paradigm, identifying its peculiarities and its social participation challenges and potencialities. The deductive method approach was adopted, besides bibliographic, legislative and documental research techniques. The results shows that RIA is an evidence verification procedure used to determine regulation changes, particularly highly technical ones. Despites its high technicality, the procedure is permeable to social participation, occurring in its preparation phase and in the deliberation process itself. Although the challenges faced (capture and information asymmetry), social participation represents an instrument for legitimating and improving regulatory policy, as well as leading to the adoption of a responsive regulatory model.

Keywords: Regulatory Impact Assessment; Regulatory state; Responsible regulation; Social participation.

Introdução

A atividade regulatória por parte do Estado constitui inclinação mundial. No Brasil, a partir dos anos 1990, ocorreu um claro encaminhamento para um modelo de Estado regulador, sobretudo com a encampação de reformas administrativas, programas de desestatização e criação, paulatina, de agências reguladoras.⁵

Nesse contexto, a função reguladora tem sido aprimorada, desde então, na perspectiva da promoção de maior eficiência para os serviços prestados nas mais diversificadas áreas alvo/setores. Órgãos e entidades da Administração Pública federal, sobretudo agências reguladoras, têm se especializado cada vez

⁵ Para uma análise do período da chamada reforma administrativa da década de 1990, em suas diferentes possibilidades de leituras jurídico-políticas, inclusive controversas e até mesmo entre si contrapostas, ver: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 49, n. 1, p. 5-42, jan./mar. 1998. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/360>. Acesso em: 2 jul. 2020; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O neocolonialismo e o direito administrativo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE**, Salvador, n. 17, p. 1-13, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=311>. Acesso em: 2 jul. 2020.

mais e, simultaneamente, adotado procedimentos singulares para a melhoria da regulação no país.

Dentro dessa perspectiva, mas somente em 2007, ocorreu a introdução da Análise de Impacto Regulatório (AIR), por intermédio do Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007, mais diretamente inclinado para mecanismos de análise dos custos da regulação, de modo a buscar evidências que sustentem (ou não) a elaboração ou alteração de ato normativo, subsidiando o processo decisório no âmbito das agências reguladoras. A AIR passou a ser disciplinada pelos regimentos internos das agências e, atualmente, pelo art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 (Lei Geral das Agências Reguladoras), e pelo art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (Lei da Liberdade Econômica), fazem a previsão da AIR sempre que houver afetação de interesses dos agentes econômicos, consumidores ou usuários. Inclusive, há o recém publicado Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, que regulamenta a AIR de forma mais minuciosa e detalhada, mas que ainda somente passará a produzir efeitos a partir de 15 de abril de 2021.⁶

Por esse enquadramento, o problema que impulsiona a pesquisa gira em torno da necessidade de identificação da participação social na AIR – incluindo agentes econômicos, consumidores, usuários e comunidade em geral – e o debate acerca de suas potencialidades e desafios no contexto brasileiro.

O objetivo principal do estudo é discutir os contornos da AIR e determinar de que modo se concretiza a participação social, precipuamente num cenário que busca a tecnicidade na qualidade de sustentáculo decisório. A metodologia empregada conta com abordagem dedutiva, apoiando-se em técnicas de pesquisas bibliográfica, legislativa e documental.

Apenas para antecipar, no estudo se constata que a AIR almeja apontar evidências que orientem, na perspectiva da racionalidade/razoabilidade, a adoção de atos normativos regulatórios eficientes, possuindo característica predominantemente técnica. Um contexto que precisa considerar a importância

⁶ Nos termos do art. 24 do Decreto nº 10.411/2020, o mesmo entra em vigor na data da sua publicação e passa a produzir efeitos a partir de: (I) 15 de abril de 2021 para Ministério da Economia, agências reguladoras e Inmetro; e, (II) 14 de outubro de 2021 para demais órgãos e entidades da Administração Federal direta, autárquica e fundacional.

e mesmo a centralidade da participação social, a ocorrer mais precipuamente em dois momentos: (a) durante a elaboração da AIR, propriamente dita, devendo o relatório final conter indicação das contribuições (de atores internos e externos) recebidas; e, (b) posteriormente, no processo decisório, conforme disposição da Lei nº 13.848/2019 e Decreto nº 10.411/2020, a funcionar como mecanismo de auxílio às decisões e complemento do relatório de AIR. Por outro lado, inegavelmente a fase participativa enfrenta sim consideráveis desafios como, por exemplo, a já conhecida questão da captura e também o problema da assimetria de informação. Nada obstante, a participação tem o fito não só de legitimar as decisões regulatórias, mas também e sobretudo aperfeiçoá-las, de forma a contribuir efetivamente para a adoção de uma regulação responsiva.

1. Sobre a Análise de Impacto Regulatório (AIR) no Brasil

A inserção da Análise de Impacto Regulatório (AIR) no Brasil remonta ao Decreto nº 6.062/2007, da Presidência da República que, adotando o modelo do *The Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA)*⁷ como inspiração, criou o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão da Regulação (PRO-REG), posteriormente modificado pelo Decreto nº 8.760, de 10 de maio de 2016.

Apesar da evidente inspiração, a AIR, nos Estados Unidos, tem uma abrangência maior, pois torna obrigatória sua realização para toda norma que indique impacto a partir de US\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de dólares), não importando se este impacto é suportado pela Sociedade em geral, por agentes econômicos privados ou pelo próprio Estado. Possui raízes na própria história da liberdade anglo-americana, conforme já pontuou Cass Sunstein ao afirmar que o papel da OIRA é enfaticamente ser guardião do devido processo regulatório.⁸

⁷ SUNSTEIN, Cass. The big ideas behind OIRA. **The Regulatory Review**, Philadelphia, set. 2013. Disponível em: <https://www.theregreview.org/2013/09/09/09-sunstein-big-ideas-oira/>. Acesso em: 2 jul. 2020.

⁸ Nas exatas palavras do autor: “The first idea has to do with an oft-quoted statement by Felix Frankfurter about how the history of Anglo-American liberty is in large part a history of procedural safeguards. [...] The role of OIRA is emphatically one of procedural safeguards. That’s a first quasi-idea: OIRA sees itself as a guardian of what we might call *regulatory due process*. This little concept of regulatory due process means some kind of hearing for everybody: inside government

Embora seja muito mais focada na análise custo-benefício decorrente do ingresso de determinada norma no ordenamento jurídico, uma característica relevante em uma ambiência que conta com recursos escassos, essa questão mostra-se insuficiente quando se reconhece a dimensão em geral altamente complexa e multifacetada, inclusive o que demanda a imperativa necessidade de se trazer questões valorativas para a discussão.

Uma maneira de incluir os valores no procedimento é abrir a discussão para o maior número de atores, incluindo-se os próprios destinatários da norma. A fonte de inspiração para essa visão adotada pela OIRA foi apontada por Sunstein como sendo a ideia de Friedrich Hayek de que o conhecimento se encontra disperso na Sociedade, devendo o Poder Público incorporá-lo no processo de construção da norma.⁹

No Brasil, a AIR é um procedimento de que se apropriaram as agências reguladoras, inicialmente pelas agências federais, destinatárias primárias do PRO-REG que, em seguida, procurou ampliar a cultura entre as demais agências pelo país. Mais recentemente, a Lei 13.874/2019 impõem, de forma ampla, a AIR para órgãos e entidades da Administração Pública federal.

O Programa é conduzido por um (i) Comitê Gestor do PRO-REG (CGP), integrado por membros indicados pelos titulares do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Casa Civil da Presidência da República e do Ministério da Fazenda,¹⁰ e por um (ii) Comitê Consultivo do PRO-REG (CCP), composto por representantes das agências reguladoras federais, dos ministérios supervisores dos setores regulados, do Ministério da Justiça e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

O Comitê Gestor possui a atribuição de definir as prioridades do programa e articular com os entes encarregados da execução de suas ações. Por sua vez,

and outside government, an opportunity to be heard". SUNSTEIN, Cass. The big ideas behind OIRA. **The Regulatory Review**.

⁹ Sobre o tema: "...knowledge is dispersed in society, and that government planners, however well motivated, aren't going to know what people know. [...] the rulemaking process depends, critically, or even urgently, on the information provided by the people outside of government. And that is a Hayekian point about dispersed knowledge and the central importance of incorporating it in the rulemaking process". SUNSTEIN, Cass. The big ideas behind OIRA. **The Regulatory Review**.

¹⁰ A esse respeito, ver: arts. 10 e 11 do Decreto nº 6.062/2007.

o Comitê Consultivo deve apresentar e discutir propostas para apoiar e melhorar a execução do programa, além de colaborar com o aperfeiçoamento técnico das ações implementadas pelo programa.¹¹ Infelizmente, segundo a última informação disponibilizada pela Casa Civil, em 2018 o programa não contava com orçamento específico na estrutura do Plano Plurianual (PPA).¹² No âmbito do PRO-REG, foram produzidos alguns estudos e documentos que nortearam a implementação do procedimento de AIR nas diversas agências, buscando uniformidade, transparência e participação social.

Ao longo do tempo, pôde-se aperfeiçoar o processo e ampliar seu espectro de aplicação, levando a AIR – atualmente – a ser entendida como uma análise sistemática baseada em evidências que, a partir de um problema regulatório, pretende avaliar custos, impactos e alternativas de atos normativos gerais ou de sua respectiva alteração, a corporificar eficiência, razoabilidade e subsidiar decisões adotadas (art. 2º, I do Decreto nº 10.411/2020).

É considerada uma ferramenta de melhoria da qualidade regulatória utilizada para orientar e subsidiar o processo decisório, que, assim, poderá contar com melhor fundamentação técnica e analítica, alcançando resultados mais eficazes, efetivos e eficientes. As metodologias empregadas podem ser dos tipos multicritério, custo-benefício, custo-efetividade, custo, risco ou risco-risco, o que não elimina a possibilidade de adoção de outras metodologias. Em qualquer hipótese, a preferência metodológica deverá ser justificada e conter comparação entre as alternativas sugeridas (art. 7º do Decreto nº 10.411/2020).

Com efeito, a AIR busca nortear-se por dois parâmetros principais: (I) de que comece a ser utilizada ainda nos estágios iniciais da elaboração da norma; e, (II) que durante o desenrolar do procedimento de análise propriamente dito conte com a participação social.

Os objetivos da AIR, conforme as Diretrizes Gerais estabelecidas pela Casa Civil da Presidência da República consistem em:

¹¹ Ver: BRASIL. **Histórico do PRO-REG**. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/sistema-regulatorio-brasileiro/historico-do-pro-reg>. Acesso em: 2 jul. 2020.

¹² Informação coletada no sítio eletrônico da Casa Civil. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/ptbr/assuntos/governanca/regulacao/sistemaregulatoriobrasileiro/historico-do-pro-reg>. Acesso em: 2 jul. 2020.

I - orientar e subsidiar o processo de tomada de decisão; II - propiciar maior eficiência às decisões regulatórias; III - propiciar maior coerência e qualidade regulatórias; IV - propiciar maior robustez técnica e previsibilidade às decisões regulatórias relevantes; V - aumentar a transparência e a compreensão sobre o processo regulatório como um todo, permitindo aos agentes de mercado e à sociedade em geral conhecer os problemas regulatórios, as etapas de análise, as técnicas utilizadas, as alternativas de solução vislumbradas e os critérios considerados para fundamentar decisões regulatórias relevantes; e VI - contribuir para o aprimoramento contínuo do resultado das ações regulatórias.¹³

Considerados os objetivos apontados, percebe-se que a participação externa a órgãos e entidades com função regulatória é fundamental para o sucesso da empreitada. Decisões regulatórias são precedidas de processos por vezes longos, complexos e caros, contando não poucas vezes com recursos relativamente escassos, o que pode comprometer a investigação do problema regulatório.

A participação social, para além da contribuição para diminuição do apontado déficit democrático que acompanha as agências reguladoras desde seu surgimento, por serem centros produtores de normas que não contam com a interposição de agentes políticos democraticamente eleitos, assim como outros órgãos e entidades com função reguladora, cumpre efetivo papel no que toca à diminuição da assimetria informacional.

A toda evidência, tal contributo tem potencial de impacto direto na qualidade da norma a ser produzida. Indo além, alcançando-se normas de melhor qualidade, obtém-se maior aderência dos destinatários da referida norma, o que se afigura como extremamente desejável e recomendável para alcançar-se o cumprimento da norma, possibilitando o alcance dos seus objetivos. Em outras palavras, a participação social proporciona uma regulação verdadeiramente responsiva, que facilita adaptações ao longo do processo de aplicação da norma, devido à sua maior flexibilidade.

¹³ BRASIL. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR/ Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al]**. Brasília: Presidência da República, 2018, p. 13.

2. Participação social na Análise de Impacto Regulatório (AIR)

Tratar da participação social (aqui entendido em sentido amplo, incluídos os agentes econômicos, consumidores e usuários), especialmente na AIR, é relevante no sentido de verificar o cumprimento do princípio democrático nas funções coordenadora, fiscalizatória e de fomento que o Estado passa a ter, no marco do paradigma regulador.

É de se destacar, sem dúvidas, que a qualidade da política regulatória passa, diretamente, pela viabilização da participação da Sociedade de uma forma geral, pois é desse modo que surgem os espaços para diálogo e verificação de condições fáticas no que se refere à matéria alvo de regulação. Coordenar determinado setor sem ter, efetivamente, localização fática e consequencial desafia a lógica do próprio Estado regulador, com certa tendência ao exercício de funções orientadoras com grau visível de dissonância.

A sedimentação da participação social foi ocorrendo de maneira profusa no Brasil, na medida em que as normas estruturais das agências reguladoras foram sendo criadas. A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) é obrigada a realizar audiência pública quando houver alteração normativa que afete os interesses dos agentes econômicos ou dos consumidores (art. 4º, §3º da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996).

A Lei Orgânica da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustível (ANP), Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, expressou a imposição de audiência pública em caso de projeto de lei ou alteração de norma que alcance direito dos interessados (agentes regulados, consumidores e usuários), devendo a ANP convocar e dirigir as audiências.

Já a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, instituidora da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), não fez menção aos procedimentos de presença dos interessados no processo decisório, mas o Decreto nº 3.029, de 16 de abril de 1999 (regulamento da ANVISA) explicitou a necessidade de audiências e consultas públicas, nos seus arts. 32 e 35, nessa ordem.

No caso, a indispensabilidade dos espaços de participação fora reconhecida na estruturação normativa das agências e, igualmente, pela doutrina administrativista. Nesse sentido, Dinorá Adelaide Musetti Grotti

assevera que os instrumentos participativos constituem expressão positiva do Estado democrático de direito, assim como legitima o poder e aproxima Estado e Sociedade na perspectiva dos órgãos reguladores.¹⁴ Na mesma linha, Gustavo Binenbojm reconhece o fomento à participação social nos processos regulatórios como fator incremental do “[...] grau de legitimidade dos poderes exercidos por essas entidades”.¹⁵

Indispensável, por outro lado, ponderar que a participação social tem suas limitações na seara da regulação, uma vez que há persecução de critérios estritamente técnicos para a elaboração ou alteração dos atos normativos, de forma a tutelar o interesse público.¹⁶ Mas isso não significa, nem de longe, que a participação social, abarcando agentes econômicos, consumidores, usuários e público externo em geral, tenha sua importância reduzida.

É no plano da técnica que a Lei das Agências Reguladoras e a Lei da Liberdade Econômica¹⁷ trazem a AIR na qualidade de condição pressuposta para a elaboração ou alteração de atos que impliquem, diretamente, na esfera de interesses e direitos dos agentes econômicos, consumidores e usuários, o que restou regulamentado mais detalhadamente pelo Decreto nº 10.411/2020. Conforme anteriormente dito, o objetivo da AIR é colher evidências que apontem para decisões minimamente adequada do ponto de vista da razoabilidade.

Na prática da AIR, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) identificou, ainda em 1997, a capacidade de promoção de políticas de regulação bem qualificadas, sendo interessante, inclusive, para países em desenvolvimento como o Brasil. Na lista de princípios para a obtenção de bons resultados da AIR estão a publicidade e a inclusão do público.¹⁸

¹⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 2, n. 4, p. 187-2019, jan/mar. 2004. p. 207.

¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 147-167, abr. 2005. p. 165. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43622/44699>. Acesso em: 2 jul. 2020.

¹⁶ Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015. p. 78-88.

¹⁷ Para maturação teórica restrita ao tema da liberdade econômica e AIR, ver: BARCELLOS, Ana Paula de. Lei da liberdade econômica, análise de impacto regulatório e a constituição. **Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB/PR**, Curitiba, ano 5, n. 1, abr. 2020. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2020/04/revista-esa-11-cap-03.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2020.

¹⁸ OECD. **Regulatory impact analysis**: best practice in OECD countries. Paris: OECD, 1997.

De início, cumpre esclarecer que a participação dos agentes econômicos, consumidores, usuários e público externo na AIR ocorre em dois momentos distintos: (a) no momento da elaboração do relatório; e, (b) no momento de avaliação do relatório e decisão, propriamente dita, acerca da proposta de ato normativo.¹⁹

Na fase de elaboração da análise de impacto, a manifestação de atores externos e internos tem o objetivo de dar transparência às informações levantadas e, simultaneamente, demonstrar como a participação do público influencia o desenho da AIR, de forma a comprovar que inexistente favorecimento a atores específicos. Imprescindível destacar que “as considerações trazidas no Relatório de AIR não se confundem com aquelas que devem ser apresentadas para os processos de Consulta ou Audiência Pública”²⁰ em caso de continuidade do procedimento administrativo de regulação.

Endógeno ao relatório, deve-se indicar os participantes das consultas, a forma de realização, o material levantado e a manifestação da agência ou órgão, em tópico específico. Nos casos em que ocorrer informação extremamente relevante, capaz de modificar imediatamente o relato ou as condições de regulação, há de constar resumo breve e individualizado da contribuição responsável pela repercussão e o respectivo pronunciamento com relação aos seus termos.

A contribuição, nessa fase, possui formalidades flexíveis, nesse sentido a agência pode manifestar-se de modo global às manifestações realizadas, salvo nos casos de grande relevância descritos anteriormente. A exposição de agentes externos e internos pode ocorrer de várias formas,²¹ o que maximiza a capacidade de a AIR alcançar opiniões e percepções afetas ao tema regulado.

¹⁹ Eventual dúvida poderia surgir em relação à constatação realizada. Entretanto, pela análise das Diretrizes gerais, da Lei nº 13.848/2019 e do Decreto nº 10.411/2020 o posicionamento mais acertado é o de admissão de duas fases participativas.

²⁰ BRASIL. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR/ Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al]**.. p. 64.

²¹ A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) possui um “cardápio de participação social”. Além de consultas e audiências públicas, prevê grupos de trabalho, grupos focais, consultas dirigidas, tomada pública de subsídios, consulta para revisão de guias, consultas regionais e diálogos setoriais, por exemplo. Sobre o tema, ver: ANVISA. **Guia de análise de impacto regulatório**: guia nº 17/2019 – versão 2. Brasília: GEAIR/GGREG, 2019.

Posteriormente, a disciplina da Lei Geral das Agências Reguladoras indica que o relatório da análise conterá dados e informações a respeito dos efeitos que o ato normativo ou sua modificação podem causar (art. 6º, caput), com fito de conduzir para análise sistemática e decisões racionais.²²

Assim, havendo continuidade do processo administrativo de criação e/ou reconfiguração de norma regulatória, por decisão do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada da Agência, se passará a admitir a participação social na fase pós-relatório, por meio de consulta ou audiência pública, que contará com a disponibilização da documentação pertinente – relatório da AIR e manifestação do Conselho ou Diretoria (art. 8º, Decreto nº 10.411/2020).

Portanto, pode-se afirmar que o procedimento de construção do relatório da AIR tem caráter primário na definição das consequências regulatórias, se positivas ou negativas, adequadas ou inadequadas, contando com a colaboração dos interessados (internos e/ou externos). Já as contribuições elaboradas nas fases de participação pós relatório – consultas ou audiências públicas – são secundárias, pois estarão dispostas no processamento regulatório com a qualidade de apoio para a tomada de decisões e contextualizadas com o relatório de AIR.

Inclusive, a possibilidade de participação dos interessados, após elaboração do relatório AIR, indica a conformação da atividade regulatória – tomada na perspectiva de função administrativa – com o modelo de Estado democrático, que passa a demandar maior proximidade com os indivíduos afetados pela decisão reguladora.

Insta destacar, nesse esteio, que a participação não exclui “[...] a unilateralidade, a imperatividade e a coercibilidade das ações administrativas”,²³ portanto, mesmo com o emprego de ferramentas participativas e dialógicas, permanecem órgãos e entidades com competência para decisão em matéria de

²² AQUILA, Giancarlo et al. Quantitative regulatory impact analysis: experience of regulatory agencies in Brazil. **Utilities Policy**, Amsterdam, v. 59, p. 1-9, ago. 2019. p. 1-2. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S095717871830345X>. Acesso em: 2 jul. 2020.

²³ PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática: institutos de participação popular na Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 54.

elaboração ou alteração de atos normativos,²⁴ ocorrendo, entretanto, um aumento no ônus argumentativo por conta dos aportes elaborados pelos agentes econômicos, consumidores e usuários sempre que suas contribuições tiverem de ser desconsideradas pelo regulador.

Os mecanismos participativos, previstos na Lei Geral das Agências Reguladoras, são as consultas (art. 9º) e audiências públicas (art. 10). O referido instrumento normativo não elimina, deveras, a expectativa de outras ferramentas no domínio dos regulamentos internos das agências. Considerando as lições de Marcos Augusto Perez, pode-se classificar os instrumentos mencionados na qualidade de institutos participativos não vinculativos ou técnicos consultivos.²⁵

A consulta pública é o procedimento pelo qual são divulgadas minutas e propostas de alteração de atos normativos,²⁶ almejando permitir aos interessados a indicação de críticas, sugestões e contribuições. Constitui auxílio para a decisão reguladora, tendo duração de quarenta e cinco dias após a publicação de despacho ou aviso de abertura no Diário Oficial da União (DOU) e endereço eletrônico dos órgãos e entidades, excepcionadas as situações de urgência e relevância.

A audiência pública representa sessão para instrução no fluxo decisório, momento no qual os interessados podem manifestar-se, oralmente, a respeito dos problemas identificados, das soluções indicadas e dos aspectos relacionados às propostas de ato normativo. A convocação de audiência depende de decisão colegiada e sua abertura será antecedida pelo aviso ou despacho publicado no DOU, com cinco dias úteis do início da sessão.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, tal tipo de participação tem potencialidades indiscutíveis, sobretudo por estar relacionada intimamente à legitimidade. Na mesma toada informa que, apesar das críticas pelo possível

²⁴ Esta compreensão é extraída do art. 11 do Decreto nº 10.411/2020.

²⁵ PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática**: institutos de participação popular na Administração Pública.

²⁶ A agência deve disponibilizar relatório de AIR, estudos, dados e material técnico empregado, conforme art. 9º, § 3º da Lei nº 13.848/2019.

prejuízo para a eficiência, “a longo prazo não há escolha, porque, em última análise, participação é também uma forma de eficiência”.²⁷

Nesse quadrante, pode-se asseverar que a legitimidade da atividade regulatória, no Brasil, pode ser alcançada pelos resultados obtidos (legitimidade técnica) ou pela participação dos interessados (legitimidade procedimental) na sistemática de tomada de decisões.

Assim, as consultas, audiências públicas e outras formas de interação têm caráter complementar, gerando maior aceitação do procedimento pelos agentes econômicos, consumidores ou usuários,²⁸ que nem sempre implicará, igualmente, na aceitação das decisões regulatórias, mas não as fragmenta no aspecto da legitimidade, por conta da tecnicidade.

Nos casos em que, eventualmente, as decisões legitimadas majoritariamente pelo prisma técnico não produzirem os efeitos esperados ou, ainda, estiverem inseridas em condições supervenientes (no plano dos fatos) que desnaturalizam os impactos e alternativas previstos no relatório de AIR que serviu de fundamento, tem-se motivos para a revisão retrospectiva do ato normativo,²⁹ com abertura em potencial para a participação dos interessados, que podem contribuir para o aperfeiçoamento e eficácia do ato alvo de revisão.

Em que pese a capacidade da participação social, a composição heterogênea dos participantes (agentes econômicos, consumidores e usuários) cria condições para a suplantação de repercussões positivas, especialmente pelos “lugares” distintos que são ocupados. O que passa a ser alvo desta discussão.

²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa, administrativa e judicial (fundamentos e técnicas da legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 87-88.

²⁸ A noção de aceitação do procedimento de regulação conta com registro na experiência internacional. Neste sentido: “O resultado experimental indica que consultas podem, realmente, melhorar a aceitação do procedimento, mas não têm efeitos diretos sobre a aceitação das decisões”. BEYERS, Jan; ARRAS, Sarah. Stakeholder consultations and the legitimacy of regulatory decision-making: a survey experiment in Belgium. **Regulation & Governance**, [s.l.], p. 1-17, jun. 2020. p. 12. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/rego.12323>. Acesso em: 2 jul. 2020.

²⁹ Para aprofundamento acerca de revisão regulatória retrospectiva e participação, ver: DEMENNO, Mercy. Technocracy, democracy, and public policy: an evaluation of public participation in retrospective regulatory review. **Regulation & Governance**, [s.l.], v. 13, n. 3, p. 362-383, out. 2017.

Primeiro, cumpre apontar a possibilidade de captura dos órgãos e entidades pelos agentes econômicos no decorrer do processo participativo. Especificamente, “a doutrina cunhou a expressão captura para indicar a situação em que a agência [reguladora] se transforma em via de proteção e benefício para os setores empresariais regulados”.³⁰ À vista disso, pode acontecer de os agentes econômicos exercerem papel ativo nas consultas, audiências públicas ou em outros institutos de participação e, a partir do conhecimento aprofundado sobre o setor regulador oferecer, em nível técnico, informações relevantes e direcionadoras de uma regulação em prol de interesses particulares.

As forças financeira e informacional dos conglomerados empresariais, que são uma parte da composição social, facilitam a concentração de esforços para a instrumentalização da assimetria de informações e, desse modo, canalizar a atuação da atividade regulatória, “chegado esse ponto, suas decisões refletem os desejos dos operadores do setor e a regulação dificilmente vai além dos limites que estes (empresas e indústrias reguladas)”.³¹

Por outro lado, a organização dos interesses de consumidores e usuários é fragmentada, vez que conta com dificuldade acentuada na concentração de esforços. Ainda que disponíveis os meios de participação e diálogo, a ausência de articulação entre os envolvidos, do ponto de vista do interesse coletivo, finda por não ter a efetividade que poderia ter, se comparado aos reflexos implementados pelas forças econômicas.

Ainda, importa considerar que a assimetria de informações embaraça a participação de consumidores e usuários. Adicionalmente, o conteúdo altamente técnico das propostas e minutas de atos normativos se torna um obstáculo a mais, dada a necessidade de conhecimentos acerca de expressões, conceitos, unidades de medidas e outras questões envolvidas no debate de setores regulados.

Com efeito, a necessidade de atrair a maior participação social justifica-se pela capacidade de que tal participação tem de produzir frutos de relevância

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 369.

³¹ GUERRA, Sérgio. Teoria da captura de agência reguladora em sede pretoriana. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 244, p. 330-347, jan. 2007. p. 346. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42475/41195>. Acesso em: 2 jul. 2020.

incontestemente ao permitir a substituição da cultura baseada na obediência ao comando para evitar suportar uma sanção indesejável pela adesão precoce à norma para cuja construção o destinatário contribuiu ativamente.

O setor regulado, como um todo, tem a oportunidade de abandonar uma posição passiva decorrente de uma regulação custosa e ineficiente para alcançar resultados traçados em conjunto, através de uma relação dialógica, baseada numa cultura de incentivos ao cumprimento normativo com vistas a almejar os resultados eleitos. A ideia decorre da noção de regulação responsiva,³² customizada e que se adequa à realidade setorial.

Portanto, entende-se que embora a participação e a AIR sejam institutos distintos no processo de formulação de normas e tomada de decisões regulatórias, ambos estão intrinsecamente associados e contribuem firmemente para a legitimidade das deliberações, de modo que, conforme explicitado, a participação tem caráter auxiliar com relação ao relatório de AIR.

O conteúdo técnico da norma, a depender de sua complexidade, pode configurar um obstáculo para a participação social, dada o baixo conhecimento técnico e a própria falta de articulação social do conjunto de destinatários da norma. As concessionárias de serviços públicos, por exemplo, têm o poder de influenciar o processo normativo de forma desigual, por possuir exímio domínio do tema, contando com a assimetria informacional do regulador a seu favor. Por vezes, busca influenciar a tomada de decisão contando com a ajuda técnica de profissionais qualificados, contratados para produzirem estudos favoráveis ao seu pleito. Tal fato aumenta a responsabilidade do regulador em atuar como filtro no processo de elaboração da norma, restando aquilo que vá produzir efeitos colaterais indesejados e contrários aos objetivos traçados inicialmente como meta para a norma alcançar.

Com base nessa constatação, percebe-se a necessidade de que a escolha e a definição de políticas públicas se pautem em evidências robustas, não se podendo esquecer dos efeitos colaterais produzidos pelas normas.

³² A esse respeito, ver: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulación responsiva: incentivos, comprometimento del sector regulado y discrecionalidad modulada para una regulación más eficiente em el escenario brasileño, pp. 103-114. In: CASTILLO, Luis Ferney Moreno; ZAMORA, Luis A. Ortiz. **Anuario Iberoamericano de Regulación – hacia una regulación inteligente**. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.

A finalidade das escolhas regulatórias deve direcionar o processo ao atingimento do bem-estar coletivo, cumprindo o procedimento da AIR relevante papel por possibilitar a oitiva de todos os extratos atingidos, embora reconheça-se que a baixa participação ainda constitui um entrave a ser vencido. O processo de AIR ainda não está maduro no que se refere à participação social, especialmente quando as normas trazem alta densidade técnica.

Por certo, a AIR ainda é um procedimento em construção, pendente de aperfeiçoamento, que se choca com o imediatismo daqueles governantes que pretendem desenvolver, implementar e colher os resultados de determinada política pública numa mesma legislatura. Um comportamento que tende a ser prejudicial e mesmo impedir o acompanhamento racional e criterioso que em determinados casos pode até durar anos, a depender dos anos de investimento necessário para se obter determinados resultados.

Considerações finais

Conforme restou analisado, a Análise de Impacto Regulatório (AIR) teve sua implementação, no Brasil, a partir do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão da Regulação (PRO-REG), mais direcionada para a análise de custos e reverberações que a inserção de normas ou alterações no ordenamento podem provocar, sendo relevante num contexto de escassez de recursos financeiros.

O PRO-REG foi consolidado pelo Decreto nº 6.062/2007, alterado posteriormente pelo Decreto nº 8.760/2016. Inobstante, os regulamentos das agências reguladoras disciplinam – a partir da introdução da AIR no país – a metodologia e os elementos para a elaboração do relatório de análise de impacto. Em 2019, coube a Lei Geral das Agências Reguladoras e a Lei da Liberdade Econômica dispor acerca da necessidade da realização de AIR, sempre que houver impacto sobre a esfera de interesses de agentes econômicos, consumidores e usuários. E, ainda mais recentemente, o Decreto nº 10.411/2020 detalhou o procedimento de AIR.

Em síntese, a AIR pode ser definida como um mecanismo de verificação de efeitos que uma norma, potencialmente, pode gerar no setor regulado,

contendo as informações e elementos materiais correspondentes, fornecendo – dessa maneira – evidências técnicas para subsídio das decisões regulatórias.

Indo além de uma simples análise custo-benefício, a AIR abarca, igualmente, valores importantíssimos para o processo de regulação e metodologias diversificadas. E é exatamente nesta senda que a AIR reclama a efetiva participação social de forma capital, englobando agentes econômicos, consumidores, usuários e comunidade em geral. Inclusive, isso sem dúvida se converte em verdadeira manifestação do próprio princípio democrático.

Importa, ainda, considerar que participação social transcorre em momentos distintos: (i) na fase endógena ao relatório, ou seja, do tempo de sua elaboração, devendo as manifestações e contribuições recolhidas constarem no relatório de AIR, de forma simplificada, ressalvados os casos em que a participação circunstanciada enseja alteração no ato normativo discutido ou no próprio relatório, caso em que deve haver individualização do conteúdo levado ao conhecimento do regulador e a respectiva manifestação; e, (ii) na fase exógena, quando há interesse em continuar o procedimento administrativo, ocasião pela qual os órgãos e entidades encaminham relatório de AIR para consultas ou audiências públicas.

Na elaboração do relatório de AIR, a participação poderá ocorrer por consultas ou audiências públicas, mas também por outros instrumentos necessários à viabilização da manifestação e contribuição dos interessados, internos ou externos. Em momento ulterior, a participação se dará por consultas ou audiências públicas, entendimento extraído da própria Lei Geral das Agências Reguladoras.

Por fim, a despeito dos inegáveis desafios enfrentados para a efetivação da dimensão ampliada da participação social, sobretudo pela captura por agentes econômicos e o problema da assimetria informacional entre interessados, os institutos de interação e diálogo guardam inestimáveis potenciais positivos para auxiliar a construção de um processo regulatório democrático, legítimo, dialógico e horizontalizado. Inclusive, de forma a conduzir o setor regulado a mais facilmente aderir às normas regulatórias, construídas a

partir de uma cultura de incentivos, de forma a concretizar aquela central dimensão da regulação responsiva.

Referências

ANVISA. **Guia de análise de impacto regulatório**: guia nº 17/2019 – versão 2. Brasília: GEAIR/GGREG, 2019.

AQUILA, Giancarlo et al. Quantitative regulatory impact analysis: experience of regulatory agencies in Brazil. **Utilities Policy**, Amsterdam, v. 59, p. 1-9, ago. 2019, p. 1-2. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S095717871830345X>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O neocolonialismo e o direito administrativo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE**, Salvador, n. 17, p. 1-13, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=311>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. Lei da liberdade econômica, análise de impacto regulatório e a constituição. **Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB/PR**, Curitiba, ano 5, n. 1, abr. 2020. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2020/04/revista-esa-11-cap-03.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BEYERS, Jan; ARRAS, Sarah. Stakeholder consultations and the legitimacy of regulatory decision-making: a survey experiment in Belgium. **Regulation & Governance**, [s.l.], p. 1-17, jun. 2020. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/rego.12323>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 147-167, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43622/44699>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020**. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.411-de-30-de-junho-de-2020-264424798>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 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: 2 jul. 2020.

BRASIL. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR/ Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al]**. Brasília: Presidência da República, 2018.

BRASIL. **Histórico do PRO-REG**. Disponível em:
<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/sistema-regulatorio-brasileiro/historico-do-pro-reg>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm. Acesso em: 2 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 2 jul. 2020.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 49, n. 1, p. 5-42, jan./mar. 1998. Disponível em:
<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/360>. Acesso em: 2 jul. 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015.

DEMENNO, Mercy. Technocracy, democracy, and public policy: an evaluation of public participation in retrospective regulatory review. **Regulation & Governance**, [s.l.], v. 13, n. 3, p. 362-383, out. 2017.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 2, n. 4, p. 187-2019, jan./mar. 2004.

GUERRA, Sérgio. Teoria da captura de agência reguladora em sede pretoriana. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 244, p. 330-347, jan. 2007. Disponível em:
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42475/41195>. Acesso em: 2 jul. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulación responsiva: incentivos, comprometimento del sector regulado y discrecionalidad modulada para una regulación más eficiente em el escenario brasileño, pp. 103-114. In: CASTILLO, Luis Ferney Moreno; ZAMORA, Luis A. Ortiz. **Anuario Iberoamericano de Regulación – hacia una regulación inteligente**. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política: legislativa, administrativa e judicial (fundamentos e técnicas da legitimidade)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

OECD. **Regulatory impact analysis: best practice in OECD countries**. Paris: OECD, 1997.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática: institutos de participação popular na Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SUNSTEIN, Cass. The big ideas behind OIRA. **The Regulatory Review**, Philadelphia, set., 2013. Disponível em: <https://www.theregreview.org/2013/09/09/09-sunstein-big-ideas-oira/>. Acesso em: 2 jul. 2020.