

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NO SISTEMA
JURÍDICO BRASILEIRO COMO MECANISMO ESTATAL DE
REGULAÇÃO

KARINE SILVA GARCHEDI
WALKIRIA MARTINEZ HEINRICH FERRER

VOLUME 10 | NÚMERO 1 | JAN/JUN 2019

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO COMO MECANISMO ESTATAL DE REGULAÇÃO

REGULATORY IMPACT ANALYSIS IN BRAZILIAN LEGAL SYSTEM AS A STATE MECHANISM FOR REGULATION

Recebido: 28/08/2018
Aprovado: 10/06/2019

Karine Silva Carchedi¹
Walkiria Martinez Heinrich Ferrer²

RESUMO:

A proposta cinge-se na questão do modo em que a Avaliação de Impacto Regulatório pode se fundamentar juridicamente para encontrar validade para sua utilização em território pátrio. Um dos mecanismos amplamente utilizados para fomentar a regulação é a Avaliação do Impacto Regulatório (AIR) como condição do processo decisivo, e criação de um novo plano a ser utilizado por agentes reguladores. A presente pesquisa, pautada do método indutivo, com o propósito de alcançar objetivos que enveredam na relevância da utilização da Avaliação de Impacto Regulatório (AIR), foi realizada no modelo qualitativo, com levantamento de dados e análise dos entes regulatórios.

Palavras-chaves: Impacto Regulatório. Regulação. Agentes Reguladores.

117

ABSTRACT:

The aim of this paper is concerned with the question of how the Regulatory Impact Assessment can be based legally to find validity for its use at homeland. One of the mechanisms widely used to foster regulation is Regulatory Impact Assessment (RIA) as a condition of the decisive process, and creation of a new plan to be used by regulators agents. The present research, guided by the inductive method, and to achieve its objectives, that is, the relevance of the use of the Regulatory Impact Assessment (RIA), was carried out qualitative research with data collection and analysis of regulatory agencies.

Keywords: Regulatory Impact. Regulation. Regulatory Agents.

1 INTRODUÇÃO

O surgimento da proposta de regulação na seara político-econômica brasileira se deu em razão dos processos de privatização de empresas em virtude de uma corrente linha de atuação pela diminuição da participação estatal na gestão dessas empresas. Tendo isso em vista, a regulação se consolidou com a pulverização de políticas de cunho regulatório, bem como

¹ Mestranda em Direito no Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Marília. Docente e Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera Educacional de Ciências Jurídicas. E-mail: karine_carchedi@hotmail.com

² Doutora em Educação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Mestre em Educação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Docente titular da Universidade de Marília na graduação, mestrado e doutorado em Direito. E-mail: walkiriamf@terra.com.br

colocou em primeiro lugar os objetivos econômicos. Apesar da retromencionada regulação ser fundamental, temos que subsiste em se tratando de “políticas públicas, heterogeneidade de modelos institucionais e organizacionais e complexidade de instrumentos regulatórios” tornando indispensável a coordenação intragovernamental, assim como o aperfeiçoamento da qualidade de regulação (PECI, 2007, p.11-30).

Decisões devem ser constantemente tomadas no âmbito empresarial em razão da inserção da política de regulação pelo Estado. No entanto, apesar da larga escala de decisões, insurge uma grande preocupação com a efetividade dessas decisões, que podem gerar grandes custos, prejuízos tanto ao erário como para o meio social, tendo em vista que a decisão mal tomada reflete diretamente no preço que o usuário terá de pagar.

É exatamente neste contexto que entra a Avaliação de Impacto Regulatório, que resumidamente se trata de um procedimento tomado pelas agências reguladoras fins de que se tome uma decisão que seja ideal para determinada circunstância, com o fito de ser plenamente efetiva, e baseada nos efeitos que ela pode gerar, resultando uma atividade regulatória eficiente.

Merece ser esclarecido que a Análise de Impacto Regulatório não é o único meio de se alcançar a plena eficiência estatal, mas uma forma mais transparente e clara de se tomar medidas/decisões, em meio a um conjunto de elementos necessários para se alcançar a eficiência de complexo procedimento administrativo.

Temos ainda que não se pode conspurcar a Análise de Impacto Regulatório com uma norma, mas apenas a chave para a tomada de decisões que tem por objeto principal a atividade regulatória. Em outras palavras, é o *longa manus* da autonomia regimental das agências reguladoras no auxílio da tomada de decisões, consagrando-se sua legitimidade, com o propósito de evitar que o poder estatal, por si só, tome decisões que sejam prejudiciais ao consumidor final, e talvez ao erário.

Desta feita, tomando-se por ponto de partida o emprego da Análise de Impacto Regulatório, poderá o poder estatal tomar decisões/medidas que sejam mais adequadas a determinada circunstância, para que seja atingida a vontade de todos, proporcionalmente à sociedade, imprimindo uma imagem de um Estado dotado de responsabilidade política, econômica e social.

Apesar de ser pouco abordado hoje em dia, a AIR já é uma realidade no Brasil, tendo amparo legal para se consolidar. Assim, a presente pesquisa tem por objetivo apresentar o procedimento regulatório em âmbito nacional, dando-se ênfase para a legitimidade do poder regulador quanto às decisões tomadas, bem como a validade jurídica a inserção da análise de impacto regulatório para a tomada dessas decisões. Nesse passo, imprescindível ressaltar a linha de raciocínio que será percorrida para que sejam, não esgotados, mas, saneados os principais pontos deste trabalho.

Em um primeiro capítulo a proposta é tratar da Análise de Impacto Regulatório em linhas gerais, trazendo os métodos utilizados para a adoção desta. Seguindo em um segundo capítulo que tem o fito de tratar da eficiência da AIR, trazendo uma breve integração entre direito e economia. Logo, será abordado em um terceiro capítulo o objetivo central da pesquisa, qual seja a necessidade da AIR na política regulatória brasileira. Por derradeiro, em sede de considerações finais, serão trazidas à tona as conclusões gerais a respeito da pesquisa.

2 ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO EM LINHAS GERAIS

Primeiramente, convém abordar a origem da análise de impacto regulatório, que se deu nos Estados Unidos da América há cerca de 40 anos. Isso porquê Sustain mencionou em

sua obra “The Cost-Benefit State” que o governo estadunidense se quedava a ser um Estado do Custo-benefício (SUSTEIN, 2002, IX). Na atualidade, a análise de impacto regulatório é empregada em diversos países, principalmente aqueles que fazem parte da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, sustentando que o emprego da AIR muda a política de responsabilização das empresas, tornando-as transparentes (JACOBS, 2006, p. 13).

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE se manifestou, há alguns anos, sobre a Análise de Impacto Regulatório no Brasil, afirmando que o Brasil deveria adotar tal mecanismo:

É necessário que haja uma estratégia sistemática, com a estrutura de análise da regulação que assegure transparência, participação social e eficiência econômica, com responsabilidades explícitas em nível político e administrativo. A discussão sobre o processo padronizado de preparação de novas normas regulatórias que incluam a avaliação de impacto das mesmas está começando a acontecer. Existe, ainda, a necessidade de preparar capacidades regulatórias dentro da administração a médio e longo prazo. (OCDE, 2008, p.8)

Subsistem inúmeras definições de Análise de Impacto Regulatório. Uma delas, por exemplo, pode ser dada pela descrição do funcionamento, em termos procedimentais, da elaboração da AIR.

Outra forma, também relevante no cenário de definição, é o exame da aplicação da análise de impacto regulatório em outros países. Ou seja, esmiuçar a experiência alienígena da adoção da AIR.

Entre as formas, torna-se plenamente possível elaborar uma definição que possa se enquadrar ao modelo brasileiro, seja de Estado ou entes reguladores, a fim de se inserir a análise de impacto regulatório nas decisões/conduas a serem tomadas.

Desta feita, a elaboração de um “conceito” que se adeque à ânsia do estado regulador, e dos entes reguladores especificamente, é necessário e de rigor. No entanto, encontra obstáculos, pois não é um procedimento padronizado que se encaixaria a toda seara institucional.

A definição de Análise de Impacto Regulatório abarca, geralmente, os modelos de análise realizados, que serão abordados mais adiante. Ou seja, dentro da conceituação podem estar inseridos a análise de custo-benefício, assim como um paralelo com as possibilidades e caminhos considerados nesse procedimento administrativo, e todos eles intrinsecamente ligados à eficiência econômica do resultado, e também à expansão das modalidades de “controle, de participação democrática e de responsabilização do Estado” (PESSOA VALENTE, 2010, p.218).

Diante disso e de todo o retromencionado, e pela necessidade e rigor de apresentar uma definição, ainda que padecendo de concretude às instituições reguladores de forma isolada, uma possível conceituação de Análise de Impacto Regulatório é uma ferramenta de gestão estatal sobre a atuação regulatório do Estado adequada, em meio puramente administrativo, com o fito de avaliar medidas, condutas e decisões regulatórias a serem tomadas pelos entes reguladores, dotadas de transparência, responsabilidade e efetividade.

Quando se fala de Análise de Impacto Regulatório deve ser mencionado que se trata de um procedimento de tomada de decisões de um ente regulador, mas não de qualquer forma, e sim por meio de todo um processo de avaliação minuciosa dos efeitos dessa decisão, sejam efeitos de custos, de benefícios, de justificativa de gastos, para que a decisão em questão seja justificada, e seja a melhor possível (RADAELLI et FRANCESCO, 2015, p.15).

Importa dizer que os patamares básicos a serem seguidos, para se consagrar a Análise de Impacto Regulatório são 4, quais sejam: a) o delineamento dos objetivos a serem atingidos e os métodos a serem utilizados na decisão a ser tomada; b) a esquematização dos

possíveis impactos que a decisão poderá acarretar; c) o custo-benefício de tal decisão; d) o acompanhamento dos resultados da implantação da decisão.

Merece ser ressaltado que a Análise de Impacto Regulatório não serve apenas para a tomada de novas decisões, mas também pode ser utilizada na mudança de uma decisão já tomada, podendo, o ente regulador, iniciar o processo de análise de impacto regulatório com o objetivo de condensar uma nova possibilidade que se demonstrasse melhor para o caso em questão.

Observando-se por esse ângulo, pode-se concluir que a maior razão para utilização da análise de impacto regulatório é trazer ao Estado regulador uma ótica mais eficiente em se tratando de regulação. Afinal, adotando a AIR, temos que as medidas ou decisões a serem tomadas pelos entes reguladores, serão dotadas de qualidade, e por serem eficientes, mesmo que sejam custosas, os gastos incumbidos a elas seriam plenamente justificados, e os benefícios seriam inúmeros.

Cumpra dizer que a análise de impacto regulatório, além de deixar o estado regulador, de certa forma, mais confiável, em razão da política de *accountability*, tem o condão de controlar o agente regulador, tornando-o mais responsável e democrático.

2.1 Métodos de Avaliação

Conforme previamente demonstrado, o subitem anterior ofereceu pinceladas sobre a Análise de Impacto Regulatório, trazendo um breve relato do procedimento e padrões utilizados para que a AIR seja concretizada e utilizada como objeto de gerência das agências reguladoras e do Estado, e trouxe uma definição, ainda que precária, ante a gama de informações necessárias e individualização da agência reguladora, da análise de impacto regulatório.

Tendo isso em vista, para uma melhor qualificação sobre o que é, exatamente, a análise de impacto regulatório, é imperioso relatar os métodos utilizados para a elaboração dessa avaliação, como esse método é escolhido, como ele será utilizado, e como ficará a AIR após o exame desses padrões. Será esmiuçado, também, quais são as atribuições da análise econômica, se há ou não intervenção, se subsiste ou não alguma restrição na decisão regulatória a ser tomada, a eleição da melhor opção pelo ente regulador, dentre outras conjecturas (PESSOA VALENTE, 2010, p.65).

Restará demonstrado, ainda, quais serão, especificamente os dados utilizados, a linha de raciocínio para a elaboração da AIR.

É importante esclarecer que uma determinada Análise de Impacto Regulatório pode se utilizar de mais de um método em sua elaboração. Ou seja, um método não tem o condão de ser único, de ser exclusivo, excluindo qualquer outro. Muito pelo contrário, a essência dos métodos pode se unir, acarretando uma decisão mais justa, benéfica e eficiente, que são os princípios lastreadores da AIR. Veja o que menciona Scott Jacobs (2006, p.34):

A análise de custo-benefício usada atualmente na AIR é uma forma branda do ACB (análise de custo-benefício), na qual métricas quantitativas e qualitativas são combinadas e apresentadas sistematicamente. Nenhum país insiste na monetização de todos os benefícios e custos³.

³ Tradução livre de trecho da obra de JACOBS: "Mainstream benefit-cost analysis as used in RIA today in the most rigorous countries is a soft form of BCA, in which quantitative and qualitative metrics are combined and presented systematically. No country insists on the monetization of all benefits and costs".

São vários os métodos utilizados para a elaboração da AIR, mas temos que são dois os principais, e que regem todo o procedimento administrativo a elaboração da citada avaliação, quais sejam: análise de custo-benefício e análise de custo-efetividade.

Quando falamos da análise de custo-benefício, que é largamente utilizada, assevera que por meio do exame podemos saber todos os benefícios provenientes da determinada decisão tomada pelo ente regulador, utilizando-se ainda, os custos necessários, e sendo saldo positivo da comparação de benefícios e custos, torna a decisão digna de ser alternativa válida e potencialmente atrativa⁴ (VISCUSI, 1997, p.180). Assim. Atinge-se o objetivo principal, que é uma decisão que coadune com o interesse social, em que os benefícios justifiquem os gastos, ou, pelo menos, justifiquem-nos.

Há também a análise baseada no custo-efetividade, que se trata de um método um pouco mais rigoroso que o método anterior apresentado. Tal método é analisado por indexadores para que se tenha um melhor resultado quando se coloca em pauta o custo de cada benefício (custo por unidade de benefício). Assim, são dispensados os custos dos objetivos-metas de determinada decisão regulatória. Ou seja, quais condutas tem o condão de diminuir o custo dos riscos. Sobre isso JACOBS (2006, p.183) menciona:

Uma ferramenta política mais limitada que a análise custo-benefício é o teste de custo-efetividade. Medidas de custo-efetividade fornecem um índice do custo, relativo à Sociedade, de várias opções, para promover um objetivo específico (geralmente expresso como custo por unidade de benefício). No contexto da regulamentação de risco, por exemplo, a tarefa dessa abordagem é determinar quais políticas minimizam o custo de eliminar um determinado risco⁵.

É justamente por essa razão e por essa sistematização por métricas que o método de custo-efetividade é também denominado de avaliação qualitativa, sem atribuição de valor ao objeto; diferentemente da avaliação quantitativa, que é chamada de análise de custo-benefício.

Apenas por amor ao conhecimento, existem outras medidas além das duas anteriores apresentadas, porém, menos utilizadas, que são: a) a análise dos custos, dispensa os benefícios, se restringindo apenas ao custo da medida; b) a análise dos benefícios, que leva em consideração apenas os benefícios que as medidas podem trazer, independente do custo final (VISCUSI, 1997, p.187-203); c) a análise de risco, a qual preocupa-se apenas em reduzir os riscos (PESSOA VALENTE, 2010, p.100-101).

Para que se efetive a Análise de Impacto Regulatório, necessário reconhecer os dados necessários. Os custos da medida regulatória a ser tomada é o ponto principal, uma vez que tanto o Estado, as empresas, e a sociedade (consumidor final) são afetados por ele. Após, deverá ser coletada dados de “possibilidade técnica e econômica” da decisão/medida que se almeja⁶ (VISCUSI, 1997, p.187).

4 VISCUSI, Kip. “Improving the analytical basis for regulatory decision-making”. In: Regulatory Impact Assessment: Best Practices in OECD Countries, Paris, 1997, p. 180: “the most comprehensive analysis is benefit-costs analysis. Under this approach, one calculates de total benefits associated with the regulatory decision, compare these benefits with total costs, na if balance is favourable the decision is judge potancially attractive”.

5 Tradução livre de JACOBS, Scott: “A more limited policy tool tha benefit-cost analysis is the cost-effectiveness test. Cost-effectiveness measures provide na index of the relative cost to Society of various options for promoting a particular objective (usually expressed as cost per unit of benefit). Within the contexto of risk regulation, for example, the task of this approach is to ascertain which policies minimize the cost os eliminating a given risk”.

6 VISCUSI, Kip. Op.Cit., p. 187: “Costs of regulation may be borne by multiple parties. Tax rates may be affected if direct government expenditures are involved. Costs may also be imposed on business and their shareholders. Consumers and workers may bear regulatory costs that are incorporated in the prices they pay for products and the wages they receive. In some cases, overall rates of employment may be affected, particularly by regulations or groups of regulations that affect growth and competitiveness”.

3 A EFICIÊNCIA DA AIR NO BRASIL

A partir do exposto no capítulo anterior, vê-se um intenso vínculo entre a análise de impacto regulatório e determinados princípios da administração pública. Ora, foram reiteradas algumas vezes que as decisões regulatórias tomadas devem ser dotadas de transparência, eficiência, responsabilidade, e por fim, democráticas. Tendo isso em vista e o elo entre Estado e eficiência, a o direito administrativo, e o interesse econômico, e público, remete o tema a *Law and Economics*, onde direito e economia se fazem intrinsecamente ligados, e sua releitura equiparada ao tema discutido, necessária.

3.1 Uma perspectiva jurídico-econômica (Law and Economics)

Há uma constante linha de ensinamento que leva a concluir que direito e economia não se relacionam, e que direito pressupõe apenas justiça, o que a lei permite ou não, lícito ou ilícito (VITA, 2010, p.52), como afirmava Luhmann, e que economia pressupõe dinheiro, lucro, mercado, eficiência ou não. No entanto, podemos afirmar que o direito e a economia podem se entrelaçar, formando, ambas as ciências, uma engrenagem, tendo em vista que possuem aberturas cognitivas (VITA, 2010, p.88).

Em meados do século XX, foi desenvolvida a teoria de *Law and Economics*, e ao esmiuçar a relação entre Direito e Economia temos que se visa arrastar para o direito uma leitura através de mecanismos da microeconomia (GICO JR, 2010, p.18), com o objetivo de patrocinar a elaboração de “remédios” e normas positivas, dotadas de estabilidade, equilíbrio e eficiência (FREITAS et VITA, 2017, p.22-46).

Analisar o direito economicamente é plenamente factível quando sob aspectos microeconômicos (VITA, 2010, p.609), sendo possível que se compreenda melhor determinados comportamentos sociais. Nesse enfoque, POSNER ensina que a referida economia perfaz uma forma efetiva quando se objetiva moldar uma avaliação de questões legais, sendo imprescindível reputar que quando estimulado, o indivíduo mira em maximizar sua satisfação pessoal (POSNER, 2014, p.4).

Importa salientar que a leitura econômica do direito abrange todas as suas áreas. No entanto, merece dedicação o direito administrativo, o qual é objeto deste trabalho, quando da sua relação com o Estado regulador e a análise de impacto regulatório, considerando-se especificamente a análise do princípio da eficiência.

3.2 A eficiência do Estado Regulador e *Accountability*

A Eficiência é um dos maiores propósitos da ciência econômica e está positivada nos Arts. 5º, LXXVIII, e 37, caput, da Constituição Federal desde a Emenda Constitucional 19/98.

Importa dizer que sobre a definição do princípio da eficiência, indispensável mencionar que a atuação estatal baseada nesse princípio pode ser tida como meio e/ou como resultado. Isso porque a conduta praticada pela administração pública deve estar munida de racionalidade e potencialização dos meios, e, também, com o contentamento dos frutos provenientes da atividade pública (MODESTO, 2000, p.54).

Deve ser ressaltado que a eficiência “significa dever de desenvolver, verificar e fiscalizar a atividade administrativa exercida pela Administração, examinando-a do modo mais preciso e vinculado com as disposições normativas pertinentes” (MOREIRA, 2007, p.195).

Portanto, quando falamos de medidas e decisões regulatórias que não atingem resultados consideravelmente bons, ou que não tragam benefícios, colidem diretamente com o discutido princípio. Visto isso, vê-se que a eficiência está diretamente ligada aos princípios da legalidade e finalidade, por uma questão de adequação e necessidade (ARAGÃO, 2005, p.321), devendo o agente regulador agir em prol do interesse público quando das suas decisões, e consequentemente atendendo os demais princípios do Art. 37, *caput*, CF, quais sejam da impessoalidade, moralidade e publicidade.

Veja que a Análise de Impacto Regulatório, propriamente dita, e o Princípio da Eficiência isoladamente, se preocupam com os resultados, almejando que sejam positivos e benéficos. Daí se demonstra a correlação entre os dois institutos e o porquê do princípio se consagrar como razão de ser da AIR, não sendo a eficácia da avaliação atingida a todo custo, mas em respeito ao interesse social, e a execução plena da finalidade. Portanto, quando elaborada a AIR, como todas as questões e procedimentos administrativos, imprescindível que o ente regulador deixe de aplicar o supracitado princípio constitucional, para que se aponte sempre a melhor alternativa em dada decisão regulatória.

Como previamente dito, o princípio da eficiência possui duas vertentes, a de meio e a de resultado. Quando falamos de Análise de Impacto Regulatório, e sua incessante preocupação na escolha de uma alternativa que melhor se enquadre à decisão regulatória e que acarrete benefícios, e que o custo com eles sejam, pelo menos, justificados, resta patente que a dimensão de meio é a que mais se encaixa nos moldes da AIR. Mas não se pode negar a presença da dimensão de resultado do princípio, vez que os custos e resultados estão sempre pautados na tomada de decisões para alcance e realização das decisões regulatórias de políticas públicas.

Muito foi falado nessa pesquisa a respeito da responsabilidade, eficiência, legitimidade, transparência, e estado democrático. Por essas e por outras razões, a análise de impacto regulatório e a atuação do Estado regulador em decisões regulatórias, em consonância a todas essas qualidades, demonstra notória prestação de contas. Ou seja, trata-se a responsabilização permanente dos Estado regulador e dos agentes reguladores, em razão dos atos discricionários efetivados em razão de suas atribuições, o que se denomina *accountability*, e que abraça diversos elementos da AIR, e da administração pública (ROICHA, 2011, p.84-87).

A dita *accountability*, pelo viés da transparência das decisões regulatórias, pela legitimidade e discricionariedade dos entes reguladores, e pela responsabilidade do Estado regulador, forma um elo com a democracia. Ensina Medauar (2008, p.70-73):

[...] a imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve encontrar expressão em termos de paridade e imparcialidade, no processo pré-constituído. Daí a importância dos momentos de formação da decisão como legitimação do poder em concreto, pois os dados do problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído [...] em vista que a controlabilidade da Administração vincula-se à democracia e a incontabilidade ao arbítrio, o processo administrativo, também no tocante ao objetivo de facilitar o controle, se coaduna à ideia de Administração democrática.

Esclarece que a *accountability* possui dois pontos relevantes que devem ser mencionados, quais sejam: 1) não há hierarquia de obediência entre as partes envolvidas na regulação, vez que os sujeitos são autônomos e independentes; 2) a relação entre os sujeitos deve ser pautada em discussões entre eles, entre posicionamentos e ideias (BLACK, 2008, p.150-152), o que possibilita a responsabilização estatal.

Desta feita, o equilíbrio democrático restará consubstanciado em razão da citada transparência das decisões regulatórias, legitimidade e discricionariedade dos entes

reguladores, *accountability*, com a adoção a Análise de Impacto Regulatório no Brasil. É verdade também que além do mencionado equilíbrio democrático, a *accountability* tem o condão de otimizar o tempo da efetividade das decisões.

4 A NECESSIDADE DA ADOÇÃO DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NO BRASIL

Há anos o governo federal vem discutindo medidas que pudesse acarretar melhorias na qualidade de regulação das decisões tomadas pelos entes reguladores. Essa corrente preocupação se consolidou em razão da necessidade de se tomar decisões que pudessem diminuir custos, acarretassem benefícios, fosse transparente, legítimo e diminuísse o déficit democrático.

A análise de impacto regulatório vem se tornando uma necessidade para uma regulação mais eficiente, tendo em vista que os agentes reguladores padecem se mecanismos hábeis, e parâmetros de comparação para que a regulação seja eficaz, transparente e plena.

4.1 Análise de Impacto Regulatório e o lastro jurídico pátrio

Em 2003, no início do governo Lula, iniciou-se a corrida pela qualidade regulatória em que foi instituído, pelo Decreto de 20 de outubro de 2003 em seu art. 1º, um grupo de trabalho que tinha por objetivo analisar como funcionada o arranjo regulatório, as atribuições dos entes reguladores e propor medidas que pudessem melhorar o que fosse necessário.

Algumas medidas foram tomadas pelo governo federal diante de necessidade de se obter melhor controle, transparência, qualidade nas decisões regulatórias. A exemplo disso temos: (a) PL 3.337, de 2004, que dispôs sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras (arquivado em 2013); e (b) a criação do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – Pro-Reg, em 2007, alterado em 2016 (o qual será abordado em subitem próprio); (c) PLS nº 52/2013, que trata sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, observando a aprovação no Senado Federal, em dezembro de 2016, e a sua tramitação na Câmara dos Deputados (PL 6621/2016), a qual também será abordada mais adiante.

Apesar do que foi apresentado, é indiscutível que o Brasil, apesar das tentativas padeceu no que tange a regulamentação da qualidade regulatória. No entanto não podemos negar que a qualidade regulatória, com boas práticas regulatórias e melhores regulações são uma necessidade nos dias atuais, e o Estado percebeu isso, e está correndo contra o tempo para que a Análise de Impacto Regulatório seja definitivamente consolidada.

Isso se deve ao fato de que, a Casa Civil, apesar de ainda estar tramitando o projeto de lei 6621/2016, já disponibilizou em seu sítio um Guia de AIR, sem contar as constantes propostas de Consulta Pública, dezenas de congressos, seminários, realizados exclusivamente com a Análise de Impacto Regulatório como tema. Algumas agências reguladoras já se utilizam da AIR, mesmo que ainda padeça de lastro legislativo, como por exemplo a ANVISA, ANEEL, etc.

4.2 Programa de Fortalecimento Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG)

O Programa de Fortalecimento Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG) foi criado pelo Decreto 6.062, de 2007, alterado pelo Decreto nº 8.760, de 2016, com o fito 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” (Art. 1º do Decreto 6.062, de 2007).

Merece ser ressaltado que o programa é reconhecido como um projeto de governo que visava organizar a atividade regulatória do Brasil, dando pinceladas de AIR. Isso porque o PRO-REG dispõe em seu artigo 2º as seguintes tarefas:

I - fortalecer o sistema regulatório de modo a facilitar o pleno exercício de funções por parte de todos os atores;

II - fortalecer a capacidade de formulação e análise de políticas públicas em setores regulados;

III - aprimorar a coordenação e o alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo regulatório;

IV - fortalecer a autonomia, transparência e desempenho das agências reguladoras;

V - desenvolver e aperfeiçoar mecanismos para o exercício do controle social e transparência no âmbito do processo regulatório.

A Casa Civil da Presidência da República criou PRO-REG em consequência de um acordo de cooperação entre o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, que financiava parcialmente o programa por meio de contrato de Empréstimo, e o Governo Federal, de 2008 até maio de 2013. A partir daí, o PRO-REG deixou de ser financiado pelo BID e começou a receber recursos provenientes de dotações orçamentárias da União. Ressalta, portanto que nos dias de hoje o PRO-REG possui orçamento próprio no Plano Plurianual – PPA.

Fins de se cumprir essas tarefas foram criados dois comitês: o Comitê Gestor – CGP, e o Comitê Consultivo – CCP. Há também a Secretaria-Executiva do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (2016) que dá apoio na Técnico-Administrativo aos comitês.

Importa dizer que o mencionado Comitê Gestor é formado por representantes da Casa Civil da Presidência da República, do Ministério da Fazenda e do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Este comitê possui determinadas atribuições, entre elas direcionamento e planejamento estratégico do PRO-REG, determinação de prioridades a serem seguidas pelo Programa, e, por fim, a congeminação com os órgãos que farão parte das condutas e projetos a serem realizados (CASA CIVIL, 2018).

Em se tratando do Comitê Consultivo, o qual é constituído por representantes de cada uma das agências reguladoras, bem como pelos ministérios supervisores, Ministério da Justiça e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), tem como atribuição a exposição e debate das alternativas propostas que tem o escopo de colaborar e desenvolver a execução do

Programa, e também a ajuda para diplomação de níveis técnicos dos projetos implementadas pelo PRO-REG (CASA CIVIL, 2018).

Após a instituição do PRO-REG, já foram desenvolvidas diversas ações voltadas para a seara regulatória brasileira, e na potencialização da qualidade regulatória, em que foram desenvolvidas pesquisas para estes fins. Foi implementado ainda, eventos para a qualificação de servidores (CASA CIVIL, 2018).

Em maio de 2013, conforme fora mencionado, findou-se o Contrato de Empréstimo com o Banco Interamericano de Desenvolvimento, trazendo ao PRO-REG uma atuação essencialmente tática que visava a estruturação e solidificação dos progressos conquistados, acompanhando da viabilização de boas práticas regulatórias já existentes tanto no Brasil quando na atividade regulatória alienígena. Desta feita, o Programa de Fortalecimento Institucional para Gestão em Regulação criou os seguintes procedimentos:

- Disseminação da qualidade regulatória no âmbito administração pública federal;
- Fomento e disseminação, entre as várias instituições, de iniciativas regulatórias para melhorar a abordagem estratégica de decisões sobre políticas públicas e regulatórias;
- Consolidação e expansão do uso da Análise de Impacto Regulatório (AIR);
- Disseminação de ações com vistas à gestão do estoque regulatório, dos mecanismos de transparência, controle social e responsabilização no âmbito do processo regulatório;
- Ampliação do diálogo sobre qualidade regulatória com diferentes atores do sistema regulatório;
- Realização de programas de treinamento e capacitação sobre qualidade regulatória para atores relevantes do processo regulatório (CASA CIVIL, 2018).

Ora, o PRO-REG pode então ser tido como um tipo de Análise de Impacto Regulatório brasileiro, porém com suas características próprias. É claro que não se espera que seja um espelho para a AIR, mas foi um grande passo para a regulação da atividade regulatória e políticas públicas. Mas, apesar disso, não o é. Em resumo, o PRO-REG foi concebido a propósito de corroborar com o progresso da qualidade regulatória e atuação de entes reguladores, prestação de contas (*accountability*), diminuição do déficit democrático com a participação a sociedade civil e do sistema regulatório.

4.3 A Análise de Impacto Regulatório como uma realidade no Brasil

Até pouco tempo, a análise de impacto regulatório não Brasil era apenas conjectura. Não havia no país nada que pudesse ser concretizado a respeito da AIR. Apenas algumas agências reguladoras tentavam, de alguma forma trazer condutas que remetiam a AIR.

Grande passo foi dado quando entre o período entre 15/09/2017 e 01/11/2017, Consulta Pública, que trazia propostas, foi promovida pela a Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República (SAG)

As propostas trazidas pela Consulta Pública tratavam especificamente do modo de elaboração da Análise de Impacto Regulatório, que teve seu resultado publicado em 09 de março de 2018. Mais precisamente, se tratavam de como seriam efetivadas as diretrizes gerais, e o guia de AIR, definida, na Câmara dos Deputados (2018) como

[...]o processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão.

Convém ressaltar que essas ações são consequências das iniciativas instaladas pelo Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), instituído em 2007, pelo Decreto nº 6.062.

Conforme foi mencionado, a Casa Civil recentemente publicou um mapa que trata a respeito das diretrizes gerais a serem seguidas e um roteiro analítico para Análise de Impacto Regulatório, e tudo em consonância com o Projeto de Lei nº 6.621/2016 – PL das Agências - que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.

O denominado Diretrizes Gerais de AIR propõe objetivos que devem ser atingidos, quais sejam: A AIR tem por objetivo:

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.

Tal diretriz estabelece participação social na elaboração da AIR, de modo a garantir a transparência do procedimento regulatório. E justamente em razão de querer de aumentar a transparência desse procedimento, o Relatório de Análise de Impacto Regulatório a ser elaborado deverá ter a participação social para que se possibilite opiniões, críticas, etc.

Deve esclarecer que quando ocorrer esse processo de participação do público em geral, tal consulta deve se findar antes da apresentação de oferecida alternativa para determinada decisão regulatória; e deverá se utilizar de meios que possibilitem a exteriorização da vontade social.

Já o Guia AIR, também disponível no sítio virtual da Casa Civil, está em consonância com as Diretrizes Gerais, e tem a finalidade de ajudar servidores da administração regulatória e nos procedimentos de AIR. A proposta inicial do Guia é fornecer dados importantes, porém superficiais (não aprofundados) para que se possa orientar a elaboração da análise.

Cumpra dizer que das Diretrizes de AIR e o Guia de AIR, no Relatório de Consulta Pública nº 001/2017, tem como lastro dois princípios norteadores: “de que é fundamental iniciar uma AIR logo nos estágios iniciais do processo regulatório, ou seja, previamente à elaboração de atos normativos; e de que é fundamental fomentar a integração de mecanismos de participação social durante a fase de construção e elaboração da AIR”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista tudo o que foi trazido no presente artigo, as seguintes conclusões são necessárias:

Por meio de procedimento administrativo, a Análise de impacto Regulatório é uma ferramenta utilizada pelo Estado regulador em conjunto com os entes reguladores, almejando trazer soluções ou alternativas a decisões regulatória a serem tomadas, para que possam ser mais benéficas, dotadas de transparência e eficiência.

O princípio da Eficiência deve ser sempre levado em consideração quando da elaboração da Análise de Impacto Regulatória, isso em razão de uma questão de *accountability* do Estado regulador, e por uma questão de equilíbrio democrático, e legitimidade.

No que tange a análise de impacto regulatório no Brasil, não há ainda, consolidada e implementada, uma lei que conduza os procedimentos de análise. No entanto, houve a criação de um precursor desse instituto, qual seja o PRO-REG, que traz alguns métodos de regulação, e seu fortalecimento.

É importante destacar que está em tramitação no congresso nacional o PLS nº 52/2013, que trata sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, observando a aprovação no Senado Federal, proveniente do PL 6621/2016. Projeto esse que trará inúmeros benefícios e regulamentação para a AIR.

A Casa Civil, por meio de Consulta Pública realizada em 2017, publicado seu resultado final, emitiu também Diretrizes de Análise de Impacto Regulatório e uma Guia de AIR a ser seguido pelas agências reguladoras. E sua maior peculiaridade é o fato de que essas diretrizes e esse guia de AIR já estarem em consonância com o PL 6621/2016, tornando a Análise de Impacto Regulatório uma realidade próxima no cenário brasileiro. Inclusive, algumas agências reguladoras que trazem pinceladas de AIR com boas práticas regulatórias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “**O princípio da eficiência**”. In: Boletim de Direito Administrativo, n. 3, São Paulo, março de 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44361>. Acesso em 08/06/2018

BLACK, Julia. “**Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes**”. In: Regulation & Governance, v. 2. Jerusalém: Wiley-Blackwell, 2008, p. 150-152. Disponível em: <http://www.lse.ac.uk/law/people/academic-staff/julia-black/Documents/black2.pdf>. Acesso em 08/06/2018

BRASIL. **Decreto de 20 de outubro de 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dnn/2003/dnn9998.htm. Acesso em 10/08/2018

_____. **Decreto 6.062, de 2007**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6062.htm. Acesso em 08/06/2018

_____. **Decreto 8.760, de 2016**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6062.htm. Acesso em 08/06/2018

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Consulta pública resultou em diretrizes e guia sobre Análise de Impacto Regulatório**. 2018. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/557182-CONSULTA-PUBLICA-RESULTOU-EM-DIRETRIZES-E-GUIA-SOBRE-ANALISE-DE-IMPACTO-REGULATORIO.html>. Acesso em: 08/06/2018

_____. **PL 3337/2004**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=248978>. Acesso em 10/08/2018

CASA CIVIL. **Histórico do PRO-REG**. Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/regulacao/sistema-regulatorio-brasileiro/historico-do-pro-reg/historico-do-pro-reg-pagina>. Acesso em: 08/06/2018

_____. **RELATÓRIO CONSULTA PÚBLICA Nº 001/2017**. Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/regulacao/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/encerramento/relatorio-consulta-publica-no-001.pdf>. Acesso em 10/06/2018

FREITAS, Matheus Silva; VITA, Jonathan Barros. **A eficiência alocativa do tabelionato de protesto à luz da análise econômica do direito**. EALR, V. 8, nº 2, p. 22, Jul-Dez, 2017. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/8560>. Acesso em 08/06/2018

GICO JR, Ivo T. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. Revista Economic Analysis of Law Review - EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010, p. 18. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/issue/view/121/showToc>. Acesso em 08/06/2018

JACOBS, Scott. **Current trends in Regulatory Impact Analysis: the challenges of Mainstreaming RIA into Policy-making**. 2006. Disponível em: http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2014/11/Jacobs_Current__Trends_and_Processes_in_RIA_May_2006.pdf. Acesso em: 08/06/2018

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MODESTO, Paulo. “**Notas para um debate sobre princípio da eficiência**”. In: Revista Trimestral de Direito Público, n. 31, São Paulo, 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 195

OCDE. **Regulatory Impact Analysis**. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ria.htm>. Acesso em: 08/06/2018.

_____. **Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento**. Relatório sobre a reforma regulatória. Casa Civil da Presidência da República, 2008.

PECI, Alketa. **Reforma regulatória brasileira dos anos 90 à luz do modelo de Kleber Nascimento**. Revista de Administração Contemporânea, v. 11, n. 1, 2007.

PESSÔA VALENTE, Patricia Rodrigues. **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.

POSNER, Richard A. **“Economic Analysis of Law”**. Little, Brown and Company: Boston, Toronto, 9th edition, 2014.

RADAELLI, Claudio M., FRANCESCO, Fabrizio De. **“Regulatory Impact Assessment”**. Disponível em (https://strathprints.strath.ac.uk/41173/1/Radaelli_De_Francesco_OUP_2015_Regulatory_impact_assessment.pdf), Acesso em: 08/06/2018.

ROCHA, Arlindo Carvalho. **Accountability na Administração Pública: Modelos Teóricos e Abordagens**. Revista. v. 14, n. 2 (2011). Disponível em: https://cgg-amg.unb.br/index.php/contabil/article/viewFile/314/pdf_162. Acesso em 08/06/2018

SUSTEIN, Cass R. **The Cost-Benefit State**. Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 39, 1996. Disponível em https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1497&context=law_and_economics. Acesso em: 08/06/2018

VISCUSI, Kip. **“Improving the analytical basis for regulatory decision-making”**. In: **Regulatory Impact Assessment: Best Practices in OECD Countries**, Paris, 1997.

VITA, Jonathan Barros. **Valoração Aduaneira e preços de transferência: pontos de conexões e distinções sistêmico-aplicativas**. Monografia. Dissertação de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica da São Paulo, São Paulo, 2010.