

30 de setembro a 4 de outubro
Ponta Grossa - PR - Brasil

**AVALIAÇÃO QUALITATIVA DA APLICAÇÃO DE ANÁLISE DE
IMPACTO REGULATÓRIO PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS: DA
RECOMENDAÇÃO DA CASA CIVIL À LEI Nº 13848/2019**

**QUALITATIVE ASSESSMENT OF THE REGULATORY IMPACT
ANALYSIS APPLICATION BY THE REGULATORY AGENCIES:
FROM CIVIL HOUSE RECOMMENDATION TO LAW NO. 13848 / 2019**

ÁREA TEMÁTICA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Érica Saião Caputo, UFRRJ, Brasil, erica.rj.br@gmail.com

Resumo

Este trabalho pretende traçar um diagnóstico sobre a incorporação da Análise de Impacto Regulatório nos procedimentos das agências reguladoras, considerando o período compreendido entre a publicação pela Casa Civil das Diretrizes Gerais e Roteiro Analítico para a Análise de Impacto Regulatório e do Guia Orientativo para a Elaboração de AIR, que recomenda que a utilização da AIR precederá a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados, e a promulgação da Lei nº 13.848/2019, que estabelece a sua realização como regramento.

Considerando que a aplicação da AIR é amplamente recomendada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e que o Brasil já havia institucionalizado a expansão do seu uso como uma das ações prioritárias do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), o objetivo deste estudo é evidenciar se esta análise foi devidamente incorporada enquanto sua aplicação ainda consistia em uma recomendação, sujeita à discricionariedade dos entes reguladores.

Palavras-chave: Análise de Impacto Regulatório; Agências Reguladoras; Regulação.

Abstract

This paper intends to draw a diagnosis about the incorporation of Regulatory Impact Analysis in the procedures of the regulatory agencies, considering the period between the publication by the Civil House of the General Guidelines and the Analytical Roadmap for the Regulatory Impact Analysis and the Guidance for the Elaboration of AIR, which recommends that the use of AIR will precede the adoption and proposed amendments to normative acts of general interest of economic agents, consumers or services provided users, and the enactment of Law No. 13848 / 2019, which establishes its realization as a rule.

Considering that the application of the RIA is widely recommended by the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) and that Brazil had already institutionalized the expansion of its use as one of the priority actions of the Institutional Capacity Building Program for Regulatory Management (PRO- REG), the aim of this study is to show if this analysis was properly incorporated while its application still consisted of a recommendation, subject to the discretion of the regulatory entities.

Keywords: Regulatory Impact Analysis; Regulatory Agencies; Regulation.

1. INTRODUÇÃO

A regulação é o instrumento que permite ao Estado intervir no comportamento dos agentes econômicos, visando a promover aumento da eficiência, crescimento econômico e melhoria de bem-estar social. Assim, a atividade regulatória tem a função de equilibrar relações econômicas e sociais, visto que uma medida desproporcional pode impactar negativamente o funcionamento do mercado e a sociedade em geral.

Para melhor atender a esse desafio, ganhou relevância a Análise de Impacto Regulatório (AIR), procedimento recomendado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE para ser aplicado desde os estágios iniciais do processo de políticas para a formulação de novas propostas de regulação como subsídio à tomada de decisão.

A AIR inicialmente visa a compreender a natureza do problema regulatório e os objetivos pretendidos pelo regulador para analisar se a intervenção governamental é realmente necessária. Sendo este o caso, a análise permite avaliar as possíveis alternativas de ação, inclusive a não ação, seus efeitos e benefícios, a fim de indicar qual a melhor opção. Trata-se, portanto, de instrumento que permite conferir metodologia, consistência e transparência ao processo regulatório.

A experiência dos países membros da OCDE tem indicado a adoção da AIR como uma medida para a melhoria da qualidade regulatória. O Brasil, visando promover a adoção e sistematização das melhores práticas observadas nacionalmente e internacionalmente para a regulação, indicou a consolidação e expansão do uso da Análise de Impacto Regulatório (AIR) como uma das ações do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), a partir de 2013.

Esta pesquisa pretende analisar se as agências reguladoras efetivamente incorporaram a AIR aos seus procedimentos regulatórios, após a publicação da recomendação da Casa Civil, em junho/2018, traçando um diagnóstico do cenário anterior à Lei nº 13848/2019, que torna a sua aplicação obrigatória antes da adoção e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

2. REGULAÇÃO

A regulação é a criação de regras e controles que vão disciplinar o exercício de certas atividades, com o objetivo de estimular, restringir ou alterar o comportamento dos agentes, em contraposição à autorregulação do mercado, ou seja, é a afirmação da atuação do Estado por meio de intervenção na economia e na sociedade, com vistas a mitigar falhas de mercado e promover o aumento do nível de eficiência. Esta intervenção estatal pode se dar por meio de taxações, subsídios e controles legislativos e administrativos sobre as atividades econômicas. (Posner, 1974; Possas, Pondé e Fagundes, 1997; Silva, 2002; Bagnoli, 2011; Oliveira, 2014)

As falhas de mercado, em geral, estão relacionadas com quatro fatores: i) diferentes estruturas de mercado (concorrência perfeita, concorrência monopolista, oligopólio e monopólio); ii) existência de externalidades e assimetria de informação; iii) existência de bens públicos (devido às características de não rivalidade e não exclusividade); e iv) monopólios naturais. Há dois padrões básicos de regulação: a regulação ativa, de caráter mais interventivo, principalmente relacionada a bens e serviços públicos; e a regulação reativa, destinada à prevenção e à repressão de condutas anticompetitivas. (Possas et al., 1997; Silva, 2002)

A regulação é uma ferramenta estatal que está relacionada à materialização das decisões políticas, portanto há grande interdependência entre as políticas públicas e a regulação.

O Estado Brasileiro assumiu a função de regulador, com base no art. 174 da Constituição Federal (1988), que qualifica o Estado como um “agente normativo e regulador da atividade econômica”, no exercício das funções de “fiscalização, incentivo e planejamento”, com

observância aos princípios constitucionais da livre concorrência, da propriedade privada, da busca do pleno emprego e da defesa do consumidor. Com base nesses princípios, a atividade regulatória assume o desafio de equilibrar relações econômicas e sociais, conforme conclui Vicente Bagnoli (2011), ao ressaltar que “em que pese normalmente utilizar-se a expressão regulação econômica, cumpre observar que a regulação econômica é concomitantemente uma regulação social, ou seja, regulação econômico-social.”

A institucionalização do papel regulador do Estado no Brasil se deu através da criação das agências reguladoras de caráter independente, que promovem o debate no âmbito do exercício da atividade de regulação, envolvendo os diversos atores, públicos ou privados, com distintos interesses, visando o alcance do interesse público.

3. AS AGÊNCIAS REGULADORAS

O exercício da regulação no Brasil é relativamente recente, tendo sido impulsionado após a década de 90, quando houve a transição do papel do Estado, a partir do esvaziamento da sua função executora pelo processo de privatizações e desestatizações, e assunção da função reguladora, com a constituição das agências reguladoras. (Carvalho, 2002, *apud* Lucchesi, 2014; Binenbojm, 2005)

Inicialmente foram instituídas a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL e a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, pelas Leis nº 9427/1996 e nº 9472/1997, respectivamente. Posteriormente, foram criadas: Agência Nacional de Petróleo – ANP (Lei nº 9478/1997), Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9782/1999), Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei nº 9961/2000), Agência Nacional de Águas – ANA (Lei nº 9984/2000), Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (Lei nº 10233/2001), Agência Nacional do Cinema – ANCINE (MP nº 2228-1/2001), Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (Lei nº 11182/2005) e Agência Nacional de Mineração (Lei nº 13575/2017).

As agências reguladoras são autarquias sob regime especial, criadas por leis, com base no art. 37, XIX da CF 88, que estabelece que somente por lei específica poderá ser criada autarquia. Não há simetria e uniformidade legislativa na definição das agências reguladoras, entretanto há alguns requisitos relevantes que as caracterizam: natureza estatal; autonomia relativa; ausência de vinculação ao sistema eleitoral; concentração de conhecimentos e competências técnico-científicas. (Sampaio Ferraz, 2000; Di Pietro, 2001; Justen Filho, 2002; Grotti, 2004).

De acordo com Gustavo Binenbojm (2005), a pedra-de-toque desse regime especial é a independência (ou autonomia reforçada) da agência em relação aos Poderes do Estado, caracterizada por: 1) independência política dos dirigentes, nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo após aprovação do Poder Legislativo, investidos em seus cargos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato; 2) independência técnica decisional, predominando as motivações técnicas para seus atos; 3) independência normativa, necessária à disciplina dos serviços públicos e atividades econômicas submetidos ao seu controle; 4) independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada, por força de rubricas orçamentárias próprias e de receitas atribuídas pela lei às agências.

Portanto, o regime especial explicita a postura do Estado na busca de uma regulação imparcial, fundamentada tecnicamente e preservada quanto a ingerências políticas.

Como entes da administração pública, cabe às agências reguladoras a observância aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, preconizados pelo art. 37 da CF 88. Neste sentido, Sampaio Ferraz (2000) aponta como parâmetros aplicáveis à atuação das agências reguladoras:

- uma política regulatória eficiente deve procurar preservar uma distribuição de rendas politicamente ótima, i.e, redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170 – VII);
- políticas que reduzem a riqueza total disponível para a redistribuição devem, em princípio, ser evitadas na medida em que reduzem a recompensa política (interesse público) do ato regulatório (art. 170 - VIII);
- regras orientadoras das análises que conduzem a uma ação reguladora devem ser previamente conhecidas (exigência de transparência do poder público – art. 37 caput);
- os atos regulatórios devem ser tomados por autoridade dotada de mandato;
- por sua impermeabilidade institucional, o Poder Judiciário deve ser levado a decidir sobre o mérito das regulações (art. 5º – XXXV);
- a eficiência é pressuposto tanto de atos vinculados quanto de discricionários, estando o agente da regulação obrigado a afinar suas decisões com os objetivos políticos setoriais prescritos em lei (legalidade em sentido de legitimação); e
- a participação do usuário de serviços e atividades regulados no controle das atividades de regulação deve estar prevista (art. 37, §3º).

Estas regras gerais para controle da eficiência, embora não específicas, estabelecem o arcabouço para o desenvolvimento de políticas reguladoras de forma geral. Para conferir maior efetividade às ações regulatórias, a utilização da Análise de Impacto Regulatório (AIR) tem sido recomendada pela OCDE e, mais recentemente, pelo Governo Federal.

4. ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR)

A AIR é um dos principais instrumentos voltados à melhoria da qualidade regulatória e consiste num 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.

De acordo com Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, a AIR é tanto uma ferramenta como um processo de decisão com o objetivo de informar os tomadores de decisão sobre se e como devem regular para atingir as metas das políticas públicas. Seu objetivo é melhorar a elaboração de regulações auxiliando as autoridades a identificar e considerar as opções regulatórias mais eficientes e efetivas, incluindo as alternativas não regulatórias, antes de ser tomada uma decisão. Um método de fazer isso é através da análise empírica dos custos e benefícios da regulação e dos meios alternativos para se alcançar os objetivos da política, identificando a abordagem que provavelmente produzirá o maior benefício líquido para a sociedade. (OCDE, 2012)

A Análise de Impacto Regulatório é um instrumento voltado a racionalizar e a aprimorar o processo de tomada de decisões, permitindo resultados mais eficientes, eficazes e efetivos. De acordo com o Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório, a AIR “consiste num 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. Tem como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão e, em última análise, contribuir para que as ações regulatórias sejam efetivas, eficazes e eficientes.” (Guia Orientativo para Elaboração de AIR, Governo Federal, 2018)

A AIR deve ser aplicada antes de qualquer decisão regulatória, sendo um exame estruturado do problema, das alternativas de solução e dos seus possíveis efeitos, envolvendo a análise da eficácia da medida, proporcionalidade e os benefícios e ônus para os agentes regulados e a sociedade em geral. Neste sentido, pontua o Prof. Gustavo Binenbojm (2018):

“Definido o problema, devem ser delimitados os objetivos desejados com a intervenção regulatória; mapeadas, da forma mais ampla possível, as alternativas de ação; e analisados os agentes afetados pelas medidas e seus impactos, a partir de uma ótica, inclusive, comparativa. Só então, deve ser recomendado um curso de ação como o preferencial, após avaliação dos prós e contras. Ainda no âmbito do processo de elaboração da AIR, é preciso fixar estratégias de implementação, monitoramento e avaliação do curso de ação eleito. É que nem sempre uma medida em tese adequada será viável do ponto de vista prático. Realmente, se o regulador não tiver meios para implementar, fiscalizar ou responder ao descumprimento da regulação pelos administrados, o modelo poderá ser comprometido em sua efetividade e não se justificar.

(...) a AIR não deve ser feita quando a entidade administrativa já tiver tomado decisão. Tal procedimento não pode representar apenas um referendo de uma decisão já tomada, mas um exame sobre como decidir.”¹

Da mesma forma, expõe o Prof. Alexandre Santos de Aragão (2013) que a AIR acaba por constituir uma análise prévia da proporcionalidade da regulação, ao avaliar os impactos para atingir o seu propósito:

“A regulação econômica pode gerar efeitos negativos no desenvolvimento da economia, especialmente se aumentar desproporcionalmente os custos e a burocracia necessária à exploração das atividades econômicas, inibindo o desenvolvimento de pequenas e médias empresas, ou, ainda, indiretamente criando vantagens competitivas para algum participante do mercado, dentre outras coisas. Há o risco, também, de a regulação estatal apresentar-se desatualizada, morosa e excessiva, em prejuízo dos consumidores e empresários. Nesse sentido, os procedimentos de análise de impactos regulatórios obrigam as agências a previamente demonstrarem a razoabilidade de suas decisões, os seus prováveis custos diretos e indiretos, os benefícios esperados e a razão pela qual não foram escolhidos outros meios para atingir o mesmo propósito. Trata-se, portanto, de uma análise prévia da proporcionalidade da regulação, com a necessária participação dos administrados”. (Aragão, 2013)

A OCDE recomenda reiteradamente aos seus membros a incorporação da AIR na Política Regulatória com o objetivo de subsidiar os tomadores de decisão sobre se e como devem regular para atingir as metas das políticas públicas.

“Sob proposta do Comitê de Política Regulatória:

RECOMENDA aos membros:

(...)

4. Integrar a Avaliação do Impacto Regulatório (AIR) desde os estágios iniciais do processo de políticas para a formulação de novas propostas de regulação. Identificar claramente os objetivos da política, e avaliar se a regulação é necessária e como ela pode ser mais efetiva e eficiente na consecução desses objetivos. Considerar outros meios de regulação e identificar os trade offs das diferentes abordagens analisadas para escolher a melhor alternativa.

¹ Parecer integrante da Manifestação da Associação Nacional das Distribuidoras de Combustíveis, Lubrificantes, Logística e Conveniência - Plural na Tomada Pública de Contribuição TPC ANP 03/2018.

(...)

6. Publicar regularmente relatórios sobre o desempenho da política regulatória, dos programas de reforma, bem como das autoridades públicas responsáveis pela aplicação das regulações. Esses relatórios devem incluir informações sobre como instrumentos regulatórios, tais como a Análise de Impacto Regulatório (AIR), práticas de consulta pública e revisões de regulações existentes funcionam na prática.”(OCDE, 2012)

Com foco especificamente no Brasil, a entidade, por meio da publicação do Relatório Sobre a Reforma Regulatória – Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento (2007), expôs sua visão sobre a necessidade do país internalizar práticas e ferramentas para a qualidade regulatória, como a AIR, assim como padronizar as práticas entre os diversos entes da administração.

“Certos aspectos da política regulatória ainda são atrasados com relação aos países da OCDE. As habilidades para a qualidade regulatória estão fragmentadas e espalhadas pela administração, e mecanismos de coordenação, algumas vezes existentes, ainda deixam espaço para melhorias. O país carece de uma utilização sistemática de diferentes ferramentas de qualidade regulatória. Avaliação de Impacto Regulatório é uma delas.” (OCDE, 2007, BRASIL: Fortalecendo a governança para o crescimento)

Embora o Brasil não seja membro da OCDE, o país tem estreito relacionamento com a organização, com “engajamento ampliado” em 2007, com vistas a possível acessão, e qualificação ao status de “parceiro-chave” em 2012. Ademais, o Brasil é o país não membro que participa do maior número de instâncias e projetos da OCDE e que já aderiu ao maior número de instrumentos legais da Organização, de acordo com a Casa Civil. Desta forma, há notório interesse em promover o alinhamento às boas práticas recomendadas pela OCDE, visando tanto o aprimoramento da política regulatória quanto a convergência com os requisitos preconizados pela organização.

5. ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NO BRASIL

Antes do pleito de adesão do Brasil à OCDE, a realização de AIR já era recomendada no país com vistas ao aperfeiçoamento do sistema regulatório.

O Decreto nº 4.176/2002, que estabelecia normas e diretrizes para a elaboração e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, já retratava elementos relacionados ao AIR, nos seus anexos I e II, e, posteriormente, o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), instituído pelo Decreto n.º 6.062/2007, estabeleceu a consolidação e expansão do uso da AIR como uma de suas ações prioritárias.

A partir do PRO-REG, a AIR passou a ser adotada de forma esporádica e ainda que incompleta pelos entes reguladores.

Em 2016, a Casa Civil promoveu um estudo conjunto com agências, ministérios e autarquias para definir critérios, parâmetros e orientações para realização de AIR, culminando na publicação das Diretrizes Gerais e Roteiro Analítico Sugerido para Análise de Impacto Regulatório – Diretrizes AIR e do Guia Orientativo para a Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – Guia AIR, em junho de 2018.

Com a publicação das Diretrizes e do Guia, a AIR se tornou efetivamente uma recomendação de boas práticas para todos os órgãos da Administração Pública Federal, com a indicação de conceitos, etapas e padrões mínimos a serem observados na sua elaboração, compondo uma instrução metodológica.

De acordo com as Diretrizes e o Guia, a AIR deverá ser apresentada em forma de relatório específico, contendo os seguintes elementos:

- sumário executivo objetivo, conciso, utilizando linguagem simples e acessível ao público em geral;
- identificação do problema regulatório que se pretende solucionar, apresentando suas causas e extensão;
- identificação dos atores ou grupos afetados pelo problema regulatório;
- identificação da base legal que ampara a ação da Agência Reguladora, órgão ou entidade da administração pública no tema tratado;
- definição dos objetivos que se pretende alcançar;
- descrição das possíveis alternativas para o enfrentamento do problema regulatório identificado, considerando a opção de não ação, além de soluções normativas, e, sempre que possível, opções não normativas;
- exposição dos possíveis impactos das alternativas identificadas;
- comparação das alternativas consideradas, apontando, justificadamente, a alternativa ou a combinação de alternativas que se mostra mais adequada para alcançar os objetivos pretendidos;
- descrição da estratégia para implementação da alternativa sugerida, incluindo formas de monitoramento e de fiscalização, bem como a necessidade de alteração ou de revogação de normas em vigor;
- considerações referentes às informações, contribuições e manifestações recebidas para a elaboração da AIR em eventuais processos de participação social ou outros processos de recebimento de subsídios de interessados no tema sob análise; e
- nome completo, cargo ou função e assinatura dos responsáveis pela AIR.

Caso o problema regulatório objeto da análise revista-se de significativa complexidade ou caso as alternativas identificadas para seu enfrentamento apresentem impactos significativos, a Agência Reguladora, órgão ou entidade da administração pública deverá promover adicionalmente:

- mapeamento da experiência internacional no tratamento do problema regulatório sob análise;
- mensuração dos possíveis impactos das alternativas de ação identificadas sobre os consumidores ou usuários dos serviços prestados e sobre os demais principais segmentos da sociedade afetados; e
- abordagem do risco na AIR.

É inegável que a aprovação das Diretrizes e do Guia foi um passo importante na política regulatória brasileira, entretanto, a implementação de AIR ainda se tratava de uma recomendação, sujeita à discricionariedade dos reguladores, e não uma normativa para aplicação em todos os atos regulatórios.

Neste sentido, se posiciona o Prof. Alexandre Aragão (2017) que “se um dos objetivos declarados da AIR é de “orientar e subsidiar o processo de tomada de decisão”, considerando diversas alternativas regulatórias diferentes e os seus respectivos impactos (que podem ser maiores ou menores) sobre os interesses dos agentes econômicos, consumidores e usuários, isto é, conferir um arcabouço técnico para uma tomada de decisão que, de outra forma, seria feita

com base pura e simples na discricionariedade do ente público competente e da sua percepção subjetiva sobre quais seriam os impactos regulatórios da medida, não há sentido em criar uma norma prevendo a possibilidade de as Agências se valerem dessa mesma percepção subjetiva, podendo com isso escapar à realização obrigatória de prévia AIR.”

A publicação da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019, em capítulo específico sobre a Análise de Impacto Regulatório, estabeleceu que 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.

Não obstante a referida Medida Provisória também indicar que regulamento disporá sobre as hipóteses em que será obrigatória a realização de AIR e sobre as hipóteses em que poderá ser dispensada, o fato é que a AIR efetivamente passa a ser mais que uma recomendação. A sua dispensa torna-se a exceção e a sua condição deverá estar expressa em regulamento.

O mais recente avanço foi a promulgação da Lei nº 13.848/2019, de 25 de junho de 2019, conhecida como “Lei Geral das Agências Reguladoras”, que dispôs sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. A lei deu ênfase ao uso da AIR previamente à adoção e às propostas de alteração de atos normativos de interesse dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados pelas agências reguladoras, consolidando a obrigatoriedade da sua operacionalização no âmbito das agências reguladoras federais.

Outro aspecto que a lei destaca é a padronização, ao direcionar o regulamento para estabelecer conteúdo e metodologia da AIR, com os quesitos mínimos a serem objeto de exame e os casos passíveis de sua dispensa. Para estes casos, a lei determina que pelo menos seja disponibilizada Nota Técnica que tenha a fundamentação da proposta.

A lei tem prazo para entrar em vigor 90 dias após sua publicação, constituindo um marco no aprimoramento do sistema regulatório brasileiro. Desta forma, este estudo representa um diagnóstico da aplicação da AIR antes da vigência da lei.

6. A APLICAÇÃO DA AIR PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Este trabalho consiste numa avaliação quantitativa e qualitativa da aplicação de AIR pelas agências reguladoras, tendo como referência a publicação das Diretrizes Gerais e do Guia Orientativo para Elaboração de AIR pelo Governo Federal.

O objetivo é avaliar se efetivamente, a partir da recomendação do Governo Federal, através da aprovação das Diretrizes Gerais e Roteiro Analítico Sugerido para Análise de Impacto Regulatório – Diretrizes AIR e do Guia Orientativo para a Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – Guia AIR, em junho de 2018, as Agências Reguladoras incorporaram a ferramenta na sua aplicação prática.

Para tanto, foram analisados todos os processos de participação social, especificamente as consultas e audiências públicas que consistiam em proposta ou adoção de medida regulatória promovidas pelas 11 (onze) agências reguladoras federais, excluindo-se as tomadas de subsídios, no período de 12 meses, de 01/07/2018 a 30/06/2019, basicamente o período compreendido entre a divulgação das Diretrizes e do Guia e a publicação da Lei nº 13.848/2019, com base nas informações e documentos divulgados nos sítios eletrônicos das agências.

Foram analisados os seguintes itens: (i) quantidade de processos de participação social das agências reguladoras no período; (ii) quantos destes processos tiveram AIR divulgado; (iii) quantos processos tiveram Nota Técnica divulgada com a fundamentação / motivação da proposta; e (iv) atendimento aos requisitos mínimos de AIR nos procedimentos analisados, com base nos elementos recomendados pelas Diretrizes Gerais e pelo Guia AIR.

A consolidação da pesquisa é apresentada de forma sintetizada no quadro a seguir:

AGÊNCIA REGULADORA	PARTICIPAÇÃO SOCIAL	NOTA TÉCNICA	ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO	AVALIAÇÃO QUALITATIVA
Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)	86	84	7	- Não houve divulgação de AIR de forma sistemática. - A Nota Técnica foi divulgada em todos os procedimentos, com a exposição de motivos para a alteração ou proposta regulatória em discussão. - Houve procedimentos com AIR completo, contendo todos os requisitos recomendados pelas Diretrizes / Guia AIR.
Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)	70	70	12	- Não houve divulgação de AIR de forma sistemática. - A Nota Técnica foi divulgada em todos os procedimentos (Informe), com a exposição de motivos para a alteração ou proposta regulatória em discussão. - Houve procedimentos com AIR completo, contendo todos os requisitos recomendados pelas Diretrizes / Guia AIR.
Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)	44	44	3	- Não houve divulgação de AIR de forma sistemática. - A Nota Técnica foi divulgada em todos os procedimentos, com a exposição de motivos para a alteração ou proposta regulatória em discussão. - Alguns procedimentos apresentaram os requisitos mínimos de AIR na Nota Técnica, ainda que de forma não estruturada, sendo considerados nesta análise.
Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)	122	122	0	- Não houve divulgação de AIR, embora sua realização seja indicada como aprovada como cumprimento de condição processual. - Há procedimento interno que regulamenta a aplicação de AIR através do Relatório de Mapeamento de Impacto (REMAI). - A Nota Técnica foi divulgada em todos os procedimentos (Justificativa da consulta pública). - Houve recente consulta pública sobre o Guia de AIR da Anvisa, que dispõe sobre a aplicação e padronização da AIR.
Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)	7	7	5	- Houve divulgação de AIR de forma sistemática. - Alguns procedimentos versavam sobre a Agenda Regulatória e o Processo Regulatório no âmbito da Agência, cabendo a dispensa de AIR. - A Nota Técnica foi divulgada em todos os procedimentos. - Houve consulta pública sobre o Processo Regulatório no âmbito da ANS, dispondo sobre a aplicação e padronização da AIR, assim como da ARR.
Agência Nacional de Águas (ANA)	3	3	0	- Não houve divulgação de relatório de AIR nos procedimentos de participação social realizados no período. - A Nota Técnica foi divulgada em todos os procedimentos. - Houve Notas Técnicas que abordaram alguns dos requisitos da AIR, mas não de forma completa.
Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)	16	16	4	- Não houve divulgação de relatório de AIR de forma sistemática. - A Nota Técnica foi divulgada em todos os procedimentos. - Houve Notas Técnicas que abordaram alguns dos requisitos da AIR, mas não de forma completa.

Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)	19	19	14	- Houve divulgação de AIR de forma sistemática. - A Nota Técnica foi divulgada em todos os procedimentos. - Os relatórios de AIR destacam-se pelo conteúdo e aprofundamento da análise.
Agência Nacional do Cinema (ANCINE)	1	-	-	- A única consulta pública do período referiu-se à minuta da Agenda Regulatória, dispensando AIR.
Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)	28	28	23	- Consultas Públicas apenas com exposição de motivos em documento de Justificativa. - Houve divulgação de AIR de forma sistemática nos procedimentos de Audiências Públicas, através de relatório que apresenta os requisitos de AIR (Formulário de Análise para Proposição de Ato Normativo).
Agência Nacional de Mineração (ANM)	7	1	0	- Não houve divulgação de AIR. - A divulgação de Nota Técnica não é sistemática.

Fonte: Sítios eletrônicos das agências reguladoras; Elaboração Própria

Com base nos dados analisados, pode-se concluir que a aplicação da AIR ainda não está incorporada aos procedimentos regulatórios das agências e quando aplicada, não é padronizada e muitas vezes não atende a todos os requisitos recomendados nas Diretrizes Gerais e Guia AIR.

As agências reguladoras ANTT, ANAC e ANS são as que se apresentam mais avançadas em relação à incorporação da AIR como etapa do processo regulatório, tendo utilizado a ferramenta em mais de 70% dos procedimentos de participação social. Ao excluírem-se as consultas referentes que não tratam especificamente de adoção de medida regulatória, pode-se considerar que a AIR foi aplicada por estas agências em todos os processos regulatórios que a requeriam.

Entre as agências que evidenciaram menor utilização da AIR no seu processo regulatório no período, destacam-se ANVISA, ANP, ANA e ANM.

A ANVISA é um caso particularmente intrigante, visto que a agência tem um processo amadurecido de AIR, que se evidencia em uma consulta pública específica sobre o Guia de AIR da ANVISA, e há indicação de conclusão da etapa de AIR em todos os procedimentos de participação social do período, no entanto, os documentos não são disponibilizados nos documentos da consulta, conforme é recomendado pela OCDE.

A ANP, não obstante prever a AIR em seu Regimento Interno, não a aplica de forma regular, contudo todos os seus procedimentos de participação social apresentaram Notas Técnicas que, em alguns casos, contemplaram os requisitos mínimos de AIR. A ANA também apresentou Notas Técnicas em todos os procedimentos, algumas contendo parcialmente requisitos de AIR.

Na ANM, não houve evidência da aplicação de AIR no período analisado e mesmo a Nota Técnica só foi verificada em um dos processos. Há, inclusive, um processo de participação pública cujo ato normativo reconhece o enquadramento da proposta na necessidade de AIR, conforme Diretrizes da Casa Civil, contudo justifica a sua não realização em razão do prazo exíguo.

Na avaliação, foram identificadas boas práticas adotadas pelas agências reguladoras, que podem ser replicadas, visando o nivelamento entre as agências e o aprimoramento do sistema como um todo. Do mesmo modo, foram observadas oportunidades de melhoria, com base nas recomendações da OCDE e nas Diretrizes Gerais e o Guia AIR com vistas ao aperfeiçoamento do processo de tomada de decisão.

A tabela a seguir destaca a síntese das boas práticas e das oportunidades de melhoria observadas:

BOAS PRÁTICAS	OPORTUNIDADES DE MELHORIA
A maioria das Agências Reguladoras publicou Portarias ou introduziram em seu Regimento Interno a necessidade de elaboração de análise de impacto regulatório.	A aplicação da AIR ainda não está incorporada aos procedimentos regulatórios das agências.
A ANVISA lançou consulta pública para obter contribuições ao Guia de AIR da Anvisa, que incorpora o AIR no processo regulatório da agência e indica condições de dispensa (retificação de erro material de sintaxe, ortografia, pontuação, tipográficos e de numeração de normas previamente publicadas; e alteração ou consolidação de atos normativos, desde que não haja alteração de mérito).	Algumas Agências não divulgam o Relatório de AIR no procedimento de participação social, embora indique a etapa foi realizada. Análises de Impacto Regulatório devem, na medida do possível, ser disponibilizadas ao público, juntamente com as propostas de regulação, de acordo com a recomendação da OCDE.
A ANS realizou consulta pública sobre o processo regulatório no âmbito da ANS, que dispôs sobre a aplicação e padronização da AIR, assim como da Análise do Resultado Regulatório (ARR).	A implementação da Avaliação de Resultado Regulatório (ARR), que é o processo sistemático de avaliação de uma ação para averiguar se seus objetivos foram alcançados e se a ação adotada promove o alcance dos objetivos da política pública, de forma sustentável, também recomendada pela OCDE, ainda não está sistematizada nas agências reguladoras.
A ANEEL realizou processo de participação social com o objetivo de obter subsídios para a Análise do Resultado Regulatório (ARR) de uma regulação específica.	
A ANAC utiliza formulário padronizado que contempla os requisitos mínimos para a AIR, que foi utilizado na quase totalidade dos procedimentos de participação social, o que facilita a sua implementação.	As Diretrizes Gerais e o Guia AIR estabelecem os requisitos para a sua formulação, no entanto, ainda não há padronização nos requisitos mínimos e na formatação da AIR na maioria das agências.
A ANEEL realiza com frequência relevante processo de participação social com o objetivo de obter subsídios para o relatório de AIR acerca de determinada medida regulatória.	A OCDE recomenda que a análise deve ser preparada de forma apropriada e em prazo adequado para obter a contribuição dos interessados.

Fonte: Elaboração Própria

De um modo geral, observou-se que, embora as agências venham implementando alguns tipos de análise de impacto ante a introdução ou alteração de normas e regulamentos, estas não são aplicadas sistematicamente e em observância aos requisitos institucionalizados.

Todavia, atualmente, a aplicação de AIR ainda é uma recomendação de boa prática, estando sujeita à discricionariedade dos entes reguladores. O grande avanço que ora se vislumbra no processo regulatório tende a advir a partir da vigência da Lei nº 13.848/2019, visto que as hipóteses de não realização da AIR quando da adoção e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados deverão ser excepcionais, e ainda, se enquadradas nos casos em que sua dispensa for prevista e devidamente justificada em regulamento.

Assim, a AIR tende a se tornar um efetivo instrumento das Agências Reguladoras no processo decisório para o alcance dos objetivos da política pública, robustecendo a qualidade regulatória e fortalecendo a segurança jurídica ao contribuir para melhorar a eficiência e a efetividade das regulações, inclusive a diminuição dos custos da regulação para cidadãos e empresas, como parte da política de promoção da eficiência econômica.

CONCLUSÃO

A regulação das atividades econômicas é o meio para gerar benefícios sociais e econômicos, integrando a promoção da prosperidade econômica, melhoria do bem-estar social e a busca do interesse público.

A utilização da regulação de modo desproporcional pode gerar prejuízos graves ao mercado e à sociedade e, em sentido contrário aos seu objetivo, ocasionar aumento de preços, redução de investimentos, barreiras à inovação, barreiras à entrada, custos de adequação dos agentes regulados, aumentos das distorções do mercado, aumento de custos de fiscalização do órgão regulador, entre outros efeitos indesejáveis. Por esta razão, é essencial que a criação de regras aos agentes econômicos seja pormenorizadamente avaliada e justificada e objetive a promoção do crescimento econômico, o aumento da eficiência, a segurança jurídica e, sobretudo, ganhos à sociedade.

A AIR é um instrumento que tem justamente o papel de subsidiar esse processo decisório, visando o equilíbrio e a proporcionalidade da medida regulatória para o alcance do objetivo proposto.

É natural que exista alguma resistência à incorporação da AIR, por se considerar que constitui uma burocracia adicional, tornando mais lento o processo regulatório. Neste sentido, cabe aos reguladores zelar para evitar a armadilha de se elaborar um AIR *pro forma*, que não prime pela qualidade da análise em si e não instrumentalize de fato o processo de decisão.

Um outro aspecto a ser observado é que a AIR não pode ser um instrumento para validação da decisão regulatória, e sim, para apontar as alternativas e, com base na análise, indicar a melhor medida regulatória. A inversão desta lógica distorce frontalmente o seu objetivo, e mascara o papel do regulador, que acaba por utilizar a AIR para justificar uma intervenção pré-concebida.

A AIR, quando bem aplicada, permite identificar as opções mais eficientes e efetivas para um problema, inclusive alternativas não regulatórias, antes da tomada de decisão, considerando custos e benefícios, de modo que os ganhos da sua implementação se refletem numa regulação que possibilite alcançar os objetivos da política pública produzindo o maior benefício líquido para a sociedade.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. – 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. R. bras. de Dir. Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 187-219, jan./mar. 2004 Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4313300/mod_resource/content/1/Dinor%C3%A1%20Grotti%202004.pdf. Acesso em: 10/02/2019.
- BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico. 5º Ed. São Paulo: Atlas, 2011
- BINENBOJM. G. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. R. Dir. Adm.. Rio de Janeiro, 240: 147-165, Abr./Jun. 2005
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13ª ed. Atlas. São Paulo. 2001.
- JUSTEN FILHO. MARÇAL. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. Ed. Dialética. 2002.
- LUCCHESI, R. Teoria da Regulação e Agência Reguladora. 2014. In: Portal JUSBRASIL. Disponível em: <https://rafaelucchesi.jusbrasil.com.br/artigos/152015530/teoria-da-regulacao-e-agencia-reguladora>. Acesso em 15/02/2019.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, R. R. Dos conceitos de regulação às suas possibilidades. *Saúde Soc. São Paulo*, v.23, n.4, p.1198-1208, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v23n4/0104-1290-sausoc-23-4-1198.pdf>. Acesso em 10/02/2019.

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, *Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança*, Comitê de Política Regulatória, 2012, disponível em <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>.

POSNER, R. A. Theories of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Washington, DC, v. 5, n. 1, p. 335-358, 1974. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/f7ce/e2b1bc06f593ca36bb972f438ff7fbbd0dbf.pdf>. Acesso em: 17/02/2019.

POSSAS, M. L.; PONDÉ, J. L.; FAGUNDES, J. *Regulação da concorrência nos setores de infraestrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*. Rio de Janeiro: Instituto de Economia da UFRJ, 1997. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/regulacao_da_concorrenca_nos_setores_de_infraestrutura_no_brasil.pdf. Acesso em: 17/02/2019.

SAMPAIO FERRAZ, Tercio Junior. *Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade*. 2000. Disponível em: <http://bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/AgenciasReguladoras.PDF>. Acesso em: 17/02/2019.

SILVA, H. P. Estado, regulação e saúde: considerações sobre a regulação econômica do mercado de saúde suplementar. *Leituras de Economia Política*, Campinas, n. 10, p. 193-226, jun. 2002/jun. 2003.

Sítios eletrônicos

ANAC: www.anac.gov.br

ANATEL: www.anatel.gov.br

ANCINE: www.ancine.gov.br

ANEEL: www.aneel.gov.br

ANM: www.anm.gov.br

ANP: www.anp.gov.br

ANS: www.ans.gov.br

ANTAQ: www.antaq.gov.br

ANTT: www.antt.gov.br

ANVISA: www.anvisa.gov.br

CASA CIVIL: www.casacivil.gov.br

OCDE: www.ocde.gov.br