

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

JANAÍNA RIGO SANTIN

MANOEL MESSIAS PEIXINHO

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; Manoel Messias Peixinho; José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-346-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Administrativo. 3. Gestão. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

O III Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre os dias 23 e 28 de junho de 2021, trouxe um espaço virtual e síncrono de debates e discussões altamente qualificados, reunindo a comunidade jurídica e, em especial, os docentes e discentes dos programas de pós-graduação em direito do Brasil.

Estamos há mais de um ano da maior crise sanitária dos últimos tempos, uma pandemia que já matou mais de 500 mil brasileiros. Inobstante as enormes adversidades por que passamos neste período, a pesquisa científica não pode parar. Os novos desafios impõem alterações consideráveis no direito administrativo e na gestão pública brasileira, com um sem número de alterações legislativas, editadas com vistas a responder às demandas trazidas pela Covid-19.

Com vistas a problematizar este momento tão atípico, e na tentativa de buscar conjuntamente soluções, o CONPEDI, mais uma vez, ofereceu aos participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssimo nível.

A possibilidade de dialogar com nossos pares em tempos tão difíceis é como um sopro de esperança para todos e, nesse sentido, as pesquisas e debates realizados no Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública I” reuniram um amplo e plural conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com artigos e discussões abertas, horizontais, dialógicas e plurais. Contribuições marcadas pela pertinência acadêmica e pela preocupação com os desafios advindos da pandemia e, também, deste novo direito administrativo "de emergência".

A Academia (esta herança grega histórica e humanisticamente insubstituível do Ocidente) somente existe e é legitimada por meio do saber crítico – que é libertador - a visar às transformações políticas, sociais, econômicas e culturais. A produção científica do CONPEDI é resultado dos seus Congressos nacionais e internacionais, que são eventos dialogais e dialéticos, físicos e virtuais, e da produção científica decorrente de artigos acadêmicos apresentados por estudantes e professores. Este GT concilia, transdisciplinarmente, o Direito Administrativo com a Gestão Pública num contexto histórico

dramático, imprevisível e emergencial (COVID-19) em que há o desafio irrenunciável das administrações públicas federativas na alocação de recursos financeiros eficientes, transparentes e inclusivos.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. DECOLONIZAR O DIREITO ADMINISTRATIVO? UMA REFLEXÃO SOBRE OBSTÁCULOS E POSSIBILIDADES
2. A IDEOLOGIA DOS DIREITOS HUMANOS NO PREÂMBULO COMO VETOR HERMENÊUTICO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL
3. INTERESSE PÚBLICO VERSUS DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA (RE) PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO
4. AS RAÍZES HISTÓRICAS E CULTURAIS DO PATRIMONIALISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E A SUA PRESENÇA NA GESTÃO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL
5. EMERGÊNCIA DE UM DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL COMO INSTRUMENTO DE DIRETRIZES POLÍTICAS PRA DESENVOLVIMENTO E PROMOÇÃO DE INFORMAÇÕES GOVERNAMENTAIS.
6. REGULAÇÃO CENTRALIZADA VERSUS DESCENTRALIZADA: QUAL ESTRUTURA ORGANIZACIONAL É MAIS SUSCETÍVEL A INTERFERÊNCIAS POLÍTICAS?
7. A LEI ROBIN HOOD COMO INSTRUMENTO LEGAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL
8. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SOCIEDADE: O CONTROLE SOCIAL NO CAMINHO DAS NOVAS TECNOLOGIAS
9. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS
10. A UTILIZAÇÃO DOS DISPUTE BOARDS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: POR UM PROCEDIMENTO MAIS JUSTO E CÉLERE

11. ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC) NOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

12. ANÁLISE DA RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – O CASO DO ACORDO VALE S/A E ESTADO DE MINAS GERAIS

13. REGULAÇÃO EM DESEQUILÍBRIO: ESTRATÉGIAS PARA EQUILIBRAR AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

14. AVALIAÇÃO DE RESULTADO REGULATÓRIO: UM EXAME PRELIMINAR DAS NORMAS GERAIS VIGENTES

15. OS LIMITES DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E SUA EFETIVIDADE NA GARANTIA DE DIREITOS SOCIAIS

16. A ANEEL E A POLÍTICA REGULATÓRIA EXTRAFISCAL SOBRE CÉLULAS FOTOVOLTAICAS: UMA SAÍDA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL?

17. A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO NA PANDEMIA: UMA DISCUSSÃO SOB A ÓTICA DO ESTADO DE EXCEÇÃO

18. A ÉTICA DA ECONOMIA DA COMUNHÃO À LUZ DA EFICAZ DESTINAÇÃO DOS BENS MÓVEIS APREENDIDOS A LEILÃO

19. BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E TRANSPARÊNCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

20. ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS

21. O CONTROLE DAS FINANÇAS PÚBLICAS NO BRASIL

22. ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO ANTES E APÓS A OPERAÇÃO QUINTO DO OURO

23. MUITO ALÉM DO CONTROLE: A ATUAÇÃO DO TCU COMO ÓRGÃO DE SUPERVISÃO E REVISÃO REGULATÓRIAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

24. DESESTATIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS: UMA ANÁLISE A RESPEITO DA TRANSFERÊNCIA DE DADOS DE UMA ESTATAL DE SANEAMENTO APÓS O PROCESSO DE DESESTATIZAÇÃO.

25. FUNÇÃO SOCIAL DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

De nossa parte, estamos honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes.

Cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização de mais este evento virtual, congregando pesquisadores em torno da socialização da pesquisa científica produzida na área do Direito!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas temáticas!

De Florianópolis (SC), de Passo Fundo (RS) e do Rio de Janeiro (RJ), junho de 2021.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

Prof. Dr. Manoel Messias Peixinho – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ) e Universidade Cândido Mendes (UCAM-Rio)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I apresentados no III Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AVALIAÇÃO DE RESULTADO REGULATÓRIO: UM EXAME PRELIMINAR DAS NORMAS GERAIS VIGENTES

REGULATORY RESULT EVALUATION: A PRELIMINARY EXAMINATION OF THE GENERAL RULES IN FORCE

Rodrigo Ematné Gadben ¹

Resumo

O presente artigo descreve os conceitos que são considerados pela doutrina como parâmetros de avaliação da AIR, procurando contextualizar o procedimento, dando especial atenção para a ARR, passo que integra a AIR. Após, examina se, e em que medida o guia intitulado “Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para a Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR”, produzido pela Casa Civil e o Decreto n 10.411/2020 atendem às 04 sugestões de institucionalização da ARR propostas por Eduardo Jordão e Luiz Filipe Cunha no artigo Revisão do estoque regulatório: A tendência de foco na análise de impacto regulatório retrospectiva.

Palavras-chave: Análise de impacto regulatório, Avaliação de resultado regulatório, Regulatory lookback, Eficiência, Racionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article describes the concepts that are considered by the doctrine as parameters for evaluating the RIA, seeking to contextualize the procedure, giving special attention to the RRE, a step that integrates the RIA. Afterwards, it examines whether, and to what extent the guide entitled “General Guidelines and Guidance for the Elaboration of Regulatory Impact Analysis - RIA”, produced by the Casa Civil and Decree No. 10.411/2020 meet the 04 suggestions for institutionalizing the RRE proposed by Eduardo Jordão and Luiz Filipe Cunha in the article Review of regulatory stock: The trend to focus on retrospective regulatory impact analysis.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Regulatory impact analysis, Regulatory result evaluation, Regulatory lookback, Efficiency, Rationality

¹ Advogado e Mestrando em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Especialista em Direito Empresarial pela FGV Direito Rio e em Direito Público pela Universidade Anhanguera UNIDERP/LFG

1. Introdução

A Análise de Impacto Regulatório (AIR) é um procedimento que vem sendo cada vez mais adotado por diversos países, objetivando alcançar uma regulação mais eficiente e que atinja seus objetivos da melhor forma possível para todos os *stakeholders* e, com isso, procurando trazer para a regulação a eficácia tão desejada por todos.

O processo de AIR possui procedimento *ex ante*, que ocorre antes da produção normativa, tentando prever o que acontecerá através de eventuais cenários que permitam determinar se a norma se justifica ou não. Além do procedimento *ex ante*, o processo possui procedimento *ex post*, materializado pelo que parte da doutrina internacional chama de *regulatory lookback*¹ e que aqui por nossos lados, dentro do processo de AIR adotado pelo direito pátrio, esse olhar retrospectivo recebeu o nome de Avaliação de Resultado Regulatório (ARR).

No Brasil, a Análise de Impacto Regulatório chegou com força normativa com a publicação da Lei nº 13.848² de 25 de junho de 2019, que obriga às agências reguladoras brasileiras a implementarem AIR em seus processos de regulação, e da Lei da Liberdade Econômica³, que estendeu essa obrigação a todos os órgãos da administração, inclusive

¹ Vide Sunstein e Coglianese

² Com especial atenção ao art. 6º:

Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

§ 1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada.

§ 2º O regimento interno de cada agência disporá sobre a operacionalização da AIR em seu âmbito.

§ 3º O conselho diretor ou a diretoria colegiada manifestar-se-á, em relação ao relatório de AIR, sobre a adequação da proposta de ato normativo aos objetivos pretendidos, indicando se os impactos estimados recomendam sua adoção, e, quando for o caso, quais os complementos necessários.

§ 4º A manifestação de que trata o § 3º integrará, juntamente com o relatório de AIR, a documentação a ser disponibilizada aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública, caso o conselho diretor ou a diretoria colegiada decida pela continuidade do procedimento administrativo.

§ 5º Nos casos em que não for realizada a AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão.

³ Nesse caso, a lei reservou o Capítulo IV, que é composto do art. 5º:

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.

autarquias e fundações públicas. Tais leis, que contêm regramentos gerais, foram regulamentadas pelo Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020.

Apenas à título de contextualização, cabe destacar que em 2016 a OCDE⁴ divulgou estudo sobre Indicadores de Política Regulamentar e Governança do Brasil, sendo que, para fins deste artigo, o que nos interessa, em primeiro lugar é a constatação de que a política regulatória do Brasil é fortemente concentrada em agências, que apesar do uso da consulta pública estar amplamente divulgado pelos vários órgãos da administração, não existe uma ordenação que padronize essa consulta pública, que o uso da AIR ainda não era consistente e que, apesar de algumas agências terem começado um processo de simplificação administrativa, alguns instrumentos que devem constar da AIR eram praticamente inexistentes.

As leis citadas no início foram publicadas justamente para reverter esse quadro, reforçando o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), que foi criado pelo Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007 com o objetivo de melhorar a regulação no âmbito federal. Aliás, em decorrência da atuação do PRO-REG, foi elaborado pela Casa Civil em 2017, com o objetivo de estimular a prática da AIR pelos órgãos da administração, o livro “Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de análise de impacto regulatório – AIR”. Deve-se ressaltar que o Guia Orientativo da Casa Civil também possui a ambição de, na medida do possível, padronizar os procedimentos de AIR, mas sem a característica normativa muitas vezes necessária, especialmente em países em desenvolvimento.

O presente artigo tem o propósito essencialmente descritivo/exploratório, privilegiando a pesquisa bibliográfica e, à partir de conceitos, como os de eficiência, eficácia, efetividade e transparência, que são considerados pela doutrina como parâmetros de avaliação do procedimento de Análise de Impacto Regulatório, procurando contextualizar o procedimento, dando especial atenção para a Avaliação de Resultado Regulatório, passo que integra a Análise de Impacto Regulatório. Após, examina se, e em que medida o guia intitulado “Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para a Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR”, produzido pela Casa Civil e o Decreto nº 10.411/2020 atendem às 04 (quatro) sugestões de institucionalização propostas por Eduardo Jordão e Luiz Filipe Cunha no artigo “Revisão do estoque regulatório: A tendência de foco na análise de impacto regulatório retrospectiva”.

⁴ Disponível em <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Brazil-regulatory-policy-ireg-2016.pdf>> Acessado em 31/05/2020

Para isso, o artigo é dividido em três partes. A primeira trata da AIR, especialmente com relação aos motivos que a impulsionam, descrevendo a importância da ARR dentro desse processo.

A segunda parte trata da ARR em si, descrevendo o conceito do procedimento e contextualizando sua importância.

A terceira e última parte apresenta os critérios propostos por Eduardo Jordão e Luiz Filipe Cunha (2020) para que se crie uma cultura regulatória de reavaliação e examina se o Guia Orientativo da Casa Civil e o Decreto nº 10.411/2020 trazem determinações que atendem as sugestões propostas por Eduardo Jordão e Luiz Filipe Cunha (2020) para a institucionalização da Regulação Retrospectiva.

2. AIR: Conceitos, Objetivos e Questões Relevantes

A Análise de Impacto Regulatório (AIR) é, em linhas gerais, uma abordagem sistêmica para avaliar criticamente os efeitos positivos e negativos dos regulamentos propostos e existentes e de alternativas não regulatórias, sendo um elemento importante de uma abordagem baseada em evidências para a formulação de políticas⁵. Trata-se de ferramenta de gestão regulatória que tem por objetivo auxiliar os órgãos reguladores na busca da melhor regulação. Ainda, segundo Baldwin, Cave e Lodge (2012), a ideia central da AIR é a de que se deve dar a devida atenção aos custos e benefícios envolvidos quando se avaliar propostas, regimes outras regras de políticas regulatórias.

A AIR se torna um procedimento de grande importância na medida em que visa abastecer o regulador com dados empíricos que ajudem no processo de tomada de decisão, que teria que ser tomada independentemente da existência de procedimento de AIR ou não. Portanto, o procedimento se torna um acréscimo ao processo de tomada de decisão, que busca a melhor regulação possível para atender não só aos interesses públicos, mas aos interesses de todos os *stakeholders*.

A implantação da AIR pode adotar diversas metodologias, variando de país para país, dependendo das condições locais. Isso advém dos motivos buscados quando da adoção do procedimento. Segundo Radaelli e Francesco (2010), a lógica por trás da adoção da AIR baseia-se no controle político da burocracia, na legitimidade e na busca por um aumento na racionalidade do processo de tomada de decisão.

⁵ Site da OCDE: <<https://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/ria.htm>>, Acesso em 22/06/2020

Não é o objetivo deste artigo analisar profundamente cada um dos motivos, mas é preciso conhecê-los, mesmo que rudimentarmente para se entender o processo de implantação de AIR no Brasil, examinando se o procedimento atende aos quesitos de segurança jurídica e efetividade.

No que concerne ao controle da burocracia e da legitimidade, a principal dimensão política da AIR resulta da relação existente entre o agente político e o regulador, visto que dessa relação surge a transferência de competência, que pode acontecer de forma deliberada ou em decorrência do fato de que os agentes políticos nem sempre possuem o conhecimento técnico necessário para a tomada de decisões regulatórias complexas. Entretanto, apesar da transferência de competência, os agentes políticos, para não perder o controle total do processo, procuram criar instrumentos que permitam sua fiscalização. Ocorre que quando se institui formalmente o procedimento da AIR, permite-se que essa fiscalização seja mais efetiva por parte do agente político, uma vez que existirá um procedimento formal com regras de transparência dentro do processo de tomada de decisão do regulador (RADAELLI; FRANCESCO, 2010).

Insta salientar que essa melhor fiscalização do processo de tomada de decisão concede ao procedimento segurança jurídica, conseqüentemente fortalecendo a confiança dos *stakeholders*. Tal segurança surge do fato de que no processo de tomada de decisão o regulador fica obrigado a observar os custos e benefícios ou mesmo a efetividade das alternativas possíveis, torna-se possível que os demais atores possam conhecer as razões da regulação, possibilitando a melhor fiscalização. Isso ocorre porque, com tal transparência, o regulador fica obrigado a elencar as razões que o levaram a concluir que aquela escolha era mais eficiente ou a apresentar uma justificativa convincente para uma eventual escolha menos eficiente (VALENTE, 2010).

Por outro lado, deve-se tomar cuidado porque mal implantado o processo pode se tornar um instrumento de controle da tomada de decisão por parte dos agentes políticos. Portanto, nunca é demais repetir, encontra-se numa situação onde as regras do procedimento devem ser claras e homogêneas, permitindo também a fiscalização de atores externos da administração, como por exemplo a sociedade civil e os grupos de interesse (SALINAS; CERQUEIRA, 2020).

Da mesma forma, a possibilidade de fiscalização pelo agente político é essencial para que a sociedade também possa fiscalizar a conduta deste agente com relação ao processo de regulação, visto que ele foi eleito para representar a vontade dessa parcela da sociedade que

passa a ter um instrumento mais efetivo de fiscalização com a implantação da AIR (VALENTE, op. cit.).

Em decorrência da formalidade do processo de AIR, acima citada, que obriga que a decisão seja justificada e conseqüentemente transparente, surge a função legitimadora do procedimento, na medida em que obriga o regulador a documentar e formalizar um procedimento de AIR, bem como submete este processo a uma ampla fiscalização. Além disso, o procedimento pode ser uma resposta ao que alguns autores chamam de déficit democrático, que supostamente ocorre devido a transferência de competência (SALINAS; CERQUEIRA, op. cit.; VALENTE, op. cit.), já que permite a participação direta da sociedade organizada e dos grupos de interesse, através das audiências e consultas públicas, constituindo verdadeiro elemento de “democracia direta”.

Ainda com relação a burocracia, vale a pena ressaltar, uma citação de Alketa Peci, que resume bem uma das dificuldades da implantação da AIR no Brasil. Diz a autora:

[...] As agências olham de maneira positiva a AIR enquanto instrumento de melhoria regulatória, mas resistem aos modelos organizacionais necessários para sua implementação, tais como a criação de um órgão de supervisão da qualidade regulatória. (PECI, 2011, p. 345)

Da constatação da autora observa-se que a metodologia a ser adotada é um dos pontos de tensão para a implementação da AIR, fato que está diretamente ligado às questões objeto do presente artigo, a saber, a efetividade e a segurança jurídica.

Quanto a busca por uma maior racionalidade no processo decisório, temos, segundo Natasha Salinas e Layla Cerqueira (2020), a AIR adota o modelo racional que consiste em que a escolha da solução seja sempre a mais adequada para a realização dos objetivos. Além disso, dentre as possibilidades existentes no processo, deve ser escolhida aquela que maximiza os objetivos, em outras palavras, que torna o procedimento mais efetivo. E ainda, para que se consiga a escolha mais racional, torna-se essencial que o regulador possua todas as informações necessárias.

Como já estabelecido, o processo de AIR se constitui numa tentativa de trazer o máximo de dados empíricos necessários para que o regulador tome a decisão. Portanto, torna-se crucial a escolha da melhor metodologia para a implantação do procedimento.

A literatura não possui consenso sobre uma única metodologia a ser adotada, entretanto foram identificados alguns passos mínimos necessários a uma boa AIR. Luzius Mader (*apud* SALINAS; CERQUEIRA, op. cit., p. 221-222) elenca tais passos:

- (i) identificação e definição de um problema cuja solução é atribuída à ação normativa;
- (ii) determinação dos objetivos da norma regulatória;
- (iii) definição dos meios potencialmente aptos a gerar os efeitos pretendidos pela norma e das alternativas diversas para a solução do problema;
- (iv) *análise de impacto*, consistente na averiguação da capacidade de os possíveis efeitos a serem produzidos pela legislação serem aptos a realizar os fins declarados ou implícitos da legislação.
- (v) escolha do meio ou solução legislativa que será submetida à votação;
- (vi) implementação da norma;
- (vii) *avaliação retrospectiva ou ex post*, consistente no exame dos reais efeitos produzidos pela norma e na sua comparação com os objetivos por ela declarados ou implícitos;
- (viii) adaptação, se necessária, da norma com base na *avaliação retrospectiva*.

Tratam-se de passos de caráter geral, devendo ser observados contendo suas próprias regras para que a regulação oriunda da AIR seja racional e efetiva, atingindo o resultado que se espera para todos os envolvidos.

Importante ressaltar que, conforme nos informa Natasha Salinas e Layla Cerqueira (2020), para que seja considerada racional, não basta que a norma jurídica esteja conforme os princípios e regras do ordenamento jurídico, ela precisa atingir os propósitos para os quais foi elaborada, em outras palavras, deve ser efetiva.

Conforme o conceito de AIR apresentado, infere-se que o objetivo final do procedimento é obter uma melhor regulação e, para se determinar o que venha ser a chamada melhor regulação, dentre os critérios a serem observados temos que a ação a ser tomada ou regime a ser adotado deve ser eficiente, para conduzir à regulação mais eficaz, no sentido de se implantar estratégias que atinjam o maior benefício pelo menor custo (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012; RAMOS, 2009).

Como um dos objetivos do presente artigo é o de se demonstrar a importância da AIR para uma maior eficiência regulatória, daremos atenção a questão envolvendo diretamente a AIR e a eficiência, com enfoque no direito pátrio⁶.

O Princípio da Eficiência se materializou na Constituição Federal com a Emenda constitucional nº 19/98, o que não quer dizer que já não vinha sendo adotado como princípio geral da administração pública. Entretanto, a partir da Emenda Constitucional, o Princípio da Eficiência se tornou mandatório e passou a ser analisado pela doutrina de forma mais efetiva.

⁶ Patrícia Rodrigues Pessoa VALENTE, em sua dissertação de mestrado intitulada *Avaliação de Impacto Regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado*, corroborando esse entendimento, escreve: “Dessa forma, a potencialidade de tornar o Estado regulador mais eficiente é o motivo mais aparente que decorre da adoção da AIR. Pois, acredita-se que a partir dela o agente regulador estará mais capacitado para tomar decisões eficientes, ou seja, acabará optando por medidas regulatórias cujos benefícios, se não superem, pelo menos justifiquem os custos a serem incorridos pelo próprio Estado, pelo mercado diretamente afetado e pela sociedade em geral.”

Segundo Paulo Modesto (2000) em considerações adotadas e também citadas no trabalho desenvolvido por Patrícia Valente (2010), infere-se que o conceito de eficiência, para a grande maioria da doutrina pátria, abarca duas dimensões: a primeira, ligada ao princípio da economicidade, caracteriza-se pela racionalidade e potencialização dos meios, sendo essa dimensão chamada de eficiência do meio; a segunda dimensão é afeita a qualidade com que age a administração, ou seja, com que eficácia se obter resultados que são decorrentes da ação própria da administração, trata-se da dimensão conhecida como eficiência como resultado.

A proximidade da eficiência com a eficácia decorre justamente do entendimento dessas duas dimensões do conceito, vez que, em decorrência dele, ser mais eficiente resulta em ser mais eficaz, na medida em que, ao se atender as duas dimensões de forma cumulativa, o ato ou ação adotados muito provavelmente atingirão os resultados almejados.

Como decorre do próprio conceito de AIR, trata-se de procedimento que busca quantificar as variáveis envolvidas no processo de regulação, para se determinar se o custo envolvido é inferior ou justifica os benefícios que serão auferidos pelo procedimento, ou seja, entendimento mais do que compatível com o conceito de Princípio da Eficiência apresentado, conclusão essa corroborada pelo estudo de Patrícia Valente (2010, p. 113), que estabeleceu que “não há que se questionar quanto às semelhanças entre o princípio constitucional assim definido pelo constituinte derivado e preenchido pela doutrina publicista nacional e o conceito de eficiência utilizado por essa ferramenta”.

Entretanto, para os fins deste trabalho, não podemos examinar a AIR apenas sob o prisma da eficiência, sendo necessário que esse conceito esteja associado a eficácia para que produza os efeitos desejados. A eficácia se apresenta sob dois aspectos, o da eficácia jurídica e o da eficácia social (ZAVASCKI, 1993).

A eficácia jurídica se caracteriza pela capacidade da norma de produzir efeitos jurídicos no que diz respeito a aplicabilidade da norma no mundo jurídico. Por outro lado, a eficácia social, que se confunde com a efetividade da norma, pois se caracteriza pela capacidade da norma de produzir efeitos na sociedade em si (ZAVASCKI, op. cit.). Em síntese, conforme leciona Teori Zavascki, temos que “enquanto a eficácia jurídica da norma representa, pela sua incidência, a jurisdicação de certo fato ou estado de fato, a eficácia social representa a concretização da vocação prospectiva e transformadora da norma do direito” (ZAVASCKI, op. cit., p. 248).

É importante ressaltar que, de acordo com Luzius Mader (2001), a eficiência, a eficácia e a efetividade são os critérios mais frequentemente mencionados quando se fala em avaliação

dos efeitos de uma determinada norma. Portanto, tais conceitos são de crucial importância para a efetivação de qualquer procedimento de Avaliação de Resultado Regulatório a ser implantado.

Com os conceitos estabelecidos, temos que para a AIR atingir seus objetivos sua regulamentação deve ser clara e suficiente, bem como o mais homogênea possível para que seja eficiente, eficaz e efetiva, na medida em que, na palavras de Fernando Leal (2019, p.316), “[...] quanto mais claro e apurado for o método para a otimização desses propósitos, maior o seu potencial para realizar as suas promessas de amarrar, ao menos procedimentalmente, as incertezas do futuro a guias disponíveis e confiáveis prontos para serem operacionalizáveis em qualquer momento”.

3. A Avaliação de Resultado Regulatório

Conforme já exposto, o procedimento de AIR se propõe a abastecer o regulador com dados empíricos que ele normalmente não teria, objetivando um melhor processo de tomada de decisão, primeiro quanto a necessidade ou não de regulação, em segundo, se caso positivo, ou seja, se a regulação é necessária, qual seria a melhor produção normativa, tornando todo o procedimento, em regra geral, mais eficiente. Para isso, o procedimento possui diversos passos metodológicos para sua realização, com uma fase *ex ante*, realizada antes da decisão pela regulação ou não, ou mesmo da produção normativa necessária e uma fase *ex post*, que ocorre após a norma ser implementada, onde se avalia se houve a eficiência, a eficácia e a efetividade buscadas pelo regulador. Esse procedimento *ex post*, no Brasil, recebeu o nome de Avaliação do Resultado Regulatório (ARR).

A ARR pode ser realizada de forma independente, com procedimento próprio desvinculado da AIR *ex ante*, ou seja, se um procedimento por si só, sem pertencer ao procedimento de AIR como um todo, conforme os passos metodológicos (MADER, 2001; SALINAS; CERQUEIRA, op. cit.) propostos pela doutrina. Gary Coglianese (2017) chega a defender a criação de uma entidade, nova e independente, responsável exclusivamente pela revisão regulatória. E mais, na ausência de tal entidade, o autor entende que a ARR deve ter, praticamente, condição de Política Pública.

Numa linha mais comedida, Eduardo Jordão e Luiz Filipe Cunha (2020) entendem que deve haver uma valorização da ARR (que os autores chamam de AIR retrospectiva) adicional ou complementar à AIR prospectiva. Isso devido a, segundo os autores, duas

circunstâncias, sendo que uma envolve os dados disponíveis e a outro relativa a própria natureza da avaliação.

Quanto a questão envolvendo os dados disponíveis, os autores argumentam que na AIR prospectiva envolve uma série de projeções e especulações, sendo que, não importa o rigor usado, as estimativas feitas muito provavelmente não estão próximas da exatidão, especialmente em um mundo complexo, em constante mudança. Por outro lado, a AIR retrospectiva conta com dados e efeitos já existentes, sem fazer uso de especulações, além de não precisar utilizar dados fornecidos pela indústria regulada, variável que, de certa forma, dificulta a AIR prospectiva, na medida em que o regulador fica sujeito a qualidade dos dados fornecidos, o que não ocorre com a AIR retrospectiva.

De fato, a ARR é um importante passo da AIR, que tem o condão de permitir que o regulador acesse regras e dados que já existem, permitindo que os regramentos a serem implantados após isso tenham fundamentação em situação já existente, enquanto que, se a AIR for efetivada apenas com características *ex ante*, ela ficará privada de um mecanismo poderoso na busca da tão almejada efetividade normativa regulatória.

Nessa linha de entendimento, Michael Greenstone (2009) defende que o regulador deve admitir que geralmente é impossível avaliar precisamente a produção da norma de forma prospectiva e propõe a que um plano de experimentação e avaliação regulatória seja introduzido.

Quanto a própria natureza da avaliação, trata-se da circunstância diretamente ligado ao estoque regulatório e que justifica uma institucionalização da AIR retrospectiva. Ainda adotando o entendimento de Eduardo Jordão e Luiz Filipe Cunha (2020), temos que a AIR retrospectiva tem o condão de identificar, de forma concreta, o estoque regulatório de um país, o que a torna um procedimento de suma importância, até porque ao proceder essa identificação, a AIR *ex post* torna possível que se elimine as normas que não atendam seus objetivo, bem como as duplicadas, redundantes e defasadas. Além disso, sobre essa natureza da AIR retrospectiva, os autores informam que “[...] Enquanto a AIR prospectiva é normalmente focada *naquela medida específica de que se cogita*, a AIR retrospectiva tem um viés mais amplo e genérico, de arrumação de uma realidade regulatória. [...]” (JORDÃO; CUNHA, 2020., p. 232).

O exposto demonstra a importância da ARR⁷ para o procedimento de AIR e para a busca de seus objetivos, especialmente no que se refere a melhoria da regulação como um todo

⁷ Utilizamos a expressão AIR retrospectiva em alguns momentos para melhor expressar as ideias dos autores que a utilizam, como Eduardo Jordão e Luiz Filipe Cunha.

e, para isso, é preciso que exista uma verdadeira cultura de reavaliação, inclusive com a institucionalização do processo de revisão. Além disso, como demonstrado por Eduardo Jordão e Luiz Filipe Cunha (2020), vem se formando uma tendência em algumas jurisdições estrangeiras de se deslocar o foco da análise de impacto regulatório prospectiva para a retrospectiva⁸.

4. Institucionalização da ARR: um exame preliminar sobre as regras gerais previstas

Com a importância da ARR demonstrada, resta examinar sua implantação da AIR no Brasil especificamente, uma vez que o procedimento não vem sendo utilizado de maneira periódica, fato este que se tenta mudar com a edição dos mais novos regramentos, bem como pela ação da Casa Civil, o que não poderia ser diferente, haja vista que não se pode deixar a implantação de procedimentos como a ARR sob a responsabilidade das agências regulatórias e demais órgãos da administração, o que seria fragmentar a implantação, quando o que se objetiva é justamente o contrário, padronizar e racionalizar o procedimento, institucionalizando-o e permitindo que todos os envolvidos tenham previsibilidade sobre o que irá acontecer, trazendo maior efetividade e segurança jurídica.

Ao examinarmos o regramento existente sobre a AIR no Brasil, identificamos como principais regramentos de caráter geral padronizado, o Guia Orientativo da Casa Civil e recentemente editado Decreto nº 10.411 de 30 de junho de 2020. Tais regramentos serão agora examinados para que possamos determinar se e em que medida eles atendem às 04 (quatro) sugestões de institucionalização propostas por Eduardo Jordão e Luiz Filipe Cunha no artigo “Revisão do estoque regulatório: A tendência de foco na análise de impacto regulatório retrospectiva.”

O trabalho de Eduardo Jordão e Luiz Filipe Cunha foi escolhido, primeiro devido ao seu pioneirismo, uma vez que existem poucos trabalhos dedicados, exclusivamente ou não, a ARR em nossa doutrina. Além disso, não se trata apenas de trabalho pioneiro, objetivando a institucionalização da ARR, mas sim de um exame elaborado com base em direito comparado, onde os autores analisaram a experiência estrangeira para construir suas sugestões, que ao nosso ver são relevantes e devem ser observadas, haja vista abrangência do tema e precisão de elaboração.

⁸ Para melhor conhecimento das experiências estrangeiras, recomendo a leitura do Capítulo 3 do artigo JORDÃO, Eduardo e CUNHA, Luiz Filipe, op. Cit.

Tais sugestões, conforme resumo feito pelos próprios autores (JORDÃO; CUNHA, 2019, p. 17-18), são as seguintes: (i) No mesmo momento em que sejam realizadas AIR prospectivas, sejam também elaborados planos para avaliações *ex post* contendo métricas e variáveis para serem acompanhadas durante o período de vigência da regulação, bem como previsão do período de tempo adequado para reavaliar a norma; (ii) Elaboração de um guia específico para a orientação de gestores públicos sobre a realização da AIR retrospectiva; (iii) Previsão legal de avaliações periódicas de impacto e eficácia das regulações, a fim de se garantir que os esforços de revisão sejam constantes e tornem-se parte da cultura institucional das agências, na forma proposta pelo projeto de “Lei Nacional da Liberdade Econômica” da Sociedade Brasileira de Direito Público; e (iv) Instituição de cronogramas de avaliação de regulações passadas em planos anuais das agências, em especial naqueles previstos nos arts. 17 a 21 da nova Lei nº 13.848/2019.

Inicialmente, no que se refere ao Guia Orientativo da Casa Civil, a análise deve se limitar ao próprio comentário dos autores das sugestões, que analisaram o Guia Orientativo em seu artigo:

Se por um lado o Guia Orientativo da Casa Civil foca sua explanação nos processos de efetivação da AIR *ex ante*, ele também recomenda a execução de “Avaliações de Resultado Regulatório – ARR” quando a regulação for dotada de maior complexidade, além de sugerir que se façam revisões periódicas do estoque regulatório. Nesse sentido, o Guia ressalta a importância da ARR, mas não traz procedimentos e medidas concretos a orientarem as Agências na sua realização. De fato, até o presente momento, quase toda a experiência brasileira vem sendo focada em incentivar e homogeneizar a realização da AIR prospectiva.

Quanto ao Decreto nº 10.411/2020, inicialmente transcrevemos aqui onde o mesmo trata da ARR:

Art. 4º A AIR poderá ser dispensada, desde que haja decisão fundamentada do órgão ou da entidade competente, nas hipóteses de:

...

§ 2º Na hipótese de dispensa de AIR em razão de urgência, a nota técnica ou o documento equivalente de que trata o § 1º deverá, obrigatoriamente, identificar o problema regulatório que se pretende solucionar e os objetivos que se pretende alcançar, de modo a subsidiar a elaboração da ARR, observado o disposto no art. 12.

...

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

Art. 13. Os órgãos e as entidades implementarão estratégias para integrar a ARR à atividade de elaboração normativa com vistas a, de forma isolada ou

em conjunto, proceder à verificação dos efeitos obtidos pelos atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados.

§ 1º A ARR poderá ter caráter temático e ser realizada apenas quanto a partes específicas de um ou mais atos normativos.

§ 2º Os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, com competência para edição de atos normativos sujeitos à elaboração de AIR nos termos de que trata este Decreto, instituirão agenda de ARR e nela incluirão, no mínimo, um ato normativo de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados de seu estoque regulatório.

§ 3º A escolha dos atos normativos que integrarão a agenda de ARR a que se refere o § 2º observará, preferencialmente, um ou mais dos seguintes critérios:

I - ampla repercussão na economia ou no País;

II - existência de problemas decorrentes da aplicação do referido ato normativo;

III - impacto significativo em organizações ou grupos específicos;

IV - tratamento de matéria relevante para a agenda estratégica do órgão; ou

V - vigência há, no mínimo, cinco anos.

§ 4º Os órgãos e as entidades divulgarão, no primeiro ano de cada mandato presidencial, em seu sítio eletrônico, a agenda de ARR, que deverá ser concluída até o último ano daquele mandato e conter a relação de atos normativos submetidos à ARR, a justificativa para sua escolha e o seu cronograma para elaboração da ARR.

§ 5º Concluído o procedimento de que trata este artigo, as ARR elaboradas serão divulgadas no sítio eletrônico do órgão ou da entidade, ressalvadas as informações com restrição de acesso nos termos do disposto na Lei nº 12.527, de 2011.

Art. 14. Na hipótese de o órgão ou a entidade competente optar pela edição ou pela alteração de ato normativo como a alternativa mais adequada disponível ao enfrentamento do problema regulatório identificado, será registrado no relatório de AIR ou, na hipótese de que trata o § 1º do art. 4º, na nota técnica ou no documento equivalente, o prazo máximo para a sua verificação quanto à necessidade de atualização do estoque regulatório.

....

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

Passamos as nossas considerações:

No mesmo momento em que sejam realizadas AIR prospectivas, sejam também elaborados planos para avaliações ex post contendo métricas e variáveis para serem acompanhadas durante o período de vigência da regulação, bem como previsão do período de tempo adequado para reavaliar a norma

Neste aspecto não foram implementadas mudanças significativas no Decreto nº 10.411/2020, existindo apenas a obrigatoriedade de criação de estratégias para inserir a ARR no processo de implementação de normas, ficando as questões que envolvem o procedimento em si por conta do Guia Orientativo da Casa Civil que, como vimos, não satisfaz essa sugestão.

A mudança não é significativa porque não foram criados parâmetros para a elaboração de um plano, conforme preconiza a sugestão, contendo métricas e variáveis a serem acompanhadas. Essa implantação com o formato sugerido, de acordo com os autores, pode fornecer uma unidade metodológica e um melhor monitoramento das variáveis relevantes.

Apesar do Decreto nº 10.411/2020 não haver criado um plano nos moldes preconizados, nos parece que a previsão de obrigatoriedade de criação de estratégias para a implementação da ARR nos procedimentos de formulação normativa é uma vitória na medida em que tem potencial para, pelo menos, iniciar um processo de cultura de revisão de estoque regulatório.

Elaboração de um guia específico para a orientação de gestores públicos sobre a realização da AIR retrospectiva

O presente exame diz respeito ao Decreto nº 10.411/2020 e ao Guia Orientativo da Casa Civil e, como analisado na sugestão anterior, não foi criado o plano proposto. Por outro lado, também não houve qualquer alteração no Guia Orientativo, acrescentando orientações com relação a ARR.

É de ressaltar que o Guia Orientativo dá bastante atenção a AIR *ex ante*, mas, conforme já visto, não apresenta o detalhamento necessário com relação a ARR e, para que seja criada no Brasil uma cultura de avaliação *ex post*, o Guia Orientativo ainda precisa, ele mesmo, ser objeto de revisão quanto a questão.

Previsão legal de avaliações periódicas de impacto e eficácia das regulações, a fim de se garantir que os esforços de revisão sejam constantes e tornem-se parte da cultura institucional das agências, na forma proposta pelo projeto de “Lei Nacional da Liberdade Econômica” da Sociedade Brasileira de Direito Público

No que se refere a esta sugestão, nos parece que houve uma evolução salutar com a edição do Decreto nº 10.411/2020. Previsões como a obrigação dos órgãos e entidades de

divulgarem, no primeiro ano de mandato presidencial, uma agenda de ARR a ser cumprida até o último ano do mandato, vão de encontro a sugestão porque obrigam esses órgãos e entidades a procederem a uma revisão constante.

Ainda, o Decreto nº 10.411/2020 também contém várias previsões de revisão da norma editada dentro de um determinado prazo ou estabelece que o regulador deverá declarar em que prazo deverá rever a norma, o que consiste em um avanço na satisfação da sugestão em comento, nos colocando no caminho certo para uma institucionalização da ARR.

Quanto a questão envolvendo a Lei de Liberdade Econômica, ressaltamos que os dispositivos citados⁹ pelos autores em seu artigo (JORDÃO; CUNHA, op. cit., p. 251-252) não constaram da lei sancionada e, portanto, não nos compete examiná-los, mas podemos dizer que o disposto no Decreto nº 10.411/2020, no mínimo, ameniza sua ausência.

Instituição de cronogramas de avaliação de regulações passadas em planos anuais das agências, em especial naqueles previstos nos arts. 17 a 21 da nova Lei nº 13.848/2019.

A presente sugestão não se aplica diretamente ao Decreto nº 10.411/2020, uma vez que afeita às Agências Reguladoras e a elaboração de seus planos estratégicos, planos de gestão anual e das agendas regulatórias. Entretanto, conforme os comentários à sugestão anterior, passa a existir uma obrigatoriedade de que essas Agências Reguladoras incluam em sua programação como um todo uma estratégia de implementação da ARR.

Assim, entendemos que, apesar de o Decreto nº 10.411/2020 não trazer nenhuma disposição específica sobre a questão, ele o faz de forma indireta e somente o tempo irá determinar qual o real impacto dessas previsões nas futuras programações das Agências Reguladoras.

* * *

Tais considerações trazem um exame preliminar do Decreto nº 10.411/2020 à luz das sugestões feitas por Eduardo Jordão e Luiz Filipe Cunha (2020) para uma institucionalização da ARR no Brasil. Entretanto, além desse exame, o Decreto nº 10.411/2020 contém outras vitórias, como por exemplo, a disposição que determina ser obrigatória a ARR, no prazo de três anos, quando houver dispensa de AIR por urgência.

Por outro lado, também existem problemas que fazem com que o Decreto nº 10.411/2020 perca efetividade. José Vicente Santos de Mendonça (2020), identificou dois

⁹ Art. 9º, incisos V e VI

pontos bastante problemáticos no decreto de regulamentação da AIR: (i) existe previsão excessiva de casos de dispensa; (ii) a própria norma se afirma irrelevante.

A dispensa da AIR não encontra muito sentido quando o objetivo a ser alcançado é a efetividade e a segurança jurídica. Se o número de casos que autoriza tal dispensa for elevado, o processo de tomada de decisão para a implantação de regramentos ficará prejudicado e, como o procedimento de AIR busca, em seu objetivo final, maior efetividade da norma a ser produzida, bem como uma maior segurança jurídica por ser configurar procedimento formal e transparente, a norma produzida não está revestida das garantias que os parâmetros citados lhe confeririam. Além disso, a ausência de uma AIR *ex ante* bem feita prejudica a realização da ARR obrigatória exigida pelo decreto.

Agravando mais ainda o risco de ausência de procedimento de AIR, o Decreto nº 10.411/2020 possui previsão legal que torna o próprio decreto irrelevante¹⁰, ao abrir a possibilidade de o mesmo não ser observado por se constituir apenas num guia ou orientação, nos mesmos moldes do Guia Orientativo emitido pela Casa Civil, ou seja, basta uma boa justificativa técnico-jurídica para que simplesmente não se faça a AIR.

5. Conclusão

As falhas identificadas nos regramentos gerais sobre AIR no Brasil, notadamente o Guia Orientativo da Casa Civil e o Decreto nº 10.411/2020, trazem sérios problemas de efetividade, haja vista que as lacunas podem fazer com que os processos de AIR (e consequentemente os de ARR) fiquem aquém do que se espera; e de segurança jurídica, especialmente porque regramento vago e fragmentado não produz confiança às partes envolvidas.

Como visto no presente artigo, conforme os passos metodológicos propostos pela doutrina, dentro do procedimento de AIR deverá ser previsto um procedimento *ex post*, para se avaliar a produção normativa feita após a AIR *ex ante*. Esse procedimento posterior, chamado no Brasil de Avaliação de Resultado Regulatório (ARR) ou AIR retrospectiva, deve observar critérios de eficiência, eficácia e efetividade, adotados pela doutrina como alguns dos indicadores (mas não os únicos) que informam se uma norma atingiu seu objetivo ou não. Nesse

¹⁰ Decreto nº 10.411/2020

Art. 21. A inobservância ao disposto neste Decreto não constitui escusa válida para o descumprimento da norma editada e nem acarreta a invalidade da norma editada.

sentido, para a construção de uma boa ARR, faz-se necessário que também se efetue uma boa AIR.

Além disso, a construção de uma cultura de revisão do estoque regulatório é essencial para se manter a produção normativa dentro dos critérios de eficiência, eficácia e efetividade, especialmente por evitar, ou ao menos reduzir de forma considerável as normas que não atendam seus objetivos, as duplicadas, as redundantes e as defasadas.

Consubstanciados, acreditamos, nessas ideias, Eduardo Jordão e Luiz Filipe Cunha escreveram o artigo “Revisão do estoque regulatório: A tendência de foco na análise de impacto regulatório retrospectiva”, onde analisam a experiência estrangeira na implantação de procedimentos *ex post* sólidos, para trazer para a doutrina nacional a ideia de se aumentar o foco na análise *ex post*, como procedimento complementar e essência da análise *ex ante*, demonstrando a importância de se adotar essa cultura de se efetuar uma avaliação retrospectiva periódica do estoque regulatório.

Foi objetivo desse trabalho descrever os conceitos necessários para o entendimento da importância do procedimento de ARR, bem como se tornou essencial que o mesmo seja implantado no Brasil com vistas a ser institucionalizado, permitindo que o estoque regulatório pátrio se mantenha atual e efetivo ao longo do tempo.

Nesse sentido, neste artigo se procurou examinar se e em que medida o guia intitulado “Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para a Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR”, produzido pela Casa Civil e o Decreto nº 10.411/2020 atendem às 04 (quatro) sugestões de institucionalização propostas por Eduardo Jordão e Luiz Filipe Cunha no artigo “Revisão do estoque regulatório: A tendência de foco na análise de impacto regulatório retrospectiva”, haja vista que tais sugestões, em nossa opinião, possuem a abrangência e precisão necessárias para se determinar o que é necessário para se institucionalizar o procedimento de ARR.

Uma vez examinados o Guia Orientativo da Casa Civil e o Decreto nº 10.411/2020, pode-se concluir que as regras são insuficientes de formas diferentes. No caso do guia, vemos que a ARR está prevista, mas falta uma sistematização efetiva do procedimento. No que tange ao decreto, como se viu, há apenas um atendimento parcial das sugestões.

Vale dizer que não identificamos nas regras gerais, nada que fosse contrário às sugestões feitas pelos autores. Portanto, pode-se dizer que, apesar de não atendidas todas as disposições, o regramento previsto deu um primeiro passo importante no sentido de institucionalizar a ARR, bem como de criar a tão necessária cultura de revisão do estoque regulatório, sendo que, com a continuidade dos estudos sobre o tema, espera-se que esse

regramento seja complementado, mesmo que gradativamente, melhorando a produção regulatória no Brasil.

6. Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Princípio da Eficiência**. Revista de Direito Administrativo, vol. 237, pp. 1-6, jul/set 2004.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin e LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**. 2ª Ed. Oxford University Press. 2012.

BRASIL, Casa Civil, **Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório - AIR**, jun/2018

CHICÓSKI, David. **O Princípio da Eficiência e o Procedimento Administrativo**. Revista de Direito Administrativo, vol. 237, pp. 93-118, jul/set 2004.

COGLIANESE, Cary. **Moving forward with regulatory lookback**. Revista de Direito Administrativo, v. 276, p. 13-23, set/dez 2017.

GREENSTONE, Michael. **Toward a Culture of Persistent Regulatory Experimentation and Evaluation**. In: MOSS, David e CISTERINO, John. **New Perspectives on Regulation**. The Torbin Project, cap. 05, 2009

JORDÃO, Eduardo e CUNHA, Luiz Filipe. **Da AIR Prospectiva para a AIR Retrospectiva**. In: LEAL, Fernando e MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Transformações do Direito Administrativo: Liberdades Econômicas e Regulação**. FGV Direito Rio, pp. 10-21, 2019.

JORDÃO, Eduardo e CUNHA, Luiz Filipe. **Revisão do estoque regulatório: A tendência de foco na análise de impacto regulatório retrospectiva**. Revista Interesse Público, ano 22, n. 123, p. 227-255, set./out. 2020.

LEAL, Fernando. **Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais?** Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 9, n. 3, pp. 313-348, dez/2019.

MADER, Luzius. **Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation**. Statute Law Review, vol. 22, n. 2, pp. 119-131, 2001.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **A regulamentação da Análise de Impacto Regulatório na Administração Federal - JOTA Info**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reg/a-regulamentacao-da-analise-de-impacto-regulatorio-na-administracao-federal-01072020>>.

MODESTO, Paulo. **Notas para um debate sobre o princípio da eficiência**. Revista do Serviço Público, Ano 51, n. 2, pp. 105-120, abr/jun 2000.

OCDE, **Indicators of Regulatory Policy and Governance: Latin America 2016 – Brazil**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Brazil-regulatory-policy-ireg-2016.pdf>>

OCDE, **OECD Reviews of Regulatory Reform: Brazil, Strengthening Governance for Growth**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/brazil/oecdreviewsofregulatoryreform-brazilstrengtheninggovernanceforgrowth.htm>>

OCDE, **Regulatory Impact Assessment: OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy**. Disponível em: <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/7a9638cb-en.pdf?expires=1596552797&id=id&accname=guest&checksum=CB68EA69A83BE8C8356D0F396755964B>>

PECI, Alketa. **Avaliação do impacto regulatório e sua difusão no contexto brasileiro**. Revista de Administração de Empresas, v. 51, n. 4, p. 336–348, 2011.

RADAELLI, Claudio M. **The Diffusion of regulatory impact analysis – best practice or lesson drawing?** European Journal of Political Research, vol. 43, p. 723-747, 2004.

RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. **Regulatory Impact Assessment**. In: BALDWIN, Robert et. al. (eds). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, chapter 15.

RAMOS, Marcelo. **A Visão dos Órgãos Centrais**. In: **Desafios da Regulação no Brasil**. ENAP. 2009

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. **A AIR é Instrumento Adequado para Promover a Liberdade Econômica?** In: LEAL, Fernando e MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Transformações do Direito Administrativo: Liberdades Econômicas e Regulação**. FGV Direito Rio, pp. 51-62, 2019.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia e CERQUEIRA, Layla Salles. **Análise de impacto regulatório na lei geral das agências e na lei de liberdade econômica: fundamentos e tensões**. Revista Interesse Público, ano 22, n. 124, p. 217-231, nov./dez. 2020.

SCHEEFFER, Fernando. **Teoria da Escolha Racional: A Evidenciação do *Homo Economicus*?** Revista Em Tese, v. 10, n.1, pp.28-43, jan/jun 2013

SUNSTEIN, Cass R. **The Regulatory Lookback**. Boston University Law Review, v. 94, p. 579–602, 2014.

VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. **Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2010

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia social da prestação jurisdicional**. R. Fac. Direito UFRGS, Porto Alegre, 1993.