

Pedro Pamplona Cotia

**A recente proposta de  
institucionalização do uso  
da AIR pelas agências  
reguladoras federais, e  
algumas lições dos modelos  
americano e europeu**

**20**

## A recente proposta de institucionalização do uso da AIR pelas agências reguladoras federais, e algumas lições dos modelos americano e europeu

*Pedro Pamplona Cotia<sup>1</sup>*

### Resumo

Pretende-se investigar, neste trabalho, a recente proposta de institucionalização do uso – pelas agências reguladoras federais – da análise de impacto regulatório, consubstanciada nas Diretrizes Gerais para Análise de Impacto Regulatório e no Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório, recentemente consolidados, após consulta pública, pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais, que integra a estrutura da Casa Civil/Presidência da República. A análise terá como parâmetro algumas das regras dirigidas, no ponto, a determinadas agências federais norte-americanas, bem como à Comissão Europeia, na elaboração de propostas legislativas a serem encaminhadas ao Parlamento e ao Conselho europeus. Objetiva-se, com isso, sob determinados parâmetros, situar o modelo que se pretende institucionalizar no Brasil em relação às práticas adotadas por quem conta com experiência na utilização e no aprimoramento da AIR no cenário internacional. A pretensão, porém, é modesta: sem poder ignorar a literatura que trata de transplantes e cultura jurídica, espera-se apenas apresentar um ponto de partida para se pensar, à luz do contexto brasileiro, o uso da análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras.

**Palavras-chave:** Direito da regulação. Governança regulatória. Instituições. Agências reguladoras. Análise de impacto regulatório.

### Abstract

The purpose of this study is to investigate the recent proposal for institutionalizing the use of regulatory impact analysis by the

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito da Regulação na Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Pós-Graduado em Direito Público e Direito Privado pela UNESA. Graduado em Direito pela PUC-Rio. Assessor Jurídico da Secretaria de Educação do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. E-mail: pamplona.sb@gmail.com.

Brazilian federal independent regulatory agencies, embodied in the General Guidelines for the Regulatory Impact Analysis and the Guidelines for the Elaboration of Regulatory Impact Analysis, recently consolidated, after a public consultation, by the Sub-branch of Analysis and Monitoring of Government Policies – “SAG”, which integrates the structure of the Civil House/Presidency of the Republic. The analysis will have as a parameter some of the rules directed to certain US federal agencies, as well as to the European Commission, in drafting legislative proposals to be sent to the European Parliament and Council. The objective of this study is to situate the model that is intended to be institutionalized in Brazil in relation to the practices adopted by those who have experience in the use and improvement of RIA in the international scenario. The ambition here, however, is modest: without ignoring the literature dealing with transplants and legal culture, it is hoped to present a starting point to think, in the light of the Brazilian context, the use of regulatory impact analysis by regulatory agencies.

**Keywords:** Regulatory law. Regulatory governance. Institutions. Regulatory agencies. Regulatory impact analysis.

## 1. Introdução

Seja em razão dos limites mais estritamente jurídicos a que agências reguladoras estão submetidas em seus processos normativos, seja pelas consequências práticas das regras que resultam desses processos, fato é que a edição de normas por estas entidades têm sido objeto frequente de debate. No primeiro caso, as discussões costumam ter por lente temas clássicos, ao menos no Brasil, de direito público: princípio da legalidade, função regulamentar, separação de poderes, entre outros. Quanto às consequências práticas das normas editadas por agências reguladoras, pode-se destacar a – no Brasil ainda incipiente – análise de impacto regulatório, que, espera-se, tem o potencial de contribuir para a qualidade da regulação<sup>2</sup>.

---

2 Como diz José Vicente Mendonça, a AIR “é o que o bom senso de um economista médio recomendaria fazer: coletar o máximo de dados, buscar meios de quantificar custos e consequências, sopesá-los, optar por uma linha de ação a partir de resultados”. MENDONÇA, José Vicente. *Direito constitucional econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 427.

Pretende-se, neste trabalho, investigar a recente proposta de institucionalização do uso – pelas agências reguladoras federais – da análise de impacto regulatório, consubstanciada nas Diretrizes Gerais para Análise de Impacto Regulatório e no Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório, recentemente consolidados, após consulta pública, pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (SAG), que integra a estrutura da Casa Civil/Presidência da República. A análise terá como parâmetro algumas das regras dirigidas, no ponto, a determinadas agências federais norte-americanas, bem como à Comissão Europeia, na elaboração de propostas legislativas a serem encaminhadas ao Parlamento e ao Conselho europeus.

Objetiva-se, com isso, situar o modelo que se pretende institucionalizar no Brasil em relação às práticas adotadas por quem conta com experiência na utilização e no aprimoramento da AIR no cenário internacional. A pretensão, porém, é modesta: sem ignorar a literatura que trata de transplantes jurídicos e de cultura jurídica, espera-se apenas apresentar um ponto de partida para se pensar, no contexto brasileiro, o uso da análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras.

Os pontos de investigação centram-se, especialmente, (i) nos casos em que se *deve* realizar uma AIR, (ii) nos *steps* recomendados para a avaliação de impacto regulatório e (iii) nos mecanismos de participação social na elaboração da AIR e na existência de um órgão ou entidade que possam fazer algum tipo de supervisão sobre a análise realizada.

Algumas palavras são necessárias para situar o tema.

Tramita na Câmara dos Deputados, em regime de prioridade, o Projeto de Lei n. 6.621/2016<sup>3</sup>, que “dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras”. O referido Projeto, item da pauta legislativa prioritária do Governo para 2018, já foi aprovado pelo Senado, e no mesmo sentido foi o parecer da Comissão Especial constituída na Câmara

---

3 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 6.621/2016*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120019>>. Acesso em: 12 maio 2018.

dos Deputados, que apresentou substitutivo no qual foram feitas algumas modificações e inclusões à proposta.

Dispõe o artigo 6º do referido PL que a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados devem ser precedidas, nos termos de regulamento, da realização de Análise de Impacto Regulatório, a conter informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo que se pretende editar. Os parágrafos primeiro ao quinto do referido artigo encerram a disciplina específica da AIR na proposta.

Em função do mencionado Projeto de Lei, e após constatar-se que as agências reguladoras federais utilizam elementos de AIR, mas em diferentes níveis de abrangência, aprofundamento e maturidade, foram elaborados, pela SAG, as Diretrizes Gerais para Análise de Impacto Regulatório e o Guia Orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório<sup>4</sup>, os quais foram consolidados após consulta pública que resultou em 538 contribuições, das quais 105 foram parcial ou totalmente acatadas<sup>5</sup>. Tais documentos foram elaborados com foco nas agências reguladoras<sup>6</sup>.

Se, de um lado, não se pode negar o risco de discorrer sobre um assunto que está, de algum modo, tratado num projeto de lei, há, por outro, pelo menos duas boas razões para que o tema seja explorado. Primeiro, a formulação das Diretrizes e do Guia de AIR contou com a possibilidade de participação da sociedade civil, bem como das próprias agências reguladoras federais, que tiveram representantes no grupo técnico instituído para elaboração daqueles documentos. Desse modo, mesmo que o PL demore a ser aprovado, ou até seja rejeitado, as Diretrizes e Guias elaboradas pela SAG podem continuar a ser, ainda assim, uma importante baliza à realização de AIR pelas agências reguladoras, que

4 Este histórico é tratado na Seção 2.

5 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais. *Resultado da Consulta Pública: Diretrizes e Guia AIR - 001/2017*. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/encerramento/consulta-publica-diretrizes-e-guia-air-001-2017>>. Acesso em: 12 maio 2018.

6 Apesar de, como neles se diz, poderem ser utilizados por qualquer instituição que edite normas com potencial de alterar direitos ou criar obrigações a terceiros.

participaram, de certo modo, de sua confecção. Além disso, é interessante destacar que, se as agências já realizam, de maneiras distintas, análises de impacto regulatório, não se pode desprezar o movimento ora feito no sentido de conferir alguma sistematicidade ao tema. Por tudo isso, é relevante a análise daquelas orientações: ainda que não sejam, Diretrizes e Guia, documentos dotados de força normativa, podem eles tornar-se importantes referências para a realização de análises de impacto regulatório.

A comparação do modelo proposto para o Brasil com (um recorte do) modelo americano justifica-se por ter sido nos EUA que se iniciou, já há algumas décadas, a utilização de instrumentos com os quais se buscava dar mais racionalidade ao processo de edição de normas, como a análise de custo e benefício, um dos métodos de avaliação das alternativas imaginadas para solução de determinada questão regulatória. Aquele país, como se verá na Seção 4, há quase quarenta anos experimenta discussões deste tipo.

Teremos como referência as regras previstas na *Executive Order* nº 12.866. Pretende-se, com isso, delimitar o objeto da pesquisa, mas o recorte apoia-se também em uma justificativa substantiva: assim como o “PL das Agências Reguladoras” estabelece, em seu artigo 6º, a obrigatoriedade de se realizar a AIR se preenchido o critério qualitativo previsto na norma, também aquela *Executive Order* dirige um comando de obrigatoriedade de sua realização, quando se estiver diante de possíveis *major rules*. Além disso, aquele ato presidencial, complementados pelas orientações expedidas pelo *Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA)*, também nos fornece a possibilidade de comparações em termos de *steps* de uma AIR e acerca da existência de um órgão que possa fazer algum controle ou juízo sobre a análise de impacto. Assim, apesar de não se aplicar, aquele ato, às chamadas *independent regulatory agencies*, os pontos de comparação que ele oferece justificam uma análise mais detida sua.

Do mesmo modo, a comparação com as práticas adotadas pela Comissão Europeia se justifica em razão de sua relativamente recente, mas robusta iniciativa em direção àquilo que se convencionou chamar de “melhor regulação” (*better regulation*). Nesse sentido, aquela Comissão optou, em 2002, por adotar um conjunto

de medidas de reformas regulatórias, incluindo a edição de guias sobre avaliação de impacto, que, com o passar dos anos, foi sendo incorporada no processo normativo desenvolvido pela Comissão Europeia, a quem compete, no processo legislativo ordinário da União Europeia, apresentar propostas legislativas ao Parlamento e ao Conselho europeus.

## **2. O estado da arte da AIR nas agências reguladoras federais e no Inmetro**

Se estamos tratando da recente proposta de institucionalização de um modelo de análise de impacto regulatório no Brasil, é preciso mencionar o estudo realizado pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (SAG) na Nota Técnica nº 4/2017/AESP/SAG/CC-PR,<sup>7</sup> tendo em vista que este mapeamento subsidiou a edição das Diretrizes Gerais e do Guia de AIR.

Em janeiro de 2017, a SAG passou a coordenar um Grupo Técnico formado pelas Agências Reguladoras Federais e Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, com o objetivo de realizar um estudo sistematizado da análise de impacto regulatório. Buscava-se criar condições de regulamentação do tema, para o caso de o Projeto de Lei n. 6.621/2016, já aprovado pelo Senado, contar com a mesma sorte na Câmara dos Deputados<sup>8</sup>. Como se viu, o PL das Agências trata, em seu artigo 6º, da análise de impacto regulatório.

Ao verificar a inexistência de informações consolidadas sobre o estado da arte da AIR nas agências reguladoras federais, entendeu a SAG pela necessidade de mapear a situação de cada entidade, de modo a se construir uma visão geral sobre o ponto. O método escolhido foi o envio de um questionário às agências, com doze tópicos, entre os quais, por exemplo, a abrangência da realização da AIR, a sua base legal (se ato normativo interno trata

7 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais. *Documentação produzida para Construção das Diretrizes Gerais e do Guia AIR*. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/documentacao-produzida-para-construcao-das-diretrizes-gerais-e-do-guia-air/documentacao-produzida-para-construcao-das-diretrizes-gerais-e-do-guia-air>>. Acesso em: 2 maio 2018.

8 Todas estas informações podem ser encontradas na própria Nota Técnica.

de AIR), previsão de exceções à realização da análise de impacto, padronização, integração com o processo decisório, AIR *ex-post* e capacitação.

O resultado do mapeamento mostrou, segundo se afirma na Nota Técnica, que “todas as dez agências reguladoras federais utilizam elementos de AIR, mas em diferentes níveis de abrangência, aprofundamento e maturidade”<sup>9</sup>.

Vale destacar algumas das conclusões gerais do mapeamento, apontadas no número 56 da Nota: i) em todas as agências há orientação ou previsão normativa para se realizar a AIR no início do processo normativo, mas a apresentação da AIR só é exigida no momento da consulta ou audiência pública, ou de apresentação da proposta à Diretoria, o que pode facilitar sua realização ocorrer tardiamente, ou sua utilização apenas como justificativa para decisões já tomadas; ii) na maioria dos casos, a AIR traz apenas a comparação entre duas alternativas: uma opção regulatória já escolhida e a alternativa de não regular; iii) em geral, a AIR é disponibilizada ao público já finalizada, não havendo discussões específicas sobre ela; iv) normalmente, a Diretoria não se manifesta especificamente sobre a AIR; v) quatro agências utilizam ou possuem minuta de ato prevendo AIR em níveis diferenciados<sup>10</sup>; vi) as agências não possuem prática de AIR *ex-post* (algumas exigem que propostas de atos normativos estabeleçam indicadores de acompanhamento de efetividade); vii) nenhuma agência conta com análise de risco sistematizada até o momento; viii) praticamente todas as agências enfrentam dificuldades quanto à obtenção, organização e tratamento adequado dos dados necessários às análises quantitativas; ix) a maioria das agências nota que há resistência interna à elaboração da AIR, seja por desconhecimento da ferramenta, seja em razão da pressão por agilidade na edição da norma regulatória (é ressaltado, aqui, que muitas vezes a AIR é vista como mera ferramenta burocrática).

As Diretrizes Gerais e o Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório serão vistas, nos detalhes que nos

9 Número 55 da Nota Técnica.

10 Ver Anexo II da Nota Técnica. São elas: ANTT, ANATEL, ANVISA, ANP (apenas minuta) e ANS (apenas minuta).

importam, na Seção 4. Antes, é preciso realizar algumas observações gerais sobre a AIR.

### 3. A AIR como instrumento de política regulatória

Ainda que não esteja livre de problemas, especialmente aqueles relacionados às dificuldades epistêmicas inerentes a qualquer análise prospectiva, é importante dizer algumas palavras sobre o papel da análise de impacto na política regulatória, que a situam como ferramenta que busca conferir racionalidade a uma decisão regulatória, possibilitando que ela seja informada por evidências.

Pois bem. De acordo com definição adotada pela OCDE<sup>11</sup>, normalmente mencionada quando se trata do tema, a AIR é uma ferramenta política sistemática usada para examinar e medir os benefícios, custos e efeitos prováveis de uma nova, ou existente regulação. Seu resultado pode ser visto como um relatório analítico, a subsidiar os tomadores de decisão.

Nos últimos anos, afirmam Wojtowicz e Olejniczak<sup>12</sup>, os governos da maioria dos países ocidentais têm dirigido esforços para assegurar a melhoria da qualidade de suas leis, na linha do movimento *Better Regulation*. Dentre as ações direcionadas a este objetivo, a adoção da análise de impacto regulatório assume grande importância e vem se tornando cada vez mais comum nos países que fazem parte da OCDE.

Kirkpatrick e Parker, em artigo destinado a avaliar a contribuição que a AIR pode dar à “melhor regulação” em países em desenvolvimento, argumentam que, se a regulação estatal tem por objetivo promover o bem-estar econômico e social, é preciso que ela seja efetiva, atingindo os objetivos propostos, e eficiente, o fazendo ao menor custo (tanto o dirigido ao Governo, quanto o de *compliance* por parte dos agentes econômicos) – há, assim, um argumento convincente para que se proceda à avaliação sistemática dos impactos positivos

---

11 OECD. *Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers*, Version 1.1 2008. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2018.

12 OLEJNICZAK, Karol; DOMINIKA WOJTOWICZ. *Towards Better Regulations - The Role of Regulatory Impact Assessment in Modern State Lawmaking Systems*. Management and Business Administration. Central Europe, vol. 23, n. 2/2015, p. 59.

e negativos de qualquer alteração regulatória<sup>13</sup>. Vista desse modo, a AIR pode ser entendida como o processo de avaliação sistemática dos benefícios e custos de uma nova, ou existente regulação, com o objetivo de aprimorar a qualidade da política regulatória<sup>14</sup>.

Em sentido semelhante, um bom ambiente regulatório institucional, nas palavras de Kirkpatrick, é aquele que estabelece uma estrutura de incentivos que reduz a incerteza e promove eficiência, assim contribuindo para um desempenho econômico mais forte. E, diz o autor, a AIR tem sido uma característica das iniciativas de reforma regulatória em um número crescente de economias em desenvolvimento, contribuindo para os atributos de “boa regulação” em termos de transparência, *accountability*, consistência e proporcionalidade.

Uma última observação nesta Seção: tal como se verá, é importante dizer que não só algumas das ideias ligadas à análise de impacto regulatório encontram resistência por parte daqueles que as associam a um movimento de afrouxamento da regulação, em favor de valores de mercado, como também a própria operacionalização da AIR pode apresentar problemas, desde a dificuldade metodológica (por exemplo, a quantificação de determinados bens imateriais), até aquela relacionada aos recursos disponíveis (mão de obra qualificada, banco de dados etc.).

Ainda assim, parece um caminho sem volta este percorrido nas últimas décadas pelos Estados Unidos da América e, mais recentemente, pela União Europeia e seus Estados-membros, na institucionalização de meios de avaliação dos impactos que as regulações (aqui consideradas em sentido amplo) terão sobre seus destinatários e sobre o próprio Governo.

#### 4. A proposta brasileira

Vimos que as Diretrizes e Guia de AIR foram elaboradas pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais, em função do PL n. 6.621/2016. O artigo 6º do Projeto dispõe que a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interes-

13 KIRKPATRICK, Colin; PARKER, David. *Regulatory impact assessment and regulatory governance in developing countries*. Public Admin. Dev., 24: p. 336.

14 *Ibidem*, p. 337.

se geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados devem ser precedidas, *nos termos de regulamento*, da realização de Análise de Impacto Regulatório.

O regulamento reclamado pelo Projeto deverá dispor sobre (i) o conteúdo e a metodologia da AIR, (ii) os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre (iii) os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que ela poderá ser dispensada (artigo 6º, § 1º do PL). Já a operacionalização da AIR deverá ser disciplinada pelo regimento interno de cada agência (artigo 6º, § 2º do PL).

Ao que parece, a estrutura desenhada no PL foi a seguinte: um regulamento (Decreto do Poder Executivo) estabelece padrões sobre conteúdo, metodologia, quesitos mínimos e casos de obrigatoriedade e de dispensa de realização de AIR, e os regimentos internos das agências estipulam as regras sobre a operacionalização da análise de impacto, respeitando aqueles padrões mínimos e as particularidades de cada entidade.

Caso o Projeto de Lei seja aprovado, é razoável supor que aquilo que foi estabelecido nas Diretrizes e no Guia poderá ser considerado no regulamento reclamado pelo artigo 6º<sup>15</sup>:

Considerando-se que o PL das Agências [...] não teve sua tramitação legislativa concluída, mas que houve substantiva discussão técnica a respeito das diretrizes gerais para a AIR e também sobre o Guia Orientativo para Elaboração de AIR optou-se por transformar a minuta decreto – elaborada no âmbito do Grupo de AIR, no documento Diretrizes Gerais e Roteiro Analítico Sugerido para a Realização de Análise de Impacto Regulatório – Diretrizes Gerais AIR.

Caso, ao contrário, o Projeto não seja aprovado ou demore a ser, as Diretrizes e o Guia poderão ser, ainda assim, um parâmetro importante para a realização de AIR, pelos mesmos motivos que se acaba de expor: houve substantiva discussão técnica em sua elaboração, que também contou com a participação de representantes das

---

15 Número 64 da Nota Técnica n. 4/2017/AESP/SAG/CC-PR. Como se disse, esses documentos foram submetidos a consulta pública, que resultou em diversas contribuições, muitas delas adotadas total ou parcialmente.

agências reguladoras federais. E mais: já hoje, enquanto ainda tramita o PL, aquelas orientações encontram-se “em vigor”, não se podendo desprezar o esforço direcionado a conferir alguma sistematização ao uso da análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras.

Dito isso, vejamos, naquilo que se propôs na Introdução, as Diretrizes e o Guia recentemente editados.

#### 4.1 O critério para a necessidade de realização da AIR

As Diretrizes Gerais foram elaboradas em quadros, que tratam de diversas questões. Começemos por uma que poderá causar alguma polêmica: em consonância com o artigo 6º, *caput*, do Projeto de Lei, prevê-se que a AIR deverá ser realizada quando as propostas de ato normativo forem “de interesse geral” dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados. De acordo com as Diretrizes, este ato de interesse geral é “aquele que tenha potencialidade de influir sobre os direitos ou obrigações” daqueles atores. No mesmo sentido, vai o Guia Orientativo.

O critério adotado pelo PL, e repetido nas Diretrizes, não parece, aparentemente, estabelecer a necessidade de que se esteja diante de uma proposta com potencial de apresentar consequências *significativas* que afetem, por exemplo, a economia, a sociedade, o meio ambiente ou os atores mais diretamente envolvidos com a regulação. Caso a proposta de ato a ser editado possa influir sobre os direitos ou obrigações dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados, dever-se-ia, em regra, realizar a AIR.

Assim, o critério pode parecer, à primeira vista, por demais amplo. A própria realização da análise de impacto regulatório, não se pode ignorar, apresenta custos. Que tipo de *trade-off* é estabelecido internacionalmente neste ponto?

Uma possível comparação pode ser feita com a Comissão Europeia. À Comissão<sup>16</sup> compete, no processo legislativo ordinário

16 A Comissão Europeia é organizada em Direções-Gerais, que são responsáveis por diferentes domínios de intervenção, e é dirigida por um Colégio composto por 28 comissários, que decidem sobre as estratégias e as prioridades políticas do Órgão. Em regra, a ela cabe este papel de iniciativa normativa. A proposta tem de ser aprovada pelo Parlamento Europeu (que é diretamente eleito pelos cidadãos europeus) e pelo Conselho (ou seja, pelos governos dos países que integram a U.E.), na forma do artigo 294 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

da U.E., apresentar propostas legislativas ao Parlamento e ao Conselho europeus<sup>17</sup>. Desde 2001, de acordo com Lee e Kirkpatrick, a Comissão Europeia tem se mostrado comprometida a empreender uma análise, baseada em evidências, dos impactos de todas as suas principais propostas legislativas, considerando os seus potenciais custos e benefícios econômicos, sociais e ambientais, dentro e fora da União Europeia<sup>18</sup>. Neste sentido, Jonathan B. Wiener afirma que, baseada em um *White Paper* sobre governança e em um Relatório<sup>19</sup> feito por um grupo de experts, ambos de 2001, a Comissão Europeia adotou um conjunto de medidas de reforma regulatória no ano seguinte, incluindo diretrizes para avaliação de impacto<sup>20</sup>.

E quando deverá ser realizada uma avaliação de impacto pela Comissão? A resposta a esta questão pode ser encontrada nas Diretrizes de “melhor regulação” (*better regulation guidelines*), que são divididas em capítulos e estabelecem os princípios que a Comissão Europeia segue na preparação de novas iniciativas e propostas, e na avaliação de legislações existentes<sup>21</sup>. De acordo com o Capítulo III das mencionadas Diretrizes, uma avaliação de impacto é requerida para as iniciativas da Comissão que apresentem, potencialmente, “significativos impactos econômicos, ambientais e sociais”.

17 Ver artigos 289 e 294 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

18 KIRKPATRICK, Colin; NORMAN, Lee. *Evidence-based policy-making in Europe: an evaluation of European Commission integrated impact assessments*. Impact Assessment and Project Appraisal, 24:1, 23-33, DOI: <10.3152/147154606781765327>. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.3152/147154606781765327>>. Acesso em: 15 maio 2018.

19 Esse Relatório foi elaborado pelo “Grupo de Alto Nível para a Melhoria da Qualidade Legislativa” (Grupo Mandelkern). De acordo com Raquel Lima Scalcon, as pesquisas realizadas pelo Grupo foram impulsionadas pelo ingresso, na União Europeia, de países do Leste, cujas legislações necessitavam de ampla adaptação e de melhoria em termos de legitimidade democrática e eficácia: “Suas recomendações, dirigidas à Comissão, ao Conselho e ao Parlamento da União Europeia, foram publicadas no conhecido “Relatório Mandelkern” (MANDELKERN GROUP, 2001). A partir delas, firmou-se ainda o Acordo Interinstitucional “Legislar Melhor” (Interinstitutional Agreement Better Lawmaking, 2003/C 321/01), cuja tarefa era a de reformar práticas legislativas anacrônicas de Estados-Membros”. SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 54, p. 117. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril\\_v54\\_n214\\_p113.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p113.pdf)>. Acesso em: 11 maio 2018.

20 WIENER, Jonathan B. *Better regulation in Europe*. Current legal problems, Volume 59, 2006, Issue 1, 1 January 2006, p. 447/448. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/documentos/biblioteca-internacional/2006/better-regulation-in-europe.pdf/view>>. Acesso em: 15 maio 2018.

21 Esses *guidelines* podem ser consultados no próprio site da Comissão Europeia. COMISSÃO EUROPEIA. *Better regulation: guidelines and toolbox*. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en)>. Acesso em: 21 maio 2018.

Nem sempre, vale dizer, foi exatamente assim. Como mostra o Relatório Especial n. 03/2010<sup>22</sup> do Tribunal de Contas Europeu, que buscou investigar se a avaliação de impacto nas instituições da U.E. apoia o processo de tomada de decisão, foram realizadas, no período 2003/2008, avaliações de impacto relativamente a 69% de todas as iniciativas incluídas no programa legislativo e de trabalho da Comissão. Foi a partir de 2005 que, de acordo com os critérios então definidos pela Comissão, foram feitas avaliações de impacto de todos os elementos relevantes incluídos nos programas legislativo e de trabalho da Comissão, bem como de outras iniciativas que não constavam daqueles programas, “mas que também apresentavam um impacto potencialmente significativo”.

Em complementação às Diretrizes de “melhor regulação”, a Comissão Europeia também conta com uma “caixa de ferramentas”<sup>23</sup>, que contém diversas sugestões mais avançadas sobre os temas relacionados àquele objetivo. Uma dessas ferramentas pretende responder, justamente, quando que uma avaliação de impacto é necessária (*TOOL #9*). Em adição ao que já diz o Capítulo III das Diretrizes, a ferramenta n. 9 esclarece que o “impacto significativo” pode ser aquele com potencial de ocorrer na economia ou na sociedade como um todo, mas também em apenas um setor particular seu, e até mesmo aquele que se dirige a um ator econômico específico.

Prevê aquela ferramenta, ainda, que o que se considera “significativo” dependerá de um julgamento técnico, e que, de todo modo, uma análise de impacto só deveria ser realizada quando se mostrar útil, julgamento que deve ser feito previamente e caso a caso. São apresentados três tipos de situações em que este julgamento pode resultar na conclusão de que não seria necessário realizar uma avaliação de impacto: a) quando há pouca ou nenhuma opção disponível para a Comissão, b) quando os impactos não podem ser claramente identificados *ex ante* e c) quando os impactos forem pequenos. Além disso, a *TOOL #9* também estabelece alguns tipos de iniciativa, e as correspondentes razões, para as quais, a princípio, uma avaliação de impacto não seria necessária.

22 TRIBUNAL DE CONTAS EUROPEU. *Relatório Especial n° 3/2010*. Disponível em: <[https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR10\\_03/SR10\\_03\\_PT.PDF](https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR10_03/SR10_03_PT.PDF)>. Acesso em: 10 maio /2018.

23 COMISSÃO EUROPEIA. *Better regulation toolbox*. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/info/better-regulation-toolbox\\_en](https://ec.europa.eu/info/better-regulation-toolbox_en)>. Acesso em: 10 maio 2018.

Um dos exemplos apresentados são as decisões administrativas, em razão de sua falta de significativo impacto.

Vistas as considerações específicas sobre as avaliações de impacto conduzidas pela Comissão Europeia, outra referência importante está contida na *Executive Order* n. 12.866, emitida em 1993 por Clinton, então Presidente dos Estados Unidos da América. O referido ato, ao contrário das expectativas dos apoiadores da regulação, manteve a análise de custo e benefício no processo regulatório, e teve por objetivo disciplinar a revisão regulatória<sup>24</sup>. Além disso, vale dizer que a E.O. 12.866 também promoveu uma alteração relevante em relação ao ato anterior que tratava do tema (a E.O. 12291, de Reagan): em vez de requerer que as agências demonstrassem que os benefícios da norma a ser editada *excedem* os seus custos, passou-se a prever a necessidade de que aqueles *justifiquem* estes.

Esse ato presidencial, é preciso mencionar, não se aplica às *independent regulatory agencies*<sup>25</sup>:

The most extensive and broadly applicable of the requirements are in Executive Order 12866 and OMB Circular A-4, but they do not apply to independent regulatory agencies. The statutes that provide rule-making authority to independent regulatory agencies often require them to “consider” regulatory costs and benefits, and they often have less explicit requirements for cost-benefit analysis, if any. An OMB report indicated that independent regulatory agencies provided some information and costs and benefits in 76 of the 118 major rules they issued from FY2003 to FY2012. Cabinet departments and other agencies estimated monetary costs and benefits for some, but not all, of their rules.

24 SHAPIRO, Stuart. The evolution of cost-benefit analysis in US regulatory decision making. In: LEVI-FAUR, David. *Handbook on the Politics of Regulation*. Estados Unidos: Edward Elgar, 2013. O artigo traz, como sugere o seu nome, a evolução do uso da análise de custo e benefício no processo regulatório decisório nos EUA, mostrando como a discussão evoluiu, naquele país, de uma disputa entre apoiadores e opositores da regulação, para, chegando-se a algum consenso sobre a sua necessidade, como incorporar preocupações distribucionais e economia comportamental no uso da análise de custo e benefício.

25 CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE. *Cost-Benefit and Other Analysis Requirements in the Rulemaking Process*, December 9, 2014. Disponível em: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R41974.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2018.

Esta circunstância, porém, não prejudica a comparação da E.O. 12.866, quanto aos casos em que exige seja feita uma análise de impacto regulatório, com o modelo que se pretende institucionalizar no Brasil, dirigido às agências reguladoras dotadas de certo grau de autonomia.

Dito isso, de acordo com a *Executive Order* n. 12.866, as agências devem realizar uma análise de impacto regulatório para aquelas ações que são “significativas”, nos moldes da Seção 3 (f) (1), o que a Circular A-4, do *Office of Management and Budget*, descreve como “economicamente significativo”<sup>26</sup>. Uma ação regulatória é economicamente significativa, neste caso, se for previsto que ela poderá ter um efeito anual sobre a economia de US \$ 100 milhões ou mais, ou que ela poderá influenciar adversamente, e de maneira relevante, a economia, um setor da economia, produtividade, concorrência, empregos, meio ambiente, saúde pública ou segurança, ou governos ou comunidades estaduais ou locais.

Quanto ao “pisso” de cem milhões de dólares, vale fazer dois comentários. Primeiro, este valor se aplica ao impacto da regulação em qualquer ano, e inclui benefícios, custos ou transferências<sup>27</sup>. Além disso, é curioso o fato de que o valor estabelecido na ordem executiva foi “pegado emprestado” da *Executive Order* por ela revogada, a de n. 12291, do Presidente Reagan, que, por sua vez, se inspirou na E.O. 12.044, do Presidente Carter, adotada em 1978 para exigir análises em todas as regulações que pudessem ter um efeito anual sobre a economia de US \$ 100 milhões ou mais<sup>28</sup>. O valor, que é idêntico ao piso monetário que determina se se está diante de uma *major rule* sob o *Congressional Review Act* (CRA), assim como nesta Lei, não é ajustado pela inflação<sup>29</sup>,

26 ESTADOS UNIDOS. CASA BRANCA. *Regulatory Impact Analysis: Frequently Asked Questions* (FAQs). Disponível em: <[https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/assets/OMB/circulars/a004/a-4\\_FAQ.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/assets/OMB/circulars/a004/a-4_FAQ.pdf)>, p. 1. Acesso em: 14 maio 2018.

27 *Ibidem*.

28 MCEL FISH JR., James M. *Regulation: Is \$100 Million What It Used to Be?* Disponível em: <<https://www.eli.org/vibrant-environment-blog/regulation-100-million-what-it-used-to-be>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

29 Cf. WHITE HOUSE. *Regulatory Impact Analysis: Frequently Asked Questions* (FAQs). Disponível em: <[https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/assets/OMB/circulars/a004/a-4\\_FAQ.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/assets/OMB/circulars/a004/a-4_FAQ.pdf)>, p. 2. Acesso em: 14 maio 2018. Já o ‘pisso’, também de cem milhões de dólares, previsto no *Unfunded Mandates Reform Act*, é ajustado anualmente pela inflação, conforme disposição legal expressa.

e trata-se do mesmo montante utilizado em diversas outras leis e atos<sup>30</sup>.

Em relação ao caso em que uma ação regulatória possa influenciar adversamente, e de maneira relevante, a economia, um setor seu, produtividade, concorrência, empregos, meio ambiente, saúde pública ou segurança, governos ou comunidades estaduais ou locais, é esclarecedor o exemplo de um ato que (1) importaria US \$ 98 milhões em custos no primeiro ano, com custos anuais mais baixos depois disso, (2) afetaria desproporcional e negativamente um pequeno setor da economia, e (3) ameaçaria criar uma perda significativa de empregos. Esta regra, note-se, seria considerada economicamente significativa, devendo ser precedida, nos termos da *Executive Order* n. 12.866, de uma análise de impacto regulatório<sup>31</sup>.

Pois bem. Dissemos, no início desta Seção, que o critério adotado pelas Diretrizes e Guia brasileiros, a balizar os casos em que deve uma agência reguladora realizar uma análise de impacto regulatório, parece ser, à primeira vista, por demais amplo. As experiências europeia e americana poderiam confirmar esta impressão, considerando que, se é possível apontar uma similitude entre elas, estabelecem ambas a necessidade de realização de AIR para os casos em que a proposta regulatória apresente potencial de afetar *significativamente* a economia, um setor seu, o meio ambiente, ou a sociedade, por exemplo. O que importa, lá, é menos o ator impactado, e mais a intensidade com que o ato a ser editado o impacta.

30 Cf. MCELFFISH JR., James M. *Regulation: Is \$100 Million What It Used to Be?* Disponível em: <<https://www.eli.org/vibrant-environment-blog/regulation-100-million-what-it-used-be>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

Vale conferir o seguinte trecho: 'OMB this year announced that it would use the same \$100 million level to define which regulations are subject to President Trump's new 2-for-1 executive order entitled "Reducing Regulation and Controlling Regulatory Costs" (E.O. No. 13771). This order requires the elimination of two existing regulations for every new one adopted by any agency, as well as a net regulatory cost of zero -to be achieved by each agency repealing sufficient existing regulations to offset all the costs of any new regulations (while not taking any benefits into account). Congress also is all-in with \$100 million as the trigger for extra scrutiny. The Regulations from the Executive in Need of Scrutiny (REINS) bill passed by the House earlier this year (H.R. 26) uses the same \$100 million projected effect as the definition of a "major" rule, which would not be allowed to take effect without affirmative congressional action approving the rule. The House-passed Regulatory Accountability Act bill (H.R. 5) also uses this threshold, applying additional procedures and determinations to \$100 million "major rules." (The bill also introduces the concept of a "high-impact" rule with projected economic impact of \$1 billion or more, which would require formal evidentiary hearings prior to the rule's enactment.)'.

31 WHITE HOUSE. *Regulatory Impact Analysis: Frequently Asked Questions (FAQs)*. Disponível em: <[https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/assets/OMB/circulars/a004/a-4\\_FAQ.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/assets/OMB/circulars/a004/a-4_FAQ.pdf)>, p. 2. Acesso em: 6 jun. 2018.

Talvez, porém, reconhecendo que nem sempre se justifica um comando de obrigatoriedade de realização de uma análise de impacto regulatório, as Diretrizes editadas pela SAG preveem tanto casos de *não aplicabilidade*, quanto casos em que é possível *dispensar* a sua produção. No primeiro tipo, são estabelecidas as seguintes hipóteses de não incidência da AIR: (i) atos normativos de natureza administrativa, cujos efeitos sejam restritos à própria agência reguladora; (ii) atos normativos de efeitos concretos, voltados a disciplinar situação específica e que tenham destinatários individualizados; (iii) atos normativos que visam corrigir erros formais de normas previamente publicadas; (iv) atos normativos que visam revogar ou atualizar normas obsoletas, sem alteração de mérito; (v) atos normativos que visam consolidar outras normas sobre determinada matéria, sem alteração de mérito.

Os casos em que a AIR pode ser dispensada são os seguintes: (i) urgência; (ii) atos normativos voltados a disciplinar direitos ou obrigações definidos em instrumento legal superior que não permitam a possibilidade de diferentes alternativas regulatórias; (iii) atos normativos de notório baixo impacto. Nos casos de urgência em que a AIR for dispensada, dizem as Diretrizes e o Guia, por decisão fundamentada da Diretoria ou do Conselho Diretor da agência, será necessário identificar, em nota técnica ou documento equivalente, o problema regulatório que se pretende solucionar e os objetivos que se quer alcançar, até mesmo para subsidiar a elaboração da análise de resultado regulatório (que, segundo as orientações previstas naqueles documentos, deve ocorrer em até dois anos neste caso).

O Guia Orientativo consolidado pela SAG conta, ao seu final, com um glossário (tópico 5), que contém diversas definições, algumas delas explicitando os conceitos relativamente abertos vistos acima. Atos de *notório baixo impacto*, por exemplo, são aqueles que (a) não provocam *impactos significativos* sobre a saúde, segurança, meio ambiente, economia ou sociedade, ou (b) não geram aumento *significativo* de custos para os entes regulados e usuários, nem de despesas orçamentárias para a Agência. Já o ato de *efeito concreto* é aquele dirigido a pessoa ou empresa certa e determinada, criando situações jurídicas individuais, como autorizações, concessões, permissões; podem ser também enquadrados nesta categoria os

reajustes de taxas, tarifas ou preços com regras de reajustes já definidas em normas ou contratos.

O Guia define, inclusive, o que se deve entender por *urgência*: a necessidade de resposta de modo imediato ou célere, em virtude da existência de risco iminente ou de grave dano à saúde, à segurança, ao meio ambiente, à economia ou à sociedade, ou a necessidade de pronta regulação em função de prazo definido em instrumento legal superior.

Diante desse quadro, parece ser possível afirmar que, lidos em conjunto, as Diretrizes Gerais e o Guia elaborados pela SAG não se distanciam substancialmente das regras internacionais mais acima exploradas quanto à obrigatoriedade de realização da análise de impacto regulatório, que poderá não se justificar quando se estiver diante de propostas que apresentem baixo impacto potencial.

#### **4.2 Os *steps* de análise de impacto regulatório**

As Diretrizes e Guias preveem a realização da análise de impacto regulatório em dois níveis. Os passos essenciais que uma AIR Nível I deve seguir, de acordo com aquelas orientações, são os seguintes<sup>32</sup>: i) identificação do problema regulatório, suas causas e extensão; ii) identificação dos atores ou grupos afetados pelo problema; iii) identificação da base legal que ampara a ação da agência reguladora; iv) definição dos objetivos que se pretende alcançar; v) descrição das possíveis alternativas para enfrentamento do problema regulatório identificado, considerando a opção de não ação, além de soluções normativas e, sempre que possível, opções não normativas; vi) exposição dos possíveis impactos das alternativas identificadas; vii) comparação das alternativas consideradas, com a indicação justificada daquela, ou da combinação daquelas, que se mostra mais adequada aos objetivos pretendidos; viii) descrição da estratégia para implementação da alternativa sugerida, incluindo formas de monitoramento e fiscalização, assim como a necessidade de alteração ou revogação de normas em vigor; ix) considerações referentes às contribuições recebidas na elaboração da AIR em eventuais processos de participação social.

---

<sup>32</sup> Deixamos de mencionar, aqui, os elementos formais. A ideia é focar naquilo que de substancial as Diretrizes e Guia preveem.

Caso o problema regulatório apresente significativa complexidade, ou as alternativas identificadas para seu enfrentamento apresentem impactos significativos, dizem as Diretrizes, a agência reguladora deve realizar uma “AIR Nível II”, que, adicionalmente aos itens anteriores, também contará com: i) mapeamento da experiência internacional no tratamento do problema regulatório em análise; ii) mensuração dos possíveis impactos das alternativas sobre os consumidores ou usuários dos serviços e sobre os demais principais segmentos da sociedade afetados; iii) mapeamento dos riscos envolvidos em cada uma das alternativas consideradas.

Essa diferenciação dos níveis de AIR foi amparada, no Guia Orientativo elaborado pela SAG, no que ali se chamou de “princípio da proporcionalidade”, o que significa dizer, nos termos daquela orientação, “que os recursos, esforços e tempo empregados em toda a análise devem ser proporcionais à relevância do problema investigado e dos possíveis impactos da intervenção governamental”<sup>33</sup>.

Vale destacar que, de acordo com o já mencionado glossário contido no Guia Orientativo elaborado pela SAG, alternativas normativas à solução do problema regulatório são as “opções de intervenção do Estado que buscam resolver problemas regulatórios alterando o comportamento dos agentes econômicos por meio de atos de “comando e controle” (*comand and control*)”. Estas, diz o Guia, “consistem na edição, pelo poder público, de ato normativo prescritivo que impõe um conjunto de regras de conduta ou padrões a serem observados pelos particulares, sob pena de punição”.

Já as alternativas não normativas são as opções de intervenção que buscam resolver problemas regulatórios, mas por meio de mecanismos de incentivo que não envolvem a edição, pelo Estado, de um ato normativo do tipo “comando e controle”. São exemplos os incentivos econômicos, autorregulação, correção e campanhas de informação e educação.

É possível dizer que, neste aspecto relativo às alternativas normativas e não normativas para solução de determinado problema

---

33 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais. *Guia orientativo para elaboração de AIR*. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/anexo-v-guia-air.pdf/view>>. Acesso em: 20 maio 2018.

regulatório, a proposta brasileira segue o que a literatura aponta quando trata das estratégias regulatórias, ao acolher a possibilidade de diversos tipos de ação, a depender do objetivo que se pretende alcançar<sup>34</sup>. Esta abordagem, vale notar, é adotada nas Diretrizes da Comissão Europeia<sup>35</sup>, bem como em documento elaborado pela OIRA<sup>36</sup>, por meio do qual orienta a realização das análises de impacto regulatório requeridas, para as *economically significant rules*, pelas *Executive Orders* n. 13.563 e n. 12.866. Um assunto a ser destacado aqui é a necessidade de sempre se considerar a alternativa de não agir: não apenas devem ser comparadas diferentes maneiras de ação para se atingir o objetivo traçado, como também deve ser considerada a possibilidade de não regular, o que reforça a ideia, brevemente desenvolvida na Seção 3, de que a regulação não é um fim em si mesma, servindo a análise de impacto justamente para que a decisão regulatória seja informada por evidências.

Quanto aos passos, em si, que deve uma AIR percorrer, o que se nota é também uma convergência do modelo brasileiro com aquilo que o referido documento elaborado pela OIRA, assim como as Diretrizes da Comissão Europeia preveem. O Guia Orientativo apresentado pela SAG, aliás, cita em sua bibliografia as referências americana e da Comissão Europeia trabalhadas aqui. Merece destaque, aqui, a gama de possibilidades metodológicas para a análise do impacto das alternativas imaginadas para lidar com o problema regulatório identificado: análise multicritério, análise de custo-benefício, análise de custo-efetividade, entre outras. A ideia é que, quando possível, sejam quantificados os benefícios e custos; quando isso não for possível, ou demandar custos e tempo desproporcionais, pode-se optar, segundo o Guia brasileiro, por métodos e técnicas que permitam a comparação entre alternativas a partir de critérios qualitativos.

Vale lembrar, por fim, nos termos da Nota Técnica nº 4/2017/AESP/SAG/CC-PR, que subsidiou a edição das Diretrizes Gerais e

<sup>34</sup> Por todos, veja-se BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Introduction & Fundamentals. In: *Understanding Regulation*. Theory, Strategy, and Practice. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 105-136.

<sup>35</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Better regulation guidelines*. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/swd\\_br\\_guidelines\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/swd_br_guidelines_en.pdf)>, p. 22-24. Acesso em: 7 jun. 2018.

<sup>36</sup> ESTADOS UNIDOS. *Regulatory Impact Analysis: A Primer*. Disponível em: <[http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/02/USA-Circular-a-4\\_regulatory-impact-analysis-a-primer.pdf](http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/02/USA-Circular-a-4_regulatory-impact-analysis-a-primer.pdf)>. Acesso em: 23 maio 2018.

do Guia de AIR e apresentou, em 2017, o estado da arte da análise de impacto regulatório nas agências reguladoras federais, que praticamente todas estas entidades enfrentam dificuldades relativas aos dados necessários para as análises quantitativas, assim como foi a capacitação, estruturada e direcionada, percebida como fator crítico para a adequada institucionalização e efetiva implementação da AIR. Vê-se, assim, que o funcionamento do modelo proposto poderá encontrar obstáculos práticos não desprezíveis, que precisarão ser removidos se se pretender levar a sério o uso da análise de impacto regulatório no país.

#### **4.3 Participação social na elaboração da AIR e a inexistência de um órgão ou entidade de coordenação/supervisão**

Em relação à participação social *na própria elaboração* da análise de impacto regulatório, é de se notar que o Projeto de Lei das Agências não prevê expressamente esta possibilidade. O artigo 9º do PL estabelece, em seu parágrafo terceiro, que a agência reguladora deverá disponibilizar, na sede e em seu *site*, quando do início da consulta pública “sobre a proposta de ato normativo” (e não sobre a própria AIR, portanto), o relatório de AIR, os estudos, os dados e o material técnico usados como fundamento para as propostas submetidas a consulta (ressalvados os de caráter sigiloso).

Antes de avançar, vale dizer que, se, por um lado, parte da literatura especializada em direito público, sensível às transformações que o Estado vinha experimentando ao longo da segunda metade do século XX, passou a enxergar a abertura à participação social na esfera pública como algo salutar, ou mesmo fundamental, a partir de ideias como legitimidade material, democracia substantiva e consensualidade, por outro, não se pode ignorar os estudos existentes sobre os resultados da abertura à participação no processo normativo de agências reguladoras e da atuação, nele, de grupos de interesse, cujos efeitos nem sempre coincidem com as consequências esperadas deste tipo de medida (fala-se, aqui, entre outros, dos problemas da ossificação do processo normativo, bem como de sua utilização como estratégia de bloqueio).

Feita a ressalva, vale dizer que, ouvida pela Comissão Especial que analisa o Projeto na Câmara dos Deputados, Patrícia Regina

Pinheiro Sampaio apontou a necessidade de se incluir a AIR no rol de documentos que serão objeto de consulta pública anteriormente à tomada de decisão pela agência reguladora<sup>37</sup>. A autora destacou, nesse sentido, que consulta e audiência pública deveriam ocorrer *no contexto* da AIR, oportunizando-se à sociedade a participação *na construção* das alternativas imaginadas para a solução do problema regulatório, e não apenas no oferecimento de ajustes redacionais à proposta de normatização, já finalizada em sua substância.

Vale lembrar, sobre este ponto, que o próprio Guia Orientativo elaborado pela SAG, apesar de afirmar que a realização de consultas e audiências públicas já é prática comum entre as agências reguladoras, reconhece que, geralmente, esses processos são realizados depois de já tomada a decisão sobre o tipo de ação a ser implementada. Seria, assim, salutar que se oportunizasse à sociedade manifestar-se quando ainda da elaboração do relatório da análise de impacto regulatório. E, é interessante notar, o Guia Orientativo destaca que a boa prática regulatória “recomenda que a consulta e o diálogo com os atores interessados no problema regulatório devem começar o mais cedo possível, ainda nos estágios iniciais da AIR”, sendo apontados, como ganhos desse processo, a redução da assimetria de informação e o reforço da legitimidade da decisão tomada. Nesse sentido, as Diretrizes Gerais, ao tratar da participação social no âmbito da elaboração da AIR, sinalizam que se deve oportunizá-la *sempre que possível*.

Percebe-se, portanto, que facultar a participação social na própria elaboração da análise de impacto regulatório não foi previsto como uma obrigatoriedade pelo Projeto de Lei das Agências, mas tal providência é recomendada pelas Diretrizes e Guia elaborados pela SAG, *sempre que possível* for. Sendo franqueada esta possibilidade, diz o Guia, o Relatório da AIR deve trazer uma seção específica para apresentar as considerações da agência sobre as contribuições e manifestações relevantes recebidas.

---

37 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Audiência Pública PL n. 6621/2016*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6621-16-agencias-reguladoras/documentos/audiencias-publicas/PatriciaSampaio.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

Em suas Diretrizes, a Comissão Europeia também prevê a consulta pública no contexto de suas avaliações de impacto<sup>38</sup>. Seria, porém, sempre o caso de se franquear esta possibilidade? Merece referência, aqui, um interessante caso apreciado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (*Judgment in Joined Cases T-424/14 and T-425/14, ClientEarth v Commission*<sup>39</sup>). Em 2014, a *ClientEarth*, uma organização sem fins lucrativos cujo objetivo é a proteção do meio ambiente, solicitou à Comissão Europeia o acesso a duas avaliações de impacto relacionadas à política ambiental. A Comissão recusou o acesso pretendido, afirmando, entre outras coisas, que, tendo em vista o fato de as avaliações de impacto se destinarem a ajudar na preparação de iniciativas legislativas em matéria ambiental, a divulgação desses documentos poderia comprometer seriamente seus processos decisórios, restringindo sua margem de manobra e reduzindo sua capacidade de alcançar um compromisso; além disso, tal divulgação poderia criar pressões externas que dificultariam os delicados processos de tomada de decisão, durante os quais uma atmosfera de confiança deve prevalecer<sup>40</sup>.

O Tribunal entendeu, neste caso, que a Comissão tinha fundamento para recusar o acesso aos documentos solicitados, por considerar, em apertada síntese, que, no contexto da preparação e desenvolvimento de propostas normativas, a Comissão pode invocar fundamentos de natureza geral relacionados à necessidade de preservar o seu “espaço de pensamento” e de manobra e independência, a necessidade de preservar a atmosfera de confiança durante as discussões, e o risco de pressões externas passíveis de afetar a condução das discussões e negociações em andamento. De acordo com o Tribunal, a Comissão tem o direito de presumir, sem levar a cabo uma operação específica e um exame individual de cada um dos documentos relacionados com uma avaliação de impacto, que a divulgação desses documentos prejudicaria, em princípio, seriamente o seu processo decisório<sup>41</sup>.

38 COMISSÃO EUROPEIA. *Better regulation toolbox*. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file\\_import/better-regulation-toolbox-53\\_en\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/better-regulation-toolbox-53_en_0.pdf)>, p 383. Acesso em: 18 maio 2018.

39 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Judgment in Joined Cases T-424/14 and T-425/14 ClientEarth v Commission*, 13.11.2015. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62014TJ0424&langl=pt&type=TXT&ancre=>>>. Acesso em: 9 jun. 2018.

40 *Ibidem*.

41 *Ibidem*.

Em que pesem as diferenças de sistema jurídico, o caso que se acaba de destacar pode servir de exemplo para se pensar a participação da sociedade na elaboração das análises de impacto pelas agências reguladoras brasileiras: a despeito de todas as alegações normalmente relacionadas ao tema, especialmente aquelas ligadas ao reforço da legitimidade das avaliações feitas e do próprio processo decisório, bem como à redução da assimetria de informação, não parece haver dúvidas de que, na prática, pode apresentar problemas a abertura à participação.

Por fim, não se estabeleceu, seja no Projeto de Lei, seja nas Diretrizes e Guia, um órgão ou entidade que possam fazer algum tipo de supervisão ou análise da AIR realizada pelas agências. O que faz o Projeto de Lei é, no parágrafo 7º de seu artigo 9º, conferir ao Ministério da Fazenda a competência para opinar, quando considerar pertinente, sobre os impactos regulatórios de minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidas a consulta pública pela agência reguladora.

Nos Estados Unidos, o critério das normas “economicamente significativas” visto no primeiro item desta Seção, adotado para se estabelecer a necessidade de realização de análise de impacto regulatório, está inserido no contexto, mais amplo, da *revisão regulatória*. Esta é uma das funções principais do *Office of Management and Budget (OMB)*, consistente no processo de supervisão e coordenação das agências, gerenciado pelo seu *Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA)*<sup>42</sup>. As Ordens Executivas nº 12.866 e n. 13.563, juntas, criam uma estrutura de supervisão, bem como articulam uma filosofia de regulação por meio da qual a *OIRA* busca gerenciar o Estado Administrativo americano<sup>43</sup>. É preciso apenas lembrar que estas ordens executivas não se aplicam às *independent regulatory agencies*. É claro que este arranjo institucional desperta inúmeras discussões, cujo enfrentamento, porém, fugiria aos limites do presente trabalho. Fato é que os Estados Unidos

42 DAVIDSON, Nestor M.; LEIB, Ethan J. *Regleprudence* – At OIRA and beyond, 103 Geo. L.J. 259, 316, 2015, p. 276.

43 *Ibidem*, p. 279. Este processo de supervisão regulatória exercido pela *OMB*, principalmente por meio da *OIRA*, não está livre de discussões e críticas, mas não cabe abordá-las no presente trabalho.

contam, para aquelas agências que devem observância aos decretos presidenciais mencionados, com uma estrutura de supervisão regulatória que tem como uma de suas ferramentas a AIR.

No âmbito da Comissão Europeia, também existe um órgão responsável por realizar um controle sobre as avaliações de impacto. Esse papel cabe ao *Regulatory Scrutiny Board*<sup>44</sup>, que é presidido por um dos Diretores Gerais da Comissão e conta com três oficiais seus de alto nível e três experts que não fazem parte da Comissão. O Conselho atua, em tese, de forma independente dos departamentos responsáveis por elaborar as propostas legislativas e de quaisquer outras instituições ou agências europeias. Interessante notar que, de acordo com o ato que o instituiu, o *Regulatory Scrutiny Board* pode aconselhar a Comissão acerca da aplicação e da interpretação das Diretrizes de “Melhor Regulação” em casos que envolvam avaliações particularmente exigentes, bem como sobre questões metodológicas. O Conselho, entre outras tarefas, examina e emite opiniões e recomendações sobre todos os projetos de avaliação de impacto, além de realizar avaliações retrospectivas de políticas já efetivadas, e uma opinião positiva sua é necessária para que uma iniciativa, acompanhada da correspondente avaliação de impacto, seja colocada à apreciação da Comissão.

## 5. Conclusão

Caminhando para as linhas finais deste trabalho, vimos que, lidos em conjunto, as Diretrizes Gerais e o Guia elaborados pela SAG não parecem se distanciar das regras americana e da Comissão Europeia vistas aqui, quanto à obrigatoriedade de realização da análise de impacto regulatório, que poderá não se justificar quando se estiver diante de propostas que apresentem baixo impacto – social, econômico, ambiental – potencial. Além disso, quanto aos *steps* que deve uma AIR percorrer, o que se nota é também uma convergência do modelo brasileiro com aquilo que as práticas internacionais destacadas preveem.

---

<sup>44</sup> O Conselho foi instituído por ato do Presidente da Comissão Europeia, em maio de 2015, substituindo o anterior *Impact Assessment Board*. Além disso, a ferramenta nº 3 de “Melhor Regulação” apresenta um detalhamento dos papéis do *Regulatory Scrutiny Board*.

Já a possibilidade de participação social *na própria elaboração* da análise de impacto regulatório não foi prevista como uma obrigatoriedade pelo Projeto de Lei das Agências, mas tal providência é recomendada pelas Diretrizes e Guia elaborados pela SAG, *sempre que possível* for, em consonância com as diretrizes seguidas pela Comissão Europeia.

E, ainda, não se estabeleceu, seja no Projeto de Lei, seja nas Diretrizes e Guia, um órgão ou entidade que possam fazer algum tipo de supervisão da AIR realizada pelas agências. O que faz o Projeto de Lei é conferir ao Ministério da Fazenda a competência para, quando considerar pertinente, opinar sobre os impactos regulatórios de minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados. Neste aspecto, deixa-se de seguir as práticas americana (prevista na comentada Ordem Executiva n. 12.866) e europeia.

Vale dizer, por fim, que a análise de impacto regulatório não é, por óbvio, a solução para todos os problemas do sistema regulatório brasileiro. Questões de realidade política e de arranjo institucional são maiores do que uma boa iniciativa que pretende conferir mais racionalidade ao processo decisório das agências reguladoras.

Sobre o ponto, remete-se o leitor ao artigo “Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples”, de Eduardo Jordão e Maurício Portugal Ribeiro<sup>45</sup>, bem como aos comentários feitos por José Vicente Santos de Mendonça em Audiência Pública realizada na Câmara dos Deputados em 08/05/2018, para discutir o PL nº 6.621/2016, no sentido de que temos um modelo de agência reguladora que se inspira no dos Estados Unidos da América, mas não um sistema jurídico-administrativo semelhante ao daquele país – aqui, a Administração Central é o único ator que pode encaminhar um projeto de lei para mudança do regime jurídico das agências reguladoras; convivemos, também, com

---

45 JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. *REI - Revista Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 180-209, ago. 2017. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/155/132>>. Acesso em: 24 maio 2018. Doi: <<https://doi.org/10.21783/rei.v3i1.155>>.

uma realidade em que o Chefe do Poder Executivo conta com uma ampla liberdade para contingenciar recursos<sup>46</sup>.

Além disso, a própria utilização da análise de impacto regulatório apresenta problemas, desde a dificuldade metodológica, até aquela relacionada aos recursos disponíveis (mão de obra qualificada, banco de dados etc.).

De qualquer sorte, um primeiro passo parece ter sido dado rumo à institucionalização do uso, de maneira mais sistemática do que aquela com que se faz hoje, da análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras federais. Resta acompanhar se a orientação, recentemente elaborada, será seguida pelas agências, e se estas se empenharão em romper os obstáculos que estarão à sua frente neste processo.

## 6. Referências

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Introduction & Fundamentals. In: *Understanding Regulation*. Theory, Strategy, and Practice. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Audiência Pública PL n. 6621/2016*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6621-16-agencias-reguladoras/documentos/audiencias-publicas/PatrciaSampaio.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Audiência Pública PL n. 6621/2016*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6621-16-agencias-reguladoras/videoArquivo?codSessao=72558&codReuniao=51365#videoTitulo>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 6.621/2016*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120019>>. Acesso em: 12 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais. *Guia orientativo para elaboração de AIR*. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/anexo-v-guia-air.pdf/view>>. Acesso em: 20 maio 2018.

<sup>46</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Audiência Pública PL n. 6621/2016*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6621-16-agencias-reguladoras/videoArquivo?codSessao=72558&codReuniao=51365#videoTitulo>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

- \_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais. *Resultado da Consulta Pública: Diretrizes e Guia AIR - 001/2017*. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/encerramento/consulta-publica-diretrizes-e-guia-air-001-2017>>. Acesso em: 12 maio 2018.
- \_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais. *Documentação produzida para construção das Diretrizes Gerais e do Guia AIR*. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/documentacao-produzida-para-construcao-das-diretrizes-gerais-e-do-guia-air/documentacao-produzida-para-construcao-das-diretrizes-gerais-e-do-guia-air>>. Acesso em: 2 maio 2018.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Better regulation: guidelines and toolbox*. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en)>. Acesso em: 21 maio 2018.
- \_\_\_\_\_. *Better regulation guidelines*. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/swd\\_br\\_guidelines\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/swd_br_guidelines_en.pdf)>. Acesso em: 7 jun. 2018.
- \_\_\_\_\_. *Better regulation toolbox*. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/info/better-regulation-toolbox\\_en](https://ec.europa.eu/info/better-regulation-toolbox_en)>. Acesso em: 10 maio 2018.
- CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE. *Cost-Benefit and Other Analysis Requirements in the Rulemaking Process*, December 9, 2014. Disponível em: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R41974.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2018.
- DAVIDSON, Nestor M.; LEIB, Ethan J. *Regleprudence - At OIRA and beyond*, 103 Geo. L.J. 259, 316, 2015.
- ESTADOS UNIDOS. *Regulatory Impact Analysis: A Primer*. Disponível em: <[http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/02/USA-Circular-a-4\\_regulatory-impact-analysis-a-primer.pdf](http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/02/USA-Circular-a-4_regulatory-impact-analysis-a-primer.pdf)>. Acesso em: 23 maio 2018.
- \_\_\_\_\_. CASA BRANCA. *Regulatory Impact Analysis: Frequently Asked Questions (FAQs)*. Disponível em: <[https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/assets/OMB/circulars/a004/a-4\\_FAQ.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/assets/OMB/circulars/a004/a-4_FAQ.pdf)>. Acesso em: 14 maio 2018.
- JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. *REI - Revista Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 180-209, ago. 2017. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/155/132>>. Acesso em: 24 maio 2018. Doi: <<https://doi.org/10.21783/rei.v3i1.155>>.
- KIRKPATRICK, Colin; NORMAN, Lee. *Evidence-based policy-making in Europe: an evaluation of European Commission integrated impact assessments*. *Impact Assessment and Project Appraisal*, 24:1, 23-33, DOI:10.3152/147154606781765327. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.3152/147154606781765327>>. Acesso em: 15 maio 2018.