

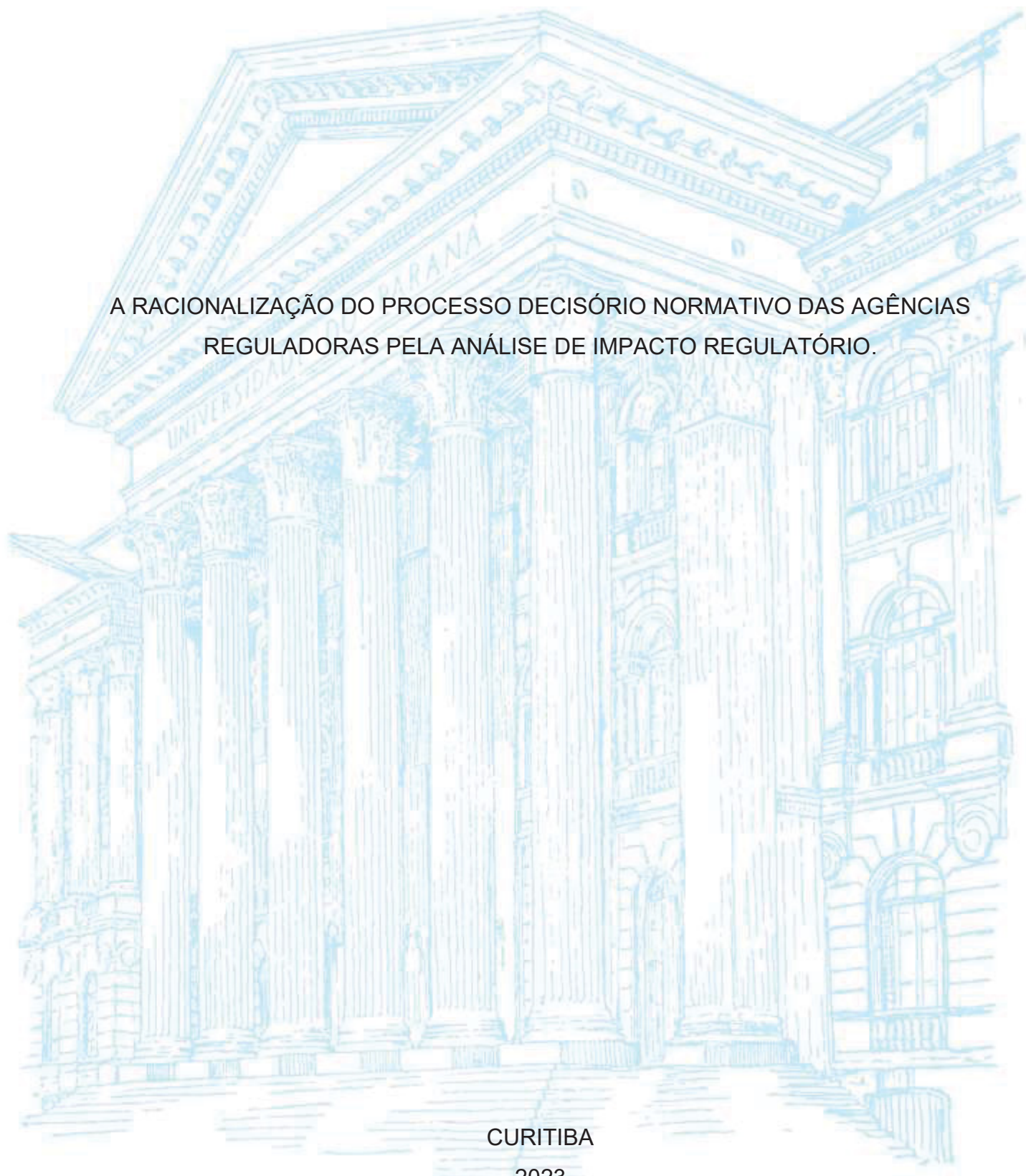
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANDREA MARIA PEDROSA SILVA JALES

A RACIONALIZAÇÃO DO PROCESSO DECISÓRIO NORMATIVO DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS PELA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO.

CURITIBA

2023



ANDREA MARIA PEDROSA SILVA JALES

A RACIONALIZAÇÃO DO PROCESSO DECISÓRIO NORMATIVO DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS PELA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO.

Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em
Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como
requisito parcial à obtenção do título de Doutora em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

CURITIBA

2023

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Jales, Andrea Maria Pedrosa Silva

A racionalização do processo decisório normativo das
agências reguladoras pela análise de impacto regulatório /
Andrea Maria Pedrosa Silva Jales. – Curitiba, 2023.

1 recurso on-line : PDF.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná,
Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em
Direito.

Orientador: Egon Bockmann Moreira.

1. Agências reguladoras de atividades privadas.
2. Segurança jurídica. 3. Regulação (Direito). 4. Processo
administrativo - Brasil. I. Moreira, Egon Bockmann. II. Título.
III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA Nº355

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTORA EM DIREITO

No dia onze de agosto de dois mil e vinte e três às 14:00 horas, na sala de Videoconferência - 311, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese da doutoranda **ANDREA MARIA PEDROSA SILVA JALES**, intitulada: **A RACIONALIZAÇÃO DO PROCESSO DECISÓRIO NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO.**, sob orientação do Prof. Dr. EGON BOCKMANN MOREIRA. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: EGON BOCKMANN MOREIRA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ALEXANDRE DITZEL FARACO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), RODRIGO LUÍS KANAYAMA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), VERA CRISTINA CASPARI MONTEIRO (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS/SP), MARCELO LUIZ CURADO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutora está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, EGON BOCKMANN MOREIRA, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 11 de Agosto de 2023.

Assinatura Eletrônica

14/08/2023 09:20:32.0

EGON BOCKMANN MOREIRA
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

14/08/2023 09:54:05.0

ALEXANDRE DITZEL FARACO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

14/08/2023 14:11:08.0

RODRIGO LUÍS KANAYAMA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

14/08/2023 09:46:07.0

VERA CRISTINA CASPARI MONTEIRO

Avaliador Externo (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS/SP)

Assinatura Eletrônica

14/08/2023 10:43:21.0

MARCELO LUIZ CURADO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **ANDREA MARIA PEDROSA SILVA JALES** intitulada: **A RACIONALIZAÇÃO DO PROCESSO DECISÓRIO NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO.**, sob orientação do Prof. Dr. EGON BOCKMANN MOREIRA, que após terem inquirido a aluna e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de doutora está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 11 de Agosto de 2023.

Assinatura Eletrônica

14/08/2023 09:20:32.0

EGON BOCKMANN MOREIRA
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

14/08/2023 09:54:05.0

ALEXANDRE DITZEL FARACO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

14/08/2023 14:11:08.0

RODRIGO LUÍS KANAYAMA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

14/08/2023 09:46:07.0

VERA CRISTINA CASPARI MONTEIRO

Avaliador Externo (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS/SP)

Assinatura Eletrônica

14/08/2023 10:43:21.0

MARCELO LUIZ CURADO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

À minha mãe, Gracy Pedrosa,
Ao meu esposo, Edino Jales
e nossa querida Mariana,
minha base e fortaleza.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador professor Egon Bockmann Moreira pela generosidade com que compartilhou seus ensinamentos, sempre transmitindo temas áridos de forma leve e pela empatia com que me orientou, conquistando minha admiração e meus sinceros agradecimentos.

Aos membros da banca de qualificação pelas reflexões e considerações primorosas para a construção da tese, professores Dr. Rodrigo Luís Kanayama, Dra. Vera Cristina Caspari Monteiro e Dr. Alexandre Ditzel Faraco.

Aos professores do programa de pós-graduação da UFPR pelos ensinamentos e experiências compartilhadas, especialmente, aos professores: Dr. Fabricio Ricardo de Limas Tomio; Dr. Sérgio Said Staut Júnior; Dr. Rodrigo Luís Kanayama; Dra. Angela Cassia Costaldello e Dra. Vera karam de Chueiri.

Aos colegas de doutorado pelos bons momentos vividos e apoio mútuo, especialmente, José Anselmo Carvalho Júnior, Edmar Vieira, Marianna Perantoni Pereira, José Armando Ponte Dias Junior e Fernanda Abreu de Oliveira.

Aos colegas de trabalho da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte pelo incentivo e apoio, especialmente, aos professores Raimundo Marcio Ribeiro Lima e Armando Lúcio Ribeiro.

A minha família pelo suporte e compreensão nos momentos de ausência.

A Deus pelo dom da vida e pela dádiva da redenção.

RESUMO

Tratamos, em nossa pesquisa, sobre o aprimoramento do processo decisório de produção de normas das agências reguladoras e a necessidade de um novo aparato jurídico e técnico que compreendesse as peculiaridades da competência normativa dessas entidades, a dinâmica dos setores regulados e os interesses dos agentes afetados. Por causa da complexidade dos setores regulados que possuem características próprias e para delimitarmos o nosso objeto de estudo, escolhemos a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por ser uma das primeiras autarquias especiais a regular e tornar obrigatória a realização de análise de impacto regulatório no País. Para desenvolver o objeto de estudo, a metodologia utilizada foi a pesquisa explicativa do referencial teórico, através de raciocínio hipotético-dedutivo, com uma abordagem de caráter bibliográfico; e, de forma complementar, a pesquisa documental e empírica, esta última sobre a elaboração dos relatórios de análise de impacto regulatório emitidos pela ANEEL. O sistema de segurança e eficiência na criação do Direito Público, estabelecido pelas alterações realizadas na LINDB, juntamente à uniformização do processo normativo das agências reguladoras brasileiras, institucionalizaram a adoção pelo nosso sistema jurídico da análise de impacto regulatório, instrumento baseado em evidências que visa subsidiar e racionalizar a tomada de decisão no processo normativo das agências reguladoras com o objetivo de proporcionar maior segurança ao ambiente decisório e *accountability* das autoridades reguladoras.

Palavras-chave: Processo normativo; Consequencialismo; Análise de impacto regulatório; Segurança jurídica.

ABSTRACT

This research deals with the improvement of the decision-making process to produce norms by regulatory agencies and the need for a new legal and technical apparatus that would understand the peculiarities of the normative competence of these entities, the dynamics of the regulated sectors and the interests of the affected agents. Due to the complexity of the regulated sectors that have their own characteristics and to delimit our object of study, we chose the National Electric Energy Agency (ANEEL), as it was one of the first special authorities to regulate and make mandatory the performance of a regulatory impact analysis in the Country. To develop the object of study, the methodology used was the explanatory research of the theoretical framework, through hypothetical-deductive reasoning, with a bibliographical approach and in a complementary way to documentary and empirical research, the latter on the preparation of analysis reports of regulatory impact issued by ANEEL. The security and efficiency system in the creation of Public Law established by the changes made to the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law (LINDB) together with the standardization of the normative process of the Brazilian regulatory agencies institutionalized the adoption by our legal system of the regulatory impact analysis, an evidence-based instrument that aims to support and rationalize decision-making in the normative process of regulatory agencies in order to provide greater security to the decision-making environment and accountability of regulatory authorities.

Key words: Normative process; Consequentialism; Regulatory impact analysis; Legal security.

RESUMEN

La presente investigación trata sobre el perfeccionamiento del proceso decisorio de la producción de normas de las agencias reguladoras y de la necesidad de un nuevo aparato jurídico y técnico que comprenda las peculiaridades de la competencia normativa de esas entidades, la dinámica de los sectores regulados y los intereses de los agentes afectados. Debido a la complejidad de los sectores regulados que poseen características propias y para limitar nuestro objeto de estudio, elegimos la Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por ser una de las primeras autarquías especiales a regular y tornar obrigatória la realización de análisis de impacto regulatorio en el país. Para desarrollar el objeto de estudio, la metodología utilizada fue la investigación explicativa de lo referencial teórico, a través del pensamiento hipotético-deductivo, con una abordagem de carácter bibliográfico y de forma complementar a la investigación documental y empírica, esta última sobre la elaboración de los relatórios de análisis de impacto regulatorio emitidos por la ANEEL. El sistema de segurança y eficiencia en la creación del Direito Público establecido por las alteraciones realizadas en la LINDB juntamente a la uniformización del proceso normativo de las agencias reguladoras brasileñas institucionalizaron la adopción por nuestro sistema jurídico de la análisis de impacto regulatorio, herramienta basada en evidencias que visan subsidiar y racionalizar la tomada de decisión en el proceso normativo de las agencias reguladoras con el objetivo de proporcionar mayor seguridad al ambiente decisorio y accountability de las autoridades reguladoras.

Palabras-clave: Proceso normativo; Consecuencialismo; Análisis de impacto regulatório; Seguridad jurídica.

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1 – QUANTIDADE DE AIRS POR ANO – ANEEL	
.....	108
GRÁFICO 2 – RELATÓRIOS AIRS ELABORADOS PELA ANEEL	
.....	112
GRÁFICO 3 – DEFICIÊNCIAS ENCONTRADAS NOS RELATÓRIOS ANALISADOS	
.....	114

LISTA DE QUADROS

QUADRO 1 – RELATÓRIOS DE AIRS COM ASSUNTOS IDÊNTICOS EMITIDOS PELA ANEEL	109
QUADRO 2 – RESUMO DOS QUESITOS MÍNIMOS DAS AIRS DO FORMULÁRIO DE PESQUISA	112

LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

ADCT	- Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
AIR	- Análise de Impacto Regulatório
ANATEL	- Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	- Agência Nacional de Energia Elétrica
ANVISA	- Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APA	- <i>The Federal Administrative Procedure Act</i>
ARR	- Análise de Resultado Regulatório
CADE	- Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CEATEL	- Centro de Altos Estudos em Telecomunicações
CC	- Código Civil
CCEE	- Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CDC	- Código de Defesa do Consumidor
CNPE	- Conselho Nacional de Política Energética
CRFB	- Constituição da República Federativa do Brasil
CPC	- Código de Processo Civil
EIA	- Estudo de Impacto Ambiental
EPE	- Empresa de Pesquisa Energética
GPRA	- <i>Government Performance and Results Act</i>
ILP	- Instituto do Legislativo Paulista
INMETRO	- Instituto Nacional de Metrologia Normalização e Qualidade Industrial
LGPAF	- Lei Geral do Processo Administrativo Federal
LINDB	- Lei de Introdução às Normas de Direito brasileiro
LGARF	- Lei Geral das Agências Reguladoras Federais
MME	- Ministério de Minas e Energia
NPM	- <i>New Public Management</i>
OCDE	- Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PND	- Programa Nacional de Desestatização
PNCP	- Portal Nacional de Contratações Públicas
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
SGT	- Superintendência de Gestão Tarifária

UERJ	- Universidade Estadual do Rio de Janeiro
UFPR	- Universidade Federal do Paraná

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	17
2	PROCESSUALIZAÇÃO DA ATIVIDADE DECISÓRIA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL	21
2.1	A TARDIA LEGITIMAÇÃO PELO PROCESSO NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO	22
2.2	DO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO	31
2.2.1	Do Devido Processo Legal	38
2.2.2	Contraditório e Ampla Defesa	41
2.2.3	Da Proporcionalidade e da Razoabilidade	43
2.2.4	Transparência.....	46
2.3	O MARCO LEGAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS	48
2.3.1	Do Processo Normativo e Decisório das Agências Reguladoras	52
2.3.2	Da Análise de Impacto Regulatório	54
3	SEGURANÇA JURÍDICA E A PRODUÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS	60
3.1	APERFEIÇOAMENTO DO PROCESSO DECISÓRIO DE PRODUÇÃO DE NORMAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	60
3.2	O PRAGMATISMO JURÍDICO E A SINGULARIDADE DAS ESCOLHAS REGULATÓRIAS	66
3.3	A FUNÇÃO PARAMETRIZADORA DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO.....	74
3.3.1	Dever de Concretude e Proporcionalidade	79
3.3.2	Dever de Motivação Consequencialista.....	84
4	A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NO ÂMBITO DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA.....	87
4.1	BASES CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DA COMPETÊNCIA NORMATIVA DA ANEEL	88
4.2	O PROCESSO DECISÓRIO NORMATIVO DA ANEEL.....	95
4.3	ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NO ÂMBITO DA ANEEL.....	97
4.3.1	Análise dos Quesitos Mínimos Exigidos para Elaboração dos Relatórios de Análises de Impacto Regulatórios Emitidos pela ANEEL.....	107

4.3.2	Análise dos Dados referentes a ANEEL apresentados pelo Projeto Boas Práticas Regulatórias do Laboratório de Regulação Econômica da UERJReg	116
5	A RACIONALIZAÇÃO DO PROCESSO DECISÓRIO NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO.....	123
5.1	NECESSIDADE DE RACIONALIZAÇÃO DO PROCESSO DECISÓRIO NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	123
5.2	CONSEQUENCIALISMO E A OBRIGATORIEDADE DE REALIZAÇÃO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO.....	125
5.3	A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO MECANISMO DA <i>ACCOUNTABILITY</i>	133
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	138
	REFERÊNCIAS	143
	APÊNDICE 1 – RELATÓRIOS DE AIRS EMITIDOS PELA ANEEL EM 2022.....	157
	APÊNDICE 2 - RELATÓRIOS DE AIRS EMITIDOS PELA ANEEL EM 2021	159
	APÊNDICE 3 - RELATÓRIOS DE AIRS EMITIDOS PELA ANEEL EM 2020.....	162
	ANEXO – PLANILHA FORNECIDA PELA SUPERINTENDÊNCIA DE GESTÃO TARIFÁRIA - ANEEL	165

1 INTRODUÇÃO

A ordem constitucional de 1988 ampliou as funções do Estado do bem-estar social substancialmente, acrescentando à atuação clássica de executor de serviços públicos e de empresário uma nova forma de intervenção estatal na ordem econômica por meio de regulação.

Na década de 1990, o Brasil elaborou o seu programa nacional de desestatização a partir da Lei nº. 8.031/90 (posteriormente, revogada pela Lei nº. 9.491/97). Contudo, para redefinir o papel do Estado brasileiro, foi necessária a edição de várias emendas constitucionais, dentre as quais se destacam as Emendas Constitucionais n.º 8 e 9 de 1995, que abriram à iniciativa privada os setores das telecomunicações e do petróleo, deixando para a União Federal a competência para criar órgãos de regulação para esses dois setores econômicos.

Essa nova estratégia de intervenção estatal no domínio econômico por meio de normas, que aliada a uma sucessão de reformas legislativas concernentes à Administração Pública, culminou com o surgimento das agências reguladoras no Brasil, autarquias especiais que possuem competências fiscalizatória, administrativo-julgadora e normativa.¹

A produção normativa das agências reguladoras é, entre suas competências, a mais sensível e polêmica, porque essas entidades passaram a regular assuntos específicos e dinâmicos que a produção legislativa não consegue acompanhar.

Esta prática é amplamente discutida na literatura em virtude do princípio da legalidade, por não existir previsão expressa no nosso texto constitucional sobre delegação de competência normativa para tais agências reguladoras, além do tardio reconhecimento da legitimação pelo processo no âmbito do Direito Administrativo brasileiro.

Por razões históricas, inicialmente iremos contextualizar o cenário que impulsionou a processualização das relações administrativas e da competência

¹ BRASIL. Lei nº 13.848/2019, de 25 de jun. de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras: “Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação”.

normativa das agências reguladoras para entendermos as influências e dificuldades enfrentadas no nosso sistema jurídico em reconhecer tais processos.

A fim de enfrentar as discussões jurídicas sobre o processo de formação de normas das agências reguladoras brasileiras, o Poder Legislativo aprovou a Lei nº. 13.848/2019,² publicada no dia 25 de junho de 2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras brasileiras.

A literatura jurídica já defendia a criação de uma Lei geral para as agências reguladoras brasileiras com o objetivo de uniformizar o tratamento sobre procedimentos administrativos de participação pública, processos decisório e normativo e elaboração de instrumentos de boas práticas regulatórias.³

A nova disciplina legal das agências reguladoras reacende o debate sobre a produção normativa de tais entidades. Por isso vislumbramos um grande desafio para nossa investigação de identificar se ocorreu alguma inovação no processo normativo das agências reguladoras com a vigência de uma lei geral para apontarmos quais instrumentos e/ou práticas administrativas foram criadas ou institucionalizadas visando atender à complexidade das escolhas regulatórias.

Outra inovação legislativa que será analisada em nossa pesquisa, por dialogar com o a Lei Geral das Agências Reguladoras Brasileiras, trata-se da Lei nº. 13.655/2018 que alterou disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) -, instituidora de um sistema de segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, com deveres a serem observados por todos os Poderes Públicos e órgãos de controle em suas decisões.

² BRASIL, LEI Nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001.

³ Nesse sentido, FRANÇA (2011, p. 245/246): “A instituição das agências ainda está carente da devida adequação legal, pois o poder regulador e normativo abrangente, que as caracterizam, destoa dos tradicionais princípios constitucionais da tripartição dos poderes e da legalidade. Desse modo, faz-se necessária uma interpretação atual desses princípios que norteiam a legislação constitucional e a concretização de um marco regulatório forte (uma lei geral das agências) – para adaptar as leis criadoras das agências vigentes à ordem constitucional -, no sentido de adequa a evolução social, política e econômica que acompanham a atividade regulatória do Estado à Constituição, conforme critérios de legitimidade democrática republicana”.

Diante desse cenário de uniformização do processo normativo das agências reguladoras brasileiras e dos deveres de concretude e motivação consequencialistas exigidos pela LINDB, desenvolvemos a presente tese: o diálogo entre a LINDB e a Lei Geral das Agências Reguladoras brasileiras institucionalizaram técnicas e instrumentos de análises consequencialistas que possibilitaram a racionalização do processo decisório de produção de normas das agências reguladoras, permitindo, assim, mais transparência e responsividade dos decisores.

Em face da complexidade dos setores regulados, faremos um corte metodológico escolhendo a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei nº. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, constituída pelo Decreto nº. 2.335, de 06 de outubro de 1997, por ser uma das primeiras autarquias especiais a tornar obrigatória a realização de análise de impacto regulatório no processo de produção de suas normas no País.

Dessa forma, entendemos que a ilustração do antes e depois da estruturação no nosso sistema legal com a uniformização do processo decisório de formação de normas das agências reguladoras brasileiras será mais bem compreendida com o estudo do processo de produção de normas de uma agência específica.

A produção normativa da ANEEL apresenta um grande espectro de abrangência social, econômica e jurídica, pois incide sobre: a) a sociedade civil de modo coletivo e dos consumidores em particular; b) a econômica, afetando os agentes econômicos e usuários; c) o campo político, concretizando as políticas públicas escolhidas pelo Estado para o setor elétrico e d) a seara jurídica com a discussão sobre os impactos, a qualidade e controle da produção normativa dessa agência.

Para desenvolvermos o objeto de estudo, a metodologia utilizada será a pesquisa explicativa do referencial teórico, através de raciocínio hipotético-dedutivo, com uma abordagem de caráter bibliográfico, esmiuçando opiniões similares e diferentes sobre a problemática levantada, bem como a pesquisa empírica sobre os relatórios de análises de impacto regulatório emitidos pela ANEEL para averiguarmos se esta agência está observando os quesitos mínimos exigidos na sua Resolução Normativa nº. 941/2021.

Escolhemos como critério para nossa pesquisa empírica os quesitos mínimos exigidos para elaboração do relatório AIR emitidos pela ANEEL porque esses padrões gerais mínimos foram resultantes de estudos e discussões com base na Recomendação sobre Melhoria da Qualidade Regulatória (*OECD Recommendation*

Improving the Quality of Government Regulation) proposta pela OCDE em 2012 e estabelecidos pelo artigo 6º, do Decreto nº 10.411/2020 que regulamentou a Análise de Impacto Regulatório no Brasil.

De forma complementar, também utilizaremos a pesquisa documental, por meio de análise da jurisprudência, de decisões judiciais dos Tribunais Superiores, da legislação sobre o tema, especialmente a Lei nº. 13.848/19 que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras brasileiras e a Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (LINDB).

Para esse fim, nossa pesquisa divide-se em quatro capítulos:

No primeiro, faremos um apanhado histórico da evolução, influências e transformações da concepção tradicional do ato administrativo à legitimação pelo processo, abordando a processualização das relações administrativas e da competência normativa das agências reguladoras no Brasil; apontaremos o surgimento dos princípios instrumentais do processo administrativo brasileiro e a necessidade de um processo normativo uniforme para as agências reguladoras brasileiras orientadas pelas evidências.

No segundo capítulo, trataremos sobre a segurança jurídica e a produção normativa das agências reguladoras brasileiras. Analisaremos a relevância do pragmatismo jurídico para as escolhas regulatórias; a função parametrizadora da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, especialmente os deveres de concretude e de motivação consequencialistas.

No terceiro capítulo, apontaremos as bases constitucionais e infraconstitucionais da ANEEL; analisaremos como ocorreu a adoção da análise de impacto regulatório por esta agência; apresentaremos dados referentes aos quesitos mínimos exigidos para elaboração dos relatórios de análises de impacto regulatórios emitidos por esta autarquia especial e avaliaremos dados referentes à ANEEL apresentados pelo projeto boas práticas regulatórias do Laboratório de regulação econômica da UERJ Reg.

O quarto e último capítulo destina-se a abordar a análise de impacto regulatório como instrumento de racionalização do processo decisório normativo das agências reguladoras. Iremos demonstrar a necessidade de racionalização do processo decisório de produção de normas das agências reguladoras; a relevância do consequencialismo para a adoção da análise de impacto regulatório no processo normativo das agências reguladoras e como mecanismo de *accountability*.

A nossa tese visa contribuir para o estudo e aprimoramento do processo normativo das agências reguladoras brasileiras demonstrando à comunidade acadêmica e jurídica que o diálogo do sistema de segurança e eficiência na criação do direito público previsto na LINDB e a Lei Geral das Agências Reguladoras Federais concederam ao nosso sistema jurídico: fundamentos legais e ferramentas adequadas, como a análise de impacto regulatório para racionalizar o processo de tomada de decisão pela regulação.

2 PROCESSUALIZAÇÃO DA ATIVIDADE DECISÓRIA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Inicialmente, faremos uma contextualização histórica das influências e transformações da concepção tradicional do ato administrativo à legitimação pelo processo, visando demonstrar que a percepção da processualidade no Direito Administrativo demorou a ser reconhecida em comparação com os demais Poderes. Explicaremos o porquê de um dos motivos da concepção individualista de processo perdurou por tantos anos na seara administrativa.

Adverte Schmidt Assmann que, embora o direito administrativo tenha evoluído para uma perspectiva jurídico-procedimental para atender as demandas hodiernas, ainda estamos tentando resolver os problemas do presente utilizando-se da dogmática do passado.

Naturalmente que o direito administrativo ganhou com a inclusão da Administração de prestações e da planificação em matéria de riqueza de formas e conhece nos nossos dias, a par da Administração autônoma, a par da decisão de subsunção, a decisão discricionária, a par da actuação da Administração sem forma jurídica. Importantes discursos de modernização trouxeram ao pensamento jurídico-administrativo sobretudo uma perspectiva jurídico-procedimental. Mas o enfoque fundamental reducionista que se exprime na tríade não foi, como habitualmente, ultrapassado: numa tal base é, como habitualmente, difícil reconhecer, a par da Administração de Estado, a legitimação independente da administração autônoma, a par de um princípio hierárquico, o princípio colegial, a par da Administração de subsunção, a Administração de conformação, a par da decisão unilateral, o contrato administrativo, como normalidade de administrar e como parte do sistema de igualdade de direitos do direito administrativo. (SCHMIDT ASSMANN, 2016, p. 38)

Assim sendo, devemos conhecer, historicamente, como se desenvolveu a noção de processo no direito administrativo com o objetivo de transpor conceitos

reducionistas da dogmática tradicional se quisermos encontrar respostas para os problemas modernos, como por exemplo, diminuir os impactos da produção normativa das agências reguladoras enfrentados pelos diferentes setores regulados e pelos usuários dos serviços prestados.

2.1 A TARDIA LEGITIMAÇÃO PELO PROCESSO NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

No estudo do Direito Administrativo, deparamo-nos com conceitos que não mais se encaixam na realidade cambiante neste início de Século XXI. Isso acontece porque, embora não tenhamos adotado o contencioso administrativo francês propriamente dito, este influenciou as noções de Direito Administrativo no Brasil de forma profunda.

Apesar de algumas tentativas frustradas de implementação do contencioso administrativo no Brasil, nosso País adotou e consolidou a unidade de jurisdição eivada de contradições advindas da herança francesa como a ideia de uma administração autoritária, unilateral e meramente executora.⁴

O contencioso administrativo consistiu numa espécie de berço do ato administrativo em virtude da continuidade de técnicas jurídicas utilizadas no *Antigo Regime* em pleno período pós-revolucionário francês e da concepção da separação de poderes nascida nesse interregno, visto que não havia uma separação propriamente dita, mas uma confusão entre a administração e o poder judiciário. (PEREIRA DA SILVA, 2021, p. 13/21)

Analisando o princípio da separação de poderes concebido nesse contexto político e econômico, podemos fazer alguns questionamentos: o juiz era somente “a boca da lei”, como pretendiam os revolucionários franceses? A Administração Pública

⁴ Esclarece LIMA (2013, p. 53): “Nesse ponto, cumpre apresentar uma breve explicação. No Brasil, a jurisdição dúplice, embora não tenha vingado, ensaiou algumas rápidas e inexitosas experiências, ainda que restritas à pequena parcela de matérias. Com efeito, a dualidade de jurisdição teve guarida no período imperial; aliás, com uma particular observação: o direito colonial português e o direito público francês eram as duas fontes do contencioso administrativo. Aliás, além do Conselho de Estado, já mencionado acima, existia o Tribunal do Tesouro Nacional, que era o mais atuante órgão do contencioso administrativo do período imperial”.

tinha uma atuação meramente executora da lei ou o exercício dessas funções já demonstrava algum traço de criação do direito?

Esses questionamentos são importantes para compreensão das contradições surgidas no nascimento do Direito Administrativo e ainda se as funções jurisdicionais e administrativas já apresentavam naquele momento sinais de construção em ascensão na medida em que as dimensões do Estado foram crescendo e acoplando outros matizes.

Na sociedade europeia, quando o Estado liberal adotou as funções sociais, ocorreu um aumento do seu tamanho para atender essas demandas, o que gerou um somatório às funções administrativas que, além da função executiva, também acrescentou funções prestadoras e constitutivas. Ressalvamos que o Estado brasileiro não adotou o liberalismo consoante os ideais revolucionários dos países europeus, pois o Brasil era um país agrícola que servia de suporte aos interesses das oligarquias e da metrópole lusitana monárquica. (GIACOMELLI *et al.*, 2018, p.19).

Nesse contexto, percebe-se a ampliação das funções ou atividades da Administração Pública que passou a implementar políticas públicas, prestar serviços públicos e regular a atividade econômica. Tudo isso tornou a atuação da Administração cada vez mais complexa, o que exigiu um aumento das denominadas margens de discricionariedade para apreciação das suas escolhas.

Por causa das transformações da atividade administrativa, Pereira da Silva (2021) afirma que o ato administrativo deixou de ser o conceito central do Direito Administrativo, começando duas grandes perspectivas a ganhar força nessa disputa: a primeira, defendida pela literatura alemã, adota a relação jurídica como fonte da atuação da Administração Pública; e a segunda, capitaneada pelo direito italiano, defende ser o procedimento esse novo atuar. E conclui que não há divergência doutrinária entre as perspectivas apontadas, porque a relação jurídica e o procedimento são realidades que se complementam.⁵

⁵ Elucida PEREIRA DA SILVA (2021, p. 120/122): “Creio, no entanto, que apesar de a relação jurídica e o procedimento serem apresentados como noções-chave de duas vias alternativas de renovação dogmática do Direito Administrativo, não constituem realidades ou conceitos, em si mesmos, excludentes ou incompatíveis, pelo que, de acordo com a orientação que me parece mais correcta, deve-se partir de uma orientação “subjectivista”, de consideração da relação jurídica como conceito central do Direito Administrativo da actualidade e, simultaneamente, entender e valorizar o procedimento como o “quadro”, ou “o pano de fundo”, onde se estabelecem e desenvolvem relações jurídicas administrativas”.

Compreendemos que o ato administrativo, enquanto manifestação unilateral do Estado, não atende mais a realidade administrativa cada vez mais complexa e relacional que busca um novo aporte para tutelar as novas tratativas entre Administração e particulares.

Para a mudança de foco do procedimento para a relação jurídica administrativa, foi essencial a concepção do administrado como sujeito de direitos, porque este não possuía tais direitos e, até então, era considerado um mero colaborador da Administração Pública.⁶

O próximo passo para modificar esse quadro, segundo Medauar (2021, p. 21), consistiu na necessidade de uma percepção processual da atividade administrativa, em que prevalecesse a concepção publicista do processo e da ação como direitos independentes do direito material, de modo que pudéssemos visualizar o processo como relação jurídica processual.

A processualidade está associada ao exercício do poder estatal; o poder é, por si próprio, autoritário. No âmbito estatal, a imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve encontrar expressão em termos de paridade e imparcialidade, no processo pré-constituído. Daí a importância dos momentos de formação da decisão como legitimação do poder em concreto, pois os dados do problema emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído. (MEDAUAR, 2021, p. 76).

A existência de um processo pré-constituído passa a ser um instrumento de legitimação da atividade administrativa que permite previsibilidade e respeito dos direitos dos administrados nas relações jurídico-administrativas. Todavia, o reconhecimento da processualidade no âmbito do Direito Administrativo demorou a acontecer.

⁶ Nesse sentido, MOREIRA (2014, p. 05) explica a importância do reconhecimento dos direitos subjetivos materiais do administrado perante a Administração: “Por isso que, nos séculos XVIII, XIX e parte do XX, toda a jurisdição administrativa europeia – e parte da jurisdição brasileira – dizia respeito ao controle objetivo dos atos administrativos. Afinal, quando do nascimento, desenvolvimento e consolidação do Direito Administrativo, o indivíduo não era tido como sujeito de direito frente à Administração Pública. Como não era sujeito, não poderia ter direitos subjetivos – muito menos aqueles de ordem processual, em especial se o assunto versasse sobre o exercício do antigamente assim denominado poder de polícia do Estado. A pessoa privada, portanto, não detinha legitimidade subjetiva – processual ou material – frente à Administração, mas apenas se lhe reconhecia a legitimidade objetiva para auxiliar as autoridades administrativas em sua atividade superior, de interesse público”.

Na sua origem, a Administração Pública possuía funções executórias em maioria direcionadas com os atos decisórios finais do que com o “iter” de formação da decisão, a qual antecede a própria escolha pública. Basta observarmos que a fonte emanadora do Direito Administrativo foi oriunda da jurisprudência do Conselho de Estado Francês.⁷

Segundo Medauar (2021, p. 20), a preocupação com atuações administrativas finais dificultou a percepção da processualidade no Direito Administrativo, bem como o reconhecimento desta ser inerente a qualquer um dos poderes ou funções do Estado, não sendo exclusiva do Poder Judiciário. E cita, logo a seguir, as peculiaridades da processualidade administrativa:

Utilizar a expressão processo administrativo significa, portanto, afirmar que o procedimento com participação dos interessados em contraditório, ou seja, o verdadeiro processo, ocorre também no âmbito da Administração Pública. E todos os elementos do núcleo comum da processualidade podem ser detectados no processo administrativo, assim: a) os elementos *in fieri* e pertinência ao exercício do poder estão presentes, pois o processo administrativo representa a transformação de poderes administrativos em ato; b) o processo administrativo implica sucessão encadeada e necessária de atos; c) é figura jurídica diversa do ato; quer dizer, o estudo do processo administrativo não se confunde com o estudo do ato administrativo; d) o processo administrativo mantém correlação com o ato final em que desemboca; e) há um resultado unitário a que se direcionam as atuações interligadas dos sujeitos em simetria de poderes, faculdades, deveres e ônus, portanto, em esquema de contraditório. (MEDAUAR, 2021, p. 46/47).

Em síntese, a processualidade faz parte do exercício da função administrativa. Por isso, todas as fases que antecedem a escolha pública devem ser estudadas pelo Direito Administrativo porque compõem o caminho a ser percorrido pela Administração para formação da decisão e não somente o resultado decisório final da atuação administrativa.

Esse entendimento permite-nos a construção principiológica material e processual para proteção do cidadão como o devido processo legal e as garantias do contraditório e da ampla defesa e, posteriormente, a participação do cidadão no processo de formação da decisão administrativa.

⁷ Esclarece PEREIRA DA SILVA (2021, p. 310): “Nem sempre assim foi, porém. O nascimento do Direito Administrativo, “por obra e graça” da jurisprudência do “Conseil d’ État”, levou a que os administrativistas, durante muito tempo, se preocupassem mais com as actuações administrativas finais, tal como eram trazidas a juízo, do que com o seu processo de formação e de aplicação. E essa origem histórica do Direito Administrativo não poderia deixar de marcar a concepção doutrinária que se tinha do procedimento”.

Por razões históricas e culturais, o sistema francês criou um direito próprio para reger a Administração Pública e o sistema inglês aplicou o direito comum. Apesar da origem diversa com o decurso do tempo e o desenvolvimento de políticas expansionistas, esses sistemas passaram a ter mais semelhanças do que diferenças.

Nobre Júnior (2021, p. 21/22), ao analisar as diferenças e traços comuns entre famílias jurídicas, aponta que o objeto do Direito Administrativo não possui um valor universal, visto que a função administrativa oscila conforme o tempo e o espaço, gerando uma extensão diversificada entre essas famílias jurídicas que foram assimiladas e transmitidas por outros Estados, principalmente através de políticas expansionistas.⁸

Os modelos dos países colonizadores influenciaram, culturalmente, as colônias que fizeram parte de suas políticas expansionistas e, posteriormente, com o estreitamento das distâncias e os avanços tecnológicos, ocorreu um verdadeiro intercâmbio de informações e práticas entre os modelos francês e anglo-saxônico. Podemos citar, como exemplo, a ascendência do sistema de precedentes que deixou de ser uma característica específica aos sistemas de *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo nos de *civil law*.⁹

Essa realidade foi potencializada pela Segunda Guerra Mundial, que provocou a ruína da infraestrutura e economia europeia. Por conseguinte, a miséria e o

⁸ Nesse sentido, explica NOBRE JÚNIOR (2021, p. 21/22): “Desperta atenção o último deles, pois é sabido que o exercício da função administrativa oscila conforme o tempo e o espaço. Daí o estudo do que se convencionou denominar de sistemas administrativos, empregado o substantivo com alcance mais amplo do que a um ordenamento nacional. Tem-se, na prática, algo equivalente ao cogitado pelo termo família jurídica, representando uma matriz jurídica estatal a qual produziu sensível influência a outros Estados, o que foi favorecido quase sempre, por uma política colonizadora. São eles os modelos francês ou europeu continental e inglês ou anglo-saxônico. Apesar do desenvolvidos em contextos diversos, tais sistemas – como é natural – não se mostram estanques, de modo que com o passar do tempo, é irrecusável o intercâmbio entre eles, notando-se a assimilação por um de uma parcela dos traços principais do outro”.

⁹ TARUFFO (2014, p. 01) explica como o sistema de precedentes deixou de ser uma característica específica aos sistemas de *common law*: “Deve-se ressaltar, antes do mais, a grande importância que o emprego do precedente e da jurisprudência desempenha na vida do Direito de todos os ordenamentos modernos. Pesquisas realizadas em vários sistemas jurídicos têm mostrado que a referência ao precedente já não é mais, há algum tempo, uma característica peculiar aos ordenamentos de *common Law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo nos de *civil Law*. Assim, a distinção tradicional segundo a qual os primeiros seriam fundados no precedente, enquanto os segundos seriam fundados na lei escrita não tem mais valor algum descritivo – admitindo-se que se considere que realmente tenha tido no passado. De um lado, de fato, nos sistemas de *Civil Law* faz-se amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto nos sistemas de *Common Law* faz-se amplo uso da lei escrita e áreas inteiras desses ordenamentos — do direito comercial ao direito processual — são na realidade “codificadas””.

desemprego passaram a ser tratados como contingências sociais pelos Estados que passaram a intervir com mais intensidade na economia para promoção do bem-estar. Podemos citar, como um exemplo de programa de recuperação econômica nesse período, o Plano *Marshall* aplicado pelos Estados Unidos para ajudar a recuperação das economias dos países ocidentais europeus. (SAES e SAES, 2013, p.451/452)

Destacamos, nesse período pós-guerra (1946), no próprio solo norte-americano, a elaboração da *The Federal Administrative Procedure Act* (APA), lei de processo administrativo americano que reestruturou a organização e atuação administrativa norte-americana, especialmente na uniformização da disciplina das competências das *independent agencies*, que mais tarde influenciariam o Direito Administrativo brasileiro.

Os custos de guerra e do pós-guerra levaram à escassez de recursos para atender as demandas sociais que cresceram demasiadamente. A solução encontrada foi a mudança de foco na eficiência e economia de custos na atuação estatal e não na arrecadação de mais recurso (tributos). Daí se iniciou uma transformação que resultaria na política do *new public management* (NPM), a qual apresentou novos conceitos e técnicas da gestão de recursos públicos: estabelecimento de controles estritos das despesas públicas, desregulamentação, privatização e da busca de eficiência. Essa nova abordagem de gestão pública foi implantada nos Estados Unidos da América, Nova Zelândia e Austrália no final do Século XX.¹⁰

A eficiência na gestão pública será a baliza dos programas e das técnicas que passaram a ser utilizados no *new public management*, especialmente quando desdobramos o termo *eficiência* como a capacidade de aplicar recursos de forma otimizada (*eficaz*): capacidade de alcançar metas; por fim, *efetividade*: capacidade de satisfazer as necessidades da população.

Nos Estados Unidos da América foi implantado o programa de *Government Performance and Results Act* (GPRA) que evidenciou a mudança de paradigma da gestão pública, passando a ter como premissas básicas: o planejamento estratégico e a avaliação continuada de desempenho, ou seja, o paradigma saiu do fornecimento do serviço público (disponibilidade) para os resultados concretos dos serviços prestados.

¹⁰ A respeito, conferir em: CUNHA, (2006, p. 270/279); e MARTINS (2005).

Antes de seguirmos adiante, é necessário citar a lição de Gonçalves (2013), que ao distinguir os conceitos de *new public governance* e da *new public management*, nos fornece uma visão panorâmica sobre os dois temas:

Sem confundir os dois planos, revelam-se evidentes alguns pontos de contacto entre eles: o *new public management* (NPM) foi, antes de tudo, um movimento de ideias pensado de uma forma estruturada para modernizar a administração e para introduzir modelos de boa governação da Administração Pública. Foi também a constatação de um generalizado aumento exponencial dos défices públicos e do funcionamento ineficiente e deficiente das administrações públicas que conduziu à reflexão sobre as vantagens que poderiam resultar da introdução de um modelo gestor oriundo do mercado e do setor privado (*managerialism*) no funcionamento da Administração Pública. (...) Como resulta do que já vimos, a análise da Administração Pública segundo a orientação da *new public governance* não tem a pretensão de substituir modelos de funcionamento ou modelos explicativos do funcionamento da administração. O que está em causa é uma tentativa de compreender as vias que podem conduzir a uma boa governação. Ora, neste sentido, não há qualquer antinomia entre a NPM e a *new public governance*, nem esta significa um estágio de evolução mais avançado. Eis a razão por que a NPM — no sentido de autonomia de gestão do administrador, de Administração Pública focada nos resultados e, portanto, na eficiência — surge aqui como um valor central da boa governação da Administração Pública. (GONÇALVES, 2013, p. 14/15).

Desse modo, a Administração Pública pode alcançar um bom nível de governança (*new public governance*) desde que adote a NPM, ou melhor, desde que foque nos resultados, bem como atenda outros valores exigidos no novo modelo de governança pública.¹¹

Duas décadas depois, surgiu, no Brasil, a ideia de administração pública gerencial pautada na eficiência e em técnicas de controle, uma proposta evolutiva do modelo de administração burocrática que não correspondia mais às funções de um

¹¹ Conferir que GONÇALVES (2013, p. 14/15) destaca que: “Note-se, aliás, que, provavelmente de forma mais clara nos nossos domínios do que no setor privado, o processo de identificação dos valores da boa governação da Administração Pública tem, nos seus fundamentos, uma “ideologia” e baseia-se numa pré-compreensão sobre o próprio Estado Administrativo — neste sentido, o tema entrelaça-se com as concepções sobre a posição da administração no sistema político, sobre a dimensão da administração e sobre o seu relacionamento com a sociedade civil e o mercado. Neste contexto, e assumindo abertamente que fazemos uma escolha pessoal sobre os valores que podem nortear uma boa governação do sistema administrativo, consideramos os seguintes: “separação entre política e administração”; “estabilidade dos modelos de estruturação do sistema administrativo”; “autonomia de gestão da Administração Pública”; “responsabilidade da Administração Pública pelos resultados produzidos”; “Administração Pública democrática”; “Administração Pública em rede, mas coordenada”; “Administração Pública colaborante com o setor privado”; “Administração Pública subsidiária em relação à iniciativa da sociedade civil””.

Estado prestador, investidor, empresário e regulador que atuasse como agente normativo e regulador da ordem econômica (art. 174, CRFB).

Bresser Pereira (1996) comenta que a reforma administrativa de uma administração pública burocrática para a gerencial não se realiza de um dia para o outro, tampouco ocorre com a mesma intensidade nos diversos setores; porém deve ser construída aproveitando as conquistas implementadas pela administração pública burocrática.¹²

Por outro lado, a combinação de princípios gerenciais e burocráticos deverá variar de acordo com o setor. A grande qualidade da administração pública burocrática é a sua segurança e efetividade. Por isso, no núcleo estratégico, onde essas características são muito importantes, ela deverá estar ainda presente, em conjunto com a administração pública gerencial. Já nos demais setores, onde o requisito de eficiência é fundamental dado o grande número de servidores e de cidadãos-clientes ou usuários envolvidos, o peso da administração pública burocrática deverá ir diminuindo até praticamente desaparecer no setor das empresas estatais. (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 31)

Em nosso País, no início da década de 1990, foi criado o Programa Nacional de Desestatização (PND) pela Lei nº. 8.031/90¹³ visando à otimização dos recursos estatais. Todavia, a redefinição do papel do Estado brasileiro somente aconteceu com as mudanças do texto constitucional pela promulgação de várias emendas constitucionais e o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.¹⁴

Essa nova forma de intervenção estatal no domínio econômico por meio de normas que aliada a uma sucessão de reformas legislativas concernentes à Administração Pública, culminou com o surgimento das agências reguladoras no

¹² Nesse sentido, LIMA (2013, p. 91/111) explica que ocorreu uma evolução e não uma substituição do modelo de Administração burocrática, com forte matiz antidialógico e racionalidade jurídico-formal, para o modelo de Administração Pública Gerencial que busca, precipuamente, a eficiência nos serviços públicos.

¹³ BRASIL, Lei nº 9.491/1997 altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revogando a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências.

¹⁴ O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado objetiva criar condições para a redefinição do papel do Estado diminuindo suas funções de executor ou produtor direto de bens e serviços para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento. “Nesta nova perspectiva, busca-se o fortalecimento das funções de regulação e de coordenação do Estado, particularmente no nível federal, e a progressiva descentralização vertical, para os níveis estadual e municipal, das funções executivas no campo da prestação de serviços sociais e de infraestrutura.” (BRASIL, 1995, p.18)

sistema jurídico brasileiro, autarquias especiais que possuem competências fiscalizatória, administrativo-julgadora e normativa.

Cuéllar (2001, p. 65/66) assinala que a adoção da legislação infraconstitucional da expressão “agências reguladoras” foi inspirada no direito norte-americano, mas ressalta que não podemos fazer uma simples transposição do direito comparado sem levar em consideração suas peculiaridades; assim, cita o conceito de agência previsto na *Administrative Procedure Act*: “é autoridade do governo federal, distinta do Legislativo e Judiciário...”.

Buscamos uma resposta no direito comparado para solucionar problemas advindos do acoplamento da função regulatória da economia as atribuições do Estado, visto que por razões históricas a dogmática administrativa brasileira desenvolveu-se voltada a analisar os aspectos do ato administrativo na atuação administrativa pelo processo.

Entrementes, a transposição do direito comparado deve levar em consideração a realidade e as peculiaridades do sistema jurídico de cada país ou grupo de países onde será aplicado como paradigma. Nessa quadra, temos como exemplo o termo “agência” que, no direito estadunidense, significa a própria função administrativa, o que não coincide com o sentido preconizado no direito brasileiro. (CUÉLLAR, 2001, p. 65/75).

O Brasil e os Estados Unidos da América apresentam realidades socioeconômicas, políticas e culturais muito distintas; logo teremos que estruturar o nosso sistema jurídico para que as agências reguladoras brasileiras exerçam as competências que lhe foram atribuídas em conformidade com a nossa ordem constitucional.¹⁵

Diante da realidade de nossas autarquias especiais, os desafios são outros e requerem da atuação administrativa novos mecanismos para efetivar segurança

¹⁵ Nesse sentido, CUÉLLAR (2002, p. 155/156) aponta as principais distinções entre o direito administrativo brasileiro e o norte-americano: primeiro, o objeto da disciplina que neste se resume as agências administrativas, enquanto que no direito administrativo pátrio compreende várias matérias, sendo bem mais amplo; e segundo, a peculiaridade do sistema legal, como os EUA adota o sistema da *common law*, o direito administrativo estadunidense está embasado nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário fundamentalmente.

jurídica, ou seja, mais previsibilidade, transparência e participação dos interessados no processo e na construção das decisões administrativas.¹⁶

2.2 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Por uma questão ontológica, nós utilizaremos a expressão *processo administrativo*, pois a própria Constituição da República de 1988, em vários incisos LV, LXXII, e LXXVIII do seu artigo 5º, utiliza o termo “processo”, como fizeram vários autores¹⁷ quando se debruçaram sobre o estudo da processualidade administrativa.

Outrossim, não nos reportaremos as controvérsias doutrinárias sobre procedimento e processo, como observa Medauar (2021, p. 35/45). Essas são bem antigas tanto no ramo do direito processual quanto na seara do direito administrativo e remetem às questões substanciais ou terminológicas que buscam distinguir os termos *processo* e *procedimento* com o uso de vários critérios para distingui-los, como: amplitude, complexidade, interesse, da lide, do teleológico e do formal, do ato e da função etc.¹⁸

Em nossa pesquisa, o processo (relação jurídico-processual) se materializa no mundo real através do procedimento, enquanto rito que prevê uma sucessão de atos praticados pelo Estado e pelas partes, com observância das garantias processuais constitucionais de defesa e da participação democrática.

¹⁶ BRASIL, Lei nº 13.848, de 25 de jun. de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras: “Art. 3º - A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.”

¹⁷ A esse respeito, conferir em: MEDAUAR (2021, p. 87) que além do artigo 5º, incisos LV e LIV, cita o inciso XXI do art. 37; e o § 1º do art. 41, da CRFB; NOHARA E MARRARA (2018, p. 76) e na CF conforme se observa nos arts. 5º, LV; 41, § 1º, II, e 247, parágrafo único; LIMA (2013, p. 113) cita o art. 5º, incisos LV, LXXII, alínea “b”, LXXVIII; art. 41, §1º, inc. II; e art. 247, parágrafo único, da CRFB; PALMA (Tese doutorado, 2014, p. 139).

¹⁸ A respeito das controvérsias: NOHARA E MARRARA (2018, p. 74): “Tal polêmica origina-se na controvérsia encontrada entre as noções de procedimento e processo, bem como na discussão acerca da adequação desta última noção com o desempenho da função administrativa”. e MOREIRA (2017, p. 51): “O ponto de partida para a diferenciação entre “processos judiciais” e “procedimentos não judiciais” tem sido feito a partir da “disciplina jurídica” em que estejam encartados (direito processual *versus* outros ramos)”.

Na Constituição Federal de 1988, o processo ganha relevância na seara administrativa, o que enseja discussões sobre a necessidade de elaboração de uma legislação reguladora no Brasil. Fruto desse debate, a Lei nº 9.784/99 foi sancionada no dia 29/01/1999, a qual estabelece normas gerais sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

É importante que destaquemos que a Lei Geral do Processo Administrativo Federal (LGPAF) surge quase que concomitantemente com a criação de nossas primeiras agências reguladoras: a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)¹⁹ e Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)²⁰.

Na realidade, Sundfeld comenta que foi a criação das agências reguladoras que contribuiu para a elaboração de Lei gerais de processo administrativo.²¹

A comparação entre as agências reguladoras brasileira e as norte-americanas permitiu a identificação de um déficit: não havia, no Brasil, lei geral para disciplinar amplamente o exercício das atividades decisórias administrativas, inclusive por meio da edição de regulamentos administrativos, nos moldes do *Administrative Procedural Act* (APA) de 1946. Como resposta a esse déficit, a à semelhança do que se havia observado nos Estados Unidos e em outros países, o surgimento das agências reguladoras no Brasil contribuiria para a edição de Lei gerais de processo administrativo. Todavia, quanto aos diversos aspectos do conteúdo dessas leis, provavelmente algumas das principais influências vieram da experiência anterior de outros países latino-americanos, como Argentina e Uruguai, que já as possuíam.²²

A elaboração de nossa Lei Geral de Processo Administrativo Federal recebeu influência da experiência de outros países latino-americanos. Contudo, podemos ressaltar a força do modelo norte-americano com a edição da *The Federal Administrative Procedure Act* – (APA) tanto para a criação das agências reguladoras brasileiras quanto para a elaboração da LGPAF²³. Essa lei não contemplou normas

¹⁹ Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Instituída pela Lei nº 9.427, de 26/12/1996.

²⁰ Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Instituída pela Lei nº 9.472, de 16/07/1997.

²¹ Conferir em PALMA (Tese doutorado, 2014, p. 203): “Na doutrina brasileira, o processo administrativo é indicado como um dos pontos de confluência entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, especialmente com a edição da Lei Federal de Processo Administrativo em 1999 (Lei n.º 9.784/99). O contexto de reforma regulatória seria, nessa linha de entendimento, o cenário propício à edição de leis gerais de processo administrativo”.

²² SUNDFELD (2022, p. 68/69).

²³ LIMA (2013, p. 134): “Observando-se os nortes que ostenta a LGPAF, tem-se que ela sofreu clara influência do modelo norte-americano, a saber, *The Federal Administrative Procedure Act*, de 1946,

sobre um processo normativo geral para Administração Pública no âmbito das agências reguladoras.

Palma (2014, p. 225), em tese publicada antes da vigência da Lei nº. 13.848/2019, comenta sobre a carência de um processo normativo geral para a Administração Pública brasileira e alerta sobre uma incipiente experiência em desenvolvimento no âmbito das agências reguladoras devido a influência do sistema norte-americano (*APA – rulemaking*) como também versa sobre as recomendações de política e governança regulatória da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - (OCDE)²⁴ adotadas pelo Brasil.²⁵

Ainda nesse capítulo, iremos investigar a relevância da Lei Geral das Agências Reguladoras Federais para construção de uma sistematização do processo administrativo normativo no âmbito agências reguladoras brasileiras.

No momento, reportar-nos-emos às mudanças ocorridas no nosso ordenamento jurídico com a vigência de uma lei geral para o processo administrativo no Brasil.²⁶

A noção publicista e instrumental do processo foi adotada pela Lei nº 9.784/99, que também previu a garantia do contraditório e da ampla defesa na aplicação das relações jurídico-administrativas, demonstrando que as manifestações unilaterais do Estado não correspondiam mais à efetivação dos elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito - direitos fundamentais e democracia.

pois a) empreende uma considerável teia principiológica, b) não estabelece uma processualidade rígida, c) assim como não promove uma extensa ou exaustiva regulamentação da matéria e d) sem falar que não disciplina normas de direito administrativo material”.

²⁴ OCDE, Recomendação do conselho sobre política regulatória e governança, 2012.

²⁵ Nesse sentido, registramos a iniciativa de um anteprojeto de lei com proposta de disciplinar o processo administrativo no âmbito das agências reguladoras federais elaborado pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, por GUERRA *et al* (2016b, p. 06): “Destaque dos pontos essenciais da proposta de disciplinar o processo administrativo no âmbito das agências reguladoras federais, feita pela FGV Direito Rio: (i) delimitação do conceito de agência reguladora e suas principais características; (ii) etapas do processo normativo, com ênfase no modelo de gestão de risco e análise de impacto regulatório, seguido por um programa de efetivo rigor e controle da manutenção dos objetivos da regulação; (iii) mecanismos de fiscalização e sanção; (iv) procedimentalização dos instrumentos consensuais de resolução de conflitos, com a possibilidade de celebração de acordos entre os agentes envolvidos; (v) relacionamento com outros órgãos estatais; e (vi) mecanismos de participação e prestação de contas”.

²⁶ Antes da Lei nº 9.784/1999, o processo administrativo brasileiro não tinha uma estrutura coesa no âmbito federal e era formado por várias legislações esparsas que tratavam de procedimentos específicos, como por exemplo: o processo administrativo fiscal, desapropriação, licitações, disciplinar etc.

Conforme a leitura do artigo 1º da Lei nº 9.784/99, já percebemos a mudança de perspectiva trazida do Direito Administrativo brasileiro pela novel legislação: “à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”, que, segundo Moreira (2017, p. 113), ocorreu um reposicionamento do processo administrativo no nosso sistema jurídico como um instrumento a serviço da garantia e da efetivação dos direitos fundamentais e não como uma mera sucessão de atos a serem observados.

Por seu turno, Nohara e Marrara (2018, p. 44), afirmam que a Lei do Processo Administrativo (LGPAF) foi elaborada com o objetivo de pôr fim às práticas autoritárias vigorantes nas repartições públicas, como indeferimentos imotivados e demandas judiciais desnecessárias por causa de descumprimento de garantias constitucionais.

A Lei nº. 9.784/99 nasceu como um marco legal que determinou a observância do devido processo legal pela Administração Pública como meio de proteção dos direitos do administrado para evitar condutas abusivas na atuação administrativa.

A LGPAF, que contempla a base principiológica já positivada no nosso texto constitucional (artigo 37, caput, CRFB), inova em seu artigo 2º *caput* ao catalogar princípios pragmáticos como razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, e contraditório. Já no seu parágrafo único, dispõe sobre treze critérios a serem observados na condução do processo administrativo, quando não reforçam a aplicação dos princípios acima elencados.

Destacamos o primeiro critério elencado pelo parágrafo único do artigo 2º da LGPAF que dispõe sobre a atuação conforme a lei e o direito, visto que este critério passou a ser defendido pelos administrativistas mais modernos com a constitucionalização do Direito Administrativo e tendo como princípio a juridicidade, por ter ampliado o âmbito do princípio da legalidade administrativa para todo o Direito.²⁷ Segundo pontua Pereira da Silva (2021, p. 84/85) é a noção positiva de legalidade como forma de realização do direito pela administração e não somente como limite.

Essa nova dimensão do princípio da legalidade foi gerada a partir de uma nova hermenêutica constitucional advinda com o pós-positivismo, que ampliou o

²⁷ A esse respeito, consultar: OLIVEIRA (2013, p. 76); BINENBOJM (2008, p. 208);

campo de interpretação do aplicador do direito através dos princípios, de modo que o administrador deixa de se vincular apenas à lei e passa a vincular-se ao Direito.

No próximo capítulo, analisaremos como essa nova hermenêutica constitucional aproximou o Direito da realidade dos fatos, tornando imprescindível o diálogo com outras ciências para a concretização das normas jurídicas, principalmente para controle da atuação das agências reguladoras.

O estado democrático de direito exige relações jurídicas previsíveis, transparentes e imparciais, asseguradas pelas garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, com transparência e participação popular como forma de contrabalancear as prerrogativas garantidas à Administração Pública, na busca de satisfação do interesse público.

Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2023, p. RB 31.1) para a efetivação dos direitos fundamentais em nosso sistema constitucional, deve haver a legitimação da decisão: “Porém, não basta um procedimento legítimo. No Estado constitucional, a jurisdição realiza os seus fins apenas quando a ordem jurídica é racionalmente interpretada e aplicada na dimensão dos direitos fundamentais”.

A Administração Pública, por exercer funções essenciais para a concretização dos direitos fundamentais e da democracia, deve suprir déficits de legitimação democrática de como ocorre na produção normativa das agências reguladoras. Assim sendo, faz-se necessário a participação social, a responsabilização das autoridades reguladoras e controle da atuação dessas entidades.

Nesse sentido, Moreira (2017) observa que a melhor forma de legitimação dessas autarquias especiais no nosso sistema jurídico constitucional deve se dar através da especialidade técnica e da processualização de suas decisões e normas.

Essa ruptura com o circuito democrático exige a procura de novas formas de legitimação das decisões administrativas. Caso contrário celebrar-se-á a institucionalização de uma esfera não democrática da Administração. No âmbito das agências reguladoras a solução proposta dá-se basicamente através da especialidade técnica e da processualização de suas decisões. Os provimentos administrativos das autoridades independentes devem reger-se pela *accountability*: transparência, participação, informação, justificação e prestação de contas aos interessados (com responsabilização das autoridades públicas). O processo presta-se, então, a reger o todo da atividade decisória das agências – tanto no que diz respeito à solução de litígios como na própria elaboração das normas regulamentares (v. Capítulo II, n. 4, §§ 42 e ss.). (MOREIRA, 2017, p. 106/107).

A processualização das decisões é uma ideia mais ampla que legitimação da decisão, visto que não envolve somente a participação popular, mas uma série de boas práticas administrativas que as autoridades independentes devem adotar: transparência, participação, informação, justificação, prestação de contas aos interessados e responsabilização das autoridades públicas.

Uma prática importante adotada pela Lei nº. 9.784/1999 foi a obrigatoriedade da motivação dos atos administrativos com a indicação dos fatos e fundamentos jurídicos. No artigo 50,²⁸ apesar de tal disposição ter elencado hipóteses de motivação, há um consenso na literatura que esse rol é meramente exemplificativo,²⁹ pois a motivação é um dever que emana da ordem constitucional, do Estado democrático de direito e do nosso ordenamento jurídico.

A lição clássica de Direito Administrativo pátrio sobre os elementos do ato administrativo, o qual diferencia o elemento “motivo” como sendo o pressuposto de fato e de direito do elemento “forma” que exteriorizam por meio da motivação, gerou interpretação equivocada de que a motivação não é, propriamente, um elemento do ato e que era considerada dispensável.

Oliveira (2018, p. 305 - 307) cita cinco entendimentos doutrinários acerca da controvérsia da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos, fomentados pela divisão entre atos vinculados e discricionários e pela interpretação da norma do artigo 93, incisos IX e X, da CRFB. E se posiciona que, independentemente de previsão expressa, a motivação dos atos é uma exigência constitucional com fulcro nos princípios democrático, da legalidade, da publicidade e da ampla defesa e do contraditório.

Nesse sentido, Medauar (2009, p. 141) explica que nos trabalhos da constituinte de 1988 houve tentativa de introduzir a regra da motivação como princípio da Administração Pública. Porém não permaneceu no texto definitivo, constando

²⁸ BRASIL. Lei n. 9.784/29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal: “Art. 50: “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo”.

²⁹ Conferir em: OLIVEIRA (2018, p. 307); MOREIRA (2017, p. 433); e NOHARA e MARRARA (2028, p. 400).

expressamente apenas a exigência de motivação das decisões administrativas dos tribunais (artigo 93, X). Porém, adiante, conclui que o dever de motivar não necessita estar expresso na Constituição Federal nem em lei, pois tem base na democracia do Estado brasileiro (artigo 1º da CRFB), no princípio da publicidade (artigo 37, caput) e, tratando-se de atuações processualizadas, na garantia do contraditório (inciso LV do art. 5º).

Outrossim, recordemo-nos que o controle judicial dos atos administrativos (discricionários) se originou de teorias ligadas à lei, como as teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes e não fundadas no texto constitucional. Essa premissa também é necessária para verificarmos a evolução do controle e da motivação dos atos da Administração Pública.³⁰

Em 2015, a aplicação da Lei nº. 9.784/1999 foi revitalizada com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil que alterou o direito processual brasileiro. Nós podemos citar como exemplos dessas inovações: a ênfase na consensualidade em todas as fases do processo, a vedação à decisão-surpresa, a realização de negócios jurídicos processuais, a unificação do tratamento da tutela de urgência e a criação de vários institutos para promover a uniformização da jurisprudência.

Além de uma interpretação sistemática, a interação desses diplomas legais (LGPAF e CPC) possui expressa previsão legal, conforme depreendemos da leitura do artigo 15 do CPC, que preceitua a aplicação, supletiva e subsidiariamente, das disposições do CPC na ausência de normas que regulem o processo administrativo.

Nesse sentido, Oliveira (RDDA, vol. 8, 2021, p.140), Moreira (2017, p. 432/433) e Nohara e Marrara (2018, p. 411/412) concordam com essa integração hermenêutica entre o CPC e a LGPAF, citando como um dos exemplos dessa aplicação as disposições da norma do artigo 489, § 1º do CPC ao processo administrativo, como forma de reforçar e ampliar o dever de motivação da atuação administrativa.

³⁰ Nesse sentido, BINENBOJM (2008, p. 199): “Assim, sucederam-se como etapas do itinerário de juridicização da discricionariedade administrativa: (I) a teoria dos elementos do ato (competência, forma, finalidade, motivo e objeto), com a possibilidade de sindicância dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários (competência, forma e finalidade); (II) o desenvolvimento de teorias de controle a partir de parâmetros implícitos na lei (como o desvio de poder, o excesso de poder e a teoria dos motivos determinantes); (III) o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados; (III) o desenvolvimento da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais”.

Assim, o dever de motivação no artigo supracitado que objetiva a racionalização da atividade decisória poderá ser aplicado ao processo administrativo como meio de aprimorar a tutela dos direitos fundamentais individuais e coletivos, visto que o processo é o principal instrumento de efetivação de tais direitos pelos poderes públicos.

Em nossa pesquisa, faremos uma abordagem instrumental do processo administrativo, ou seja, não vamos aprofundar cada um dos princípios constitucionais positivados (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) no artigo 37 da CRFB, mas abordaremos todos no decorrer desse trabalho, visto que formam a base da aplicação do Direito Administrativo Processual.

Acontecerá o mesmo com os princípios previstos no artigo 2º da LGPAF (legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência); dessa forma, escolhemos os princípios constitucionais processuais do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, da transparência, da razoabilidade e proporcionalidade por salvaguardarem os direitos fundamentais dos administrados nas relações jurídico-administrativas.

2.2.1 Do Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal nasceu na Inglaterra e influenciou ordenamentos jurídicos de vários países. Todavia, foram nos Estados Unidos que ele desenvolveu sua feição substancial e seu sentido formal a partir da jurisprudência da Suprema Corte Americana.

Sobre a evolução histórica do devido processo legal substantivo, Moreira (2017, p. 283/284) comenta que sua origem foi remota e difusa, vindo a se consolidar em meados do século XIX: “A partir de 1873 a Suprema Corte norte-americana passou a construir mais intensamente os princípios fundadores do devido processo legal substancial, em apoio ao crescimento econômico e à liberdade então experimentados”. O referido autor afirma que, com a “grande depressão”, o entendimento da suprema corte estadunidense mudaria com fundamento na mesma cláusula; aos poucos, abandonaria a proteção dos direitos econômicos.

Nohara e Marrara observam (2018, p. 50/51) que a promulgação da lei do processo administrativo estadunidense (*APA*) ajudou a desenvolver o devido processo

legal, tanto na esfera da participação e controle popular como na *administrative adjudication*, uma espécie de garantia de participação prévia na produção de provas antes da esfera do particular ser atingida pela decisão estatal. Além da esfera executiva em si, ainda ampliou com a denominada *rulemaking* na produção de atos gerais e normativos pelo Estado regulador e, posteriormente, estendida para a competência normativa das agências reguladoras.

Desde sua origem, a independência e a autonomia das agências reguladoras geram debates sobre suas competências, especialmente a normativa, visto que seus limites e controle pelos Poderes Públicos não foram bem definidos, o que se tornou um desafio para o Direito na atualidade.

Boa parte dos processualistas brasileiros entendem que o devido processo legal possui dois sentidos: primeiro o sentido formal que preceitua um processo em conformidade com a lei, ou melhor, com o Direito; e o segundo sentido substancial que diz respeito a elaboração e interpretação de normas jurídicas.³¹

Moreira (2017, p. 332) crítica essa abordagem, pois o aspecto *processual do due process of law* é indissociável de sua compreensão substancial.

Nesse sentido Humberto Ávila também discorda desta separação:

Igualmente não é consistente separar o “devido processo legal substancial” do chamado “devido processo legal procedimental”. Em primeiro lugar, porque o “devido processo procedimental” não é independente, no seu fundamento, de determinado princípio cuja aplicação reflexiva gera um direito subjetivo ou de determinada regra que o garanta, mas decorrente do seu próprio conteúdo normativo, ainda que ilegítimamente proclamado. Em segundo lugar, porque só se sabe se um processo é adequado ou justo se os atos praticados no processo forem proporcionais e razoáveis ao ideal de protetividade do direito alegado. (ÁVILA, 2008, p. 59)

³¹ A esse respeito, ALVIM (2019, p. 169): “O caráter não apenas processual, mas o chamado substantive *due process* foi alavancado nos Estados Unidos em 1798 no caso *Calder v. Bull*, firmando-se o entendimento de que atos normativos, quer os legislativos ou os administrativos, que ferissem direitos fundamentais, ofenderiam, *ipso facto*, o devido processo legal. Este caso foi ilustrativo do fato de que o princípio do devido processo legal tinha aplicabilidade também fora dos limites processuais;”. e NEVES (2017, p. 174): “Atualmente, o princípio do devido processo legal é analisado sobre duas óticas, falando-se em devido processo legal substancial (*substantive due process*) e devido processo formal (*procedural due process*). No sentido substancial o devido processo legal diz respeito ao campo da elaboração e interpretação das normas jurídicas, evitando-se a atividades legislativa abusiva e irrazoável e ditando uma interpretação razoável quando da aplicação concreta das normas jurídicas. É campo para aplicação dos princípios – ou como prefere parcela da doutrina, das regras – da razoabilidade e da proporcionalidade, funcionando sempre como controle das arbitrariedades do Poder Público”.

Deveras, o que importa para nossa pesquisa é a possibilidade de concentrarmos nas diversas fases em que o Estado se propõe para atingir os fins determinados pelos princípios que ele adotou, ou seja, do processo de elaboração das normas e a sua aplicação.

Como já dissemos anteriormente, o Direito Administrativo não tinha o devido processo legal como meio de legitimar seus atos, pois o processo era entendido apenas como procedimento. Em verdade, o devido processo legal substancial não pode ser dissociado dos procedimentos que irão dar efetividade aos fins (direitos) a serem protegidos.

A Constituição Federal de 1988 consagra o devido processo legal no artigo 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Essa cláusula se aplica a todas as relações jurídicas entre o Estado e particulares (plano vertical), entre particulares (plano horizontal) e nas relações de hipossuficiência (plano diagonal).³²

Por isso, ao dizermos que o devido processo legal seria uma cláusula geral, como faz Didier Jr (2017, p. 74) ou o gênero de onde decorreriam todos os demais princípios constitucionais processuais,³³ não é a melhor interpretação para a proteção dos direitos fundamentais, pois se essa cláusula contemplasse tudo, logo se esvaziaria a aplicação prática de demais princípios tão relevantes quanto o devido processo legal.

Não podemos concordar que o princípio do devido processo legal seja uma cláusula matriz de onde derivam todos os demais princípios processuais para se garantir a igualdade, a liberdade e a segurança nas relações com os poderes/funções do Estado. Aqui, aderimos a lição de Humberto Ávila sobre o tema:

³² Como bem observado por MOREIRA (2017, p. 268): “nos países da *common law* os textos constitucionais são, usualmente, sintéticos e utilizam preceitos genéricos que serão desenvolvidos e aperfeiçoados pelo Poder Judiciário, enquanto a Constituição Brasileira é prolixa”.

³³ Conferir em: ALVIM (2019, p. 166): “É, pois, o princípio do devido processo legal, como se acentuou, princípio fundamental. Dele decorrem todos os demais princípios processuais insculpidos no texto constitucional, tais como a proibição da prova obtida por meio ilícito, o contraditório propriamente dito, a publicidade dos atos processuais etc”. NERY JÚNIOR (2016, não paginado): “O princípio constitucional fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam, é o do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*. A Constituição Federal brasileira de 1988 fala expressamente que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF 5.º LIV)”.

Enfim, o uso da expressão “devido processo legal substancial”, como variante de significado supostamente decorrente da previsão expressa do “devido processo legal” é triplamente inconsistente: em primeiro lugar, porque leva ao entendimento de que o fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade é o dispositivo relativo ao “devido processo legal”, quando o seu fundamento reside na positivação dos princípios de liberdade e igualdade conjuntamente com finalidades estatais; em segundo lugar, porque os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade são aplicados mesmo fora do âmbito processual, razão pela qual perde sentido o uso da expressão “devido processo legal substancial” para representá-los; em terceiro lugar, porque o “devido processo legal substancial”, se compreendido como os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade, dá a entender que esses deveres não estão presentes no “devido processo legal procedimental”, quando, como será visto, servem para a sua própria configuração como processo adequado ou justo. (ÁVILA, 2008, p. 56).

Portanto, o princípio do devido processo legal não se esgota no direito processual instrumental e sequer precisaria estar previsto no texto constitucional expressamente, porque ele surge quando nasce um direito fundamental material, o qual para ser aplicado e gozado pelo seu titular necessita de um processo adequado e justo.

2.2.2 Contraditório e Ampla Defesa

O contraditório e a ampla defesa decorrem da tutela adequada dos direitos fundamentais no plano fático, conforme previsto no artigo 5º, inciso LV da CRFB: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A expressão “litigantes” gerou, por longo tempo, a interpretação de que o processo só deveria existir onde ocorresse lide. Hoje, ela se tornou uma visão ultrapassada, porque em um estado democrático de direito, o processo deve ser observado tanto quando há substituição da vontade das partes como a participação seja como interessadas ou colaboradoras na formação da decisão, que deverá ser cumprida no âmbito judicial ou administrativo.

Nesse sentido, as controvérsias acerca da jurisdição voluntária ser uma atividade jurisdicional ou simples administração de interesses privados na esfera judicial perdeu o sentido; quiçá com as atribuições de atividades extrajudiciais aos delegatários de serviços cartorários que passaram a resolver várias demandas que antes eram somente de competência do Poder Judiciário.

O reconhecimento da relação jurídica processual no âmbito administrativo exigiu do Estado além de um reposicionamento da Administração Pública perante o cidadão a possibilidade de contraditório e ampla defesa.

Segundo Medauar (2021, p. 114): “A ideia de contraditório em processos administrativos ganha terreno também à medida que a atenção se volta para a relação Administração-administrados e que se buscam meios para circunscrever a atuação administrativa dentro de parâmetros, com o fim de refrear abusos”.

O princípio do contraditório constitui decorrência lógica da carga decisória do processo administrativo. Ora, se o ato decisório tem a capacidade de afetar direitos fundamentais dos administrados, cabe ao nosso sistema constitucional democrático garantir as partes o contraditório e a ampla defesa.

O Supremo Tribunal Federal (STF) em julgamento de repercussão geral no Recurso Extraordinário (RE) 594296/MG, em 21/09/2011, Relator Ministro Dias Toffoli, afirmou que a partir da promulgação da CRFB, “qualquer ato da Administração Pública que tiver o condão de repercutir sobre a esfera de interesses do cidadão deverá ser precedido de prévio procedimento em que se assegure ao interessado o efetivo exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa”.³⁴

O contraditório e a ampla defesa são necessários e adequados para tutelar os direitos dos administrados, como por exemplo: direito à informação através de acesso aos autos processuais, produção de provas e a possibilidade de contraditar decisões. Vejamos o que dispõe a LGPAF, no capítulo II, sobre os direitos dos administrados.

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: (...) II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 594296, Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2011, repercussão geral - mérito acórdão eletrônico DJe-030, divulg. 10-02-2012 public. 13-02-2012 RTJ VOL-00234-01, pp-00197: “EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO DO PODER DE AUTOTUTELA ESTATAL. REVISÃO DE CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO E DE QUINQUÊNIOS DE SERVIDORA PÚBLICA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Ao Estado é facultada a revogação de atos que repete ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já decorreram efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo. 2. Ordem de revisão de contagem de tempo de serviço, de cancelamento de quinquênios e de devolução de valores tidos por indevidamente recebidos apenas pode ser imposta ao servidor depois de submetida a questão ao devido processo administrativo, em que se mostra de obrigatória observância o respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. 3. Recurso extraordinário a que se nega provimento”.

decisões proferidas; III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; (...)

O direito à ampla defesa e ao contraditório está, intrinsicamente, relacionado ao dever de motivação das decisões administrativas, pois o cidadão, sem essa garantia, não terá condições de contraditar o que foi decidido pela Administração Pública.

Questão relevante e conformada com a configuração de uma Administração Pública policêntrica é compreender o sentido do termo “administrado”. A partir desse novo paradigma, de quem será esse sujeito de direito e como se dará o exercício dessas garantias?

No âmbito das relações jurídicas entre agências reguladoras e os regulados no nosso sistema jurídico, Palma (2022) reconhece pelo menos duas figuras como administrado quando se fala em agências reguladoras: o regulado e o usuário. E ressalva que o termo regulado não é uma simples mudança de rótulo, ele é um *player* e sem a participação dele não se faz regulação. Logo, o regulado é um ator relevante no diálogo setorial, principalmente para a identificação de problemas. (Informação verbal).³⁵

2.2.3 Da Proporcionalidade e da Razoabilidade

Em relação à sua origem histórica, o princípio da razoabilidade surge no direito norte-americano decorrente da evolução jurisprudencial da aplicação da garantia do *due process of law*, enquanto o princípio da proporcionalidade se desenvolveu no campo do direito administrativo durante o Século XIX como forma de conter o arbítrio estatal. Após o período pós 2ª Guerra Mundial, ganhou destaque com o advento da Lei Fundamental na interpretação e aplicação das normas constitucionais pela jurisprudência alemã.³⁶

³⁵ CONGRESSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO DO RIO GRANDE DO NORTE – IV: Precisamos falar sobre as liberdades dos administrados, evento *on line*, promovido pelo IDASF, período de 17 a 19 de fevereiro de 2022, palestra proferida 7º Paine!l: Agências reguladoras e direitos dos administrados, palestrantes: Dra. Juliana Bonacorsi de Palma, Dra. Patrícia Regina Pinheiro Sampaio e Dr. Edilson Nobre Júnior, mediador: Carlos Nitão, realizada, dia 19 fev. 2022. (Informação verbal).

³⁶ Consultar em: OLIVEIRA (2013, p. 123/124); e BONAVIDES (2009, p. 407).

O princípio da proporcionalidade não está previsto expressamente na CRFB, mas se infere do próprio sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais. A nível infralegal foi consagrado conjuntamente com a razoabilidade como princípios expressos e como critério de adequação entre meios e fins a serem observados no processo administrativo, conforme dispõe o artigo 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei nº. 9.874/1999.

Bonavides (2009, p. 436) leciona que a positivação do princípio da proporcionalidade no nosso ordenamento jurídico advém da cláusula de extensão de direitos e garantias fundamentais, porque o § 2º do artigo 5º da CRFB não exclui outros direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou pelo tratado internacional.

A proporcionalidade e a razoabilidade são denominadas por Ávila (2021, p. 183) como metanormas porque não seriam princípios propriamente ditos, mas postulados que servem para sopesar a aplicação dos princípios no nosso sistema jurídico.

O princípio da proporcionalidade tem por finalidade a construção de uma relação de causalidade entre os fins pretendidos e os meios empregados para atingi-los, tudo com o intuito de verificar se um ato estatal foi adequado, necessário, e se ocorreu uma ponderação entre os custos e os benefícios alcançados restritivamente.

Ávila (2021) explica que o postulado da proporcionalidade não se confunde simplesmente com a ideia de proporção, pois necessita de uma relação de causalidade entre elementos compreendidos como também que passem pelo crivo escalonado dos seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Ele se aplica a apenas a situação em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocada pela adoção do meio?). (ÁVILA, 2021, p. 209).

Apesar da adoção e aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal para a resolução de colisão entre direitos fundamentais, esta corte não faz distinção entre razoabilidade e proporcionalidade, tratando-as como

sinônimos nos seus julgados e, na maioria das decisões, quando o princípio da proporcionalidade é aplicado não analisa os subprincípios deste, limitando-se a citá-los.

Há duas décadas, Afonso da Silva (2002) realizou uma análise sobre a aplicação da regra da proporcionalidade na jurisprudência do STF e concluiu que o tratamento dado a este princípio/regra/postulado pela corte constitucional consistia apenas em um apelo à razoabilidade, desprovido, na maioria das vezes, de uma fundamentação consentânea e subsidiária com respaldo nas sub-regras escalonadas que perfazem o princípio da proporcionalidade. Vejamos:

A subdivisão da regra da proporcionalidade em três sub-regras, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conquanto praticamente ignorada pelo STF, é bem salientada pela doutrina pátria. Algumas vezes, contudo, a análise dessas sub-regras não tem sido feita de maneira a torná-las compreensíveis e aplicáveis na prática jurisprudencial. Muitas vezes é fornecido apenas um conceito sintético de cada uma delas, sem que se analise, no entanto, a relação entre elas, nem a forma de aplicá-las. Com isso, são ignoradas algumas regras importantes da aplicação da regra da proporcionalidade, impossibilitando sua correta aplicação pelos tribunais brasileiros. Uma dessas regras, trivial à primeira vista, mas com importantes consequências, é a ordem pré-definida em que as sub-regras se relacionam. (DA SILVA, 2002, p. 34).

Essa realidade se mantém até hoje, conforme podemos depreender dos comentários de Bellem de Lima (2020, p. 187) sobre a utilização da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “Sua invocação não parece cumprir nenhuma outra função além de conferir uma pretensa sofisticação teórica à posição encampada pelo ministro e, dessa forma, aumentar o seu poder de convencimento”.

Os princípios, conceituados pela literatura como mandamentos de otimização, não possuem primazia no plano abstrato. Por isso concordamos com a literatura administrativista moderna que critica o princípio da supremacia do interesse público aferível aprioristicamente, porque a preponderância ou não de um princípio deve ser balizada na aplicação do caso concreto.³⁷

As prerrogativas da Administração Pública não devem ser defendidas a qualquer custo, especialmente em detrimento de interesses públicos primários. No caso concreto, os interesses e direitos em colisão devem ser ponderados com

³⁷ Consultar: BINENBOJM (2008, p. 94/102).

motivação expressa e fundamentada, como garantia para o administrado e segurança na aplicação do Direito Público.

Em relação ao Direito Regulatório, quando comentamos sobre o processo no âmbito das agências reguladoras, vemos que tais princípios foram previstos expressamente na motivação que deverá ser realizada pelo regulador quando for ponderar os interesses em choque entre as agências e os agentes regulados e os usuários.

2.2.4 Transparência

O princípio da publicidade ganhou reforço com o aumento do acesso à informação e da transparência da atuação administrativa implementados pela Lei nº. 12.527/2011, denominada de Lei de Acesso à Informação, que regulamentou as disposições de formas de participação democrática, de acesso a dados e registros administrativos e às informações sobre atos do governo previstas nas normas dos artigos 5º, inciso XXXIII, 37, § 3º, inciso II e 216, § 2º, todos da Constituição Federal de 1988.

A expansão da rede mundial de computadores (*internet*) proporcionou a implementação dos deveres de informação e de transparência na sociedade contemporânea através da criação de portais oficiais do governo com informações da gestão e aplicação do dinheiro público com acesso disponível para todos os cidadãos.

A crise da legitimação na democracia representativa brasileira demonstrou um déficit de participação popular, visto que a democracia participativa não se esgota apenas com o sufrágio universal e de formas esporádicas de participação direta, como os plebiscitos e referendos, visto que devemos conceber a democracia como um processo dinâmico em que os canais de diálogo entre o Estado e a sociedade civil estejam abertos e operativos. JALES (2016, p. 23).

O controle social é um termômetro para aferir a democracia conforme constata Justen Filho (2010): quanto menos eficientes os controles sociais para fiscalizar a conduta dos agentes públicos, menos relevantes se tornam as formas de controle jurídico que são concebidas.

No entanto nenhum mecanismo jurídico formal pode gerar a democracia ou substituir a participação popular como instrumento de controle dos exercentes do poder estatal. O controle da atividade administrativa depende de

instrumentos jurídicos adequados e satisfatórios. Mas nenhum instituto jurídico formal será satisfatório sem a participação popular. A democracia é a solução mais eficiente para o controle do exercício do poder. A omissão individual em participar dos processos de controle do poder político acarreta a ampliação do arbítrio governamental. Os institutos que preveem a participação popular na atividade administrativa representam, por isso, a solução mais satisfatória e eficiente para promoção dos direitos fundamentais. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 1133).

Vários mecanismos de participação popular foram implementados pelas legislações administrativas com objetivo de aumentar a legitimação democrática na atuação e na fiscalização da Administração Pública. Podemos citar como exemplos: as audiências públicas e consultas públicas realizadas no processo normativo das agências reguladoras.

O dever de transparência passou a constar expressamente como princípio da governança pública³⁸ e prática administrativa através da difusão de informações sobre a atuação dos gestores e seus resultados segundo França (2011, p. 114): “O grau de difusão de informação – qualitativa e quantitativamente – ao cidadão é o meio efetivo para aferir a extensão do exercício de controle democrático de determinado Estado”.

A transparência nas organizações burocráticas do governo aumenta a responsabilidade da sociedade civil na fiscalização dos gestores públicos. Dessa forma, é preciso combinar a participação popular com mecanismos de controle para fomentarmos uma cultura de *accountability* no Brasil. Nesse sentido, Abrúcio e Pó (2004) propugnam que:

A *accountability* é um conceito mais amplo que, além do controle, inclui a existência de condições para os cidadãos participarem da definição e avaliação das políticas públicas, premiando ou punindo os responsáveis (CLAD, 2000). Tais condições incluem a disponibilidade de informações sobre a atuação dos governos e seus resultados, bem como de instituições que permitam contestar as ações do Poder Público. Desse modo, controle e *accountability* não são sinônimos, sendo o primeiro um dos componentes do segundo, embora sejam, num regime democrático, indissociavelmente ligados, porque não há efetivação da *accountability* sem a utilização de instrumentos institucionais de controle. (ABRUCIO e PÓ, 2004, p. 02).

Ressaltamos a importância do controle social informal na atualidade para fiscalizar a conduta dos agentes públicos, conforme acontecem nas redes sociais,

³⁸ BRASIL, Decreto Nº 9.203/2017 que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional: “Art. 3º: “São princípios da governança pública: I - capacidade de resposta; II - integridade; III - confiabilidade; IV - melhoria regulatória; V - prestação de contas e responsabilidade; e VI – transparência”.

blogs e *microblogs*. Contudo, essa participação depende de variantes, como o grau de maturidade da democracia, da cultura política do cidadão e dos níveis de educação analógica e digital da população.

Observamos que o Decreto Federal nº. 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, além de consagrar a transparência e a melhoria regulatória como princípios da governança pública, instituiu como uma de suas diretrizes no artigo 4º, inciso VIII: “manter processo decisório orientado pelas evidências, pela conformidade legal, pela qualidade regulatória, pela desburocratização e pelo apoio à participação da sociedade”.

Essa diretriz já anunciava o que estava por vir no nosso sistema jurídico: a uniformização do processo normativo para as agências reguladoras brasileiras, fundamentada em evidências e com uma visão multipolar de partes no processo.

2.3 O MARCO LEGAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

Desde a criação da primeira agência reguladora brasileira - Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) transcorreram 23 anos até a publicação da Lei nº. 13.848, de 25 de junho de 2019, que dispôs sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras em âmbito federal.

É o marco legal fundamental das agências reguladoras brasileiras, porque até a promulgação da Lei nº. 13.848/2019 não existia no Brasil um estatuto que disciplinasse, uniformemente, a organização e atuação de todas as agências reguladoras, ressalvada a existência somente da Lei nº. 9.986/2000 que estabelecia normas gerais sobre gestão de recursos humanos para todas as agências, devendo ser aplicável apenas de forma subsidiária. Porquanto, cada lei que criava uma nova agência reguladora passava a estabelecer a disciplina específica de tal entidade, dificultando o controle de suas atividades.

O marco regulatório das agências reguladoras federais (Lei nº. 13.848/2019) apresenta disposições gerais e sete capítulos, os quais consagram a padronização de vários instrumentos, como as consultas públicas e audiências públicas; institucionalizou a análise de impacto regulatório; a colegialidade das decisões; criou processos de elaboração normativa e tomada de decisões das agências federais;

prestação de contas; planejamento regulatório; articulação entre agências ou órgãos de regulação.

A nova lei caracterizou as agências reguladoras em seu artigo 3º, diferenciando-as das autarquias comuns por possuírem maior autonomia e independência frente ao Poder Executivo e pela estabilidade de seus dirigentes, com mandatos fixos e hipóteses de perda do mandato. Contudo, seja por atecnia ou com espeque na dogmática jurídico-administrativa tradicional, a lei cita como natureza especial a ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, sendo essa última inexistente tanto nas autarquias comuns como nas agências.³⁹

As agências reguladoras dotadas de competências funcional e normativa despertaram dúvidas e preocupações em relação ao controle externo de suas atividades, até porque outras entidades já detinham autonomia administrativa e financeira no âmbito da Administração Pública. Com o intuito de distingui-las das demais entidades, a Lei Geral das Agências Reguladoras Federais elencou um rol taxativo no seu artigo 2º das agências consideradas reguladoras nos termos desta lei e criadas a partir de sua vigência.⁴⁰

Destarte, entendemos que a enumeração das agências reguladoras no artigo 2º da referida lei poderia ter ampliado a uniformização do processo decisório e normativo para outras entidades que possuem competência normativa e regime jurídico semelhante, proporcionado mais transparência e previsibilidade a esses processos, ressalvado os casos de sigilo quando necessário.

³⁹ BRASIL, Lei nº 13.848, de 25 de jun. de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras: “Artigo 3º - A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação”.

⁴⁰ BRASIL, Lei nº 13.848, de 25 de jun. de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras: “Art. 2º Consideram-se agências reguladoras, para os fins desta Lei e para os fins da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000: I - a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); II - a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); III - a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); VI - a Agência Nacional de Águas (ANA); VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); IX - a Agência Nacional do Cinema (Ancine); X - a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); XI - a Agência Nacional de Mineração (ANM). Parágrafo único. Ressalvado o que dispuser a legislação específica, aplica-se o disposto nesta Lei às autarquias especiais caracterizadas, nos termos desta Lei, como agências reguladoras e criadas a partir de sua vigência”.

Sobre a taxatividade do artigo 2º da 13.848/2019, Guimarães (2020) comenta que outros órgãos, ainda que exerçam atividades típicas de agências reguladoras, não podem ser equiparados às agências reguladoras para aplicação da lei geral. Porém, em seguida, constata a aplicação subsidiária de alguns dispositivos dessa lei ao CADE, demonstrando a necessidade de regulamentação para entidades de tal envergadura.

Ainda quanto ao âmbito de aplicação é necessário comentar o artigo 51 da Lei Geral que estabelece a aplicação subsidiária dos artigos 3º, e 14 ao 20, no que couber, ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Na prática, essa aplicação subsidiária – proposta originalmente pelos Deputados na Comissão Especial – pretendeu estender ao órgão de defesa da concorrência, a autonomia assegurada às agências reguladoras, bem como o regramento relativo à prestação de contas, controle externo e planejamento estratégico, que analisaremos mais adiante. (GUIMARÃES, 2020, p. 95).

Assim procedendo, o legislador infraconstitucional na elaboração da Lei nº 13.848/2019 perdeu a oportunidade de estender sua aplicação a entidades com características semelhantes as agências reguladoras, visto que, conforme comentamos, a LGPAF não tratou sobre esse assunto.

Como pontua Palma (2014, p. 225): “Corre-se o risco de que o processo administrativo normativo seja compreendido como um instrumento de regulação das Agências Reguladoras, quando, na verdade, trata-se de um dever inescusável a todos órgãos e entes que exerçam poder normativo”.

A Administração Pública em geral já carecia de uma cultura de responsividade, o que acrescentou maiores dificuldades no controle externo das atividades decisórias e normativas das agências reguladoras, de modo que uma lei geral veio suprir tal déficit e possibilitou uma *accountability* dessa espécie de controle.

Antes da vigência do marco regulatório essa dificuldade era acentuada, pois cada uma das agências reguladoras brasileiras possuía processos decisórios próprios e específicos, não se podendo chegar a conclusões uniformes estudando o processo decisório de uma única agência.

Dessa forma, a Lei Geral das Agências Reguladoras Federais inova com a sistematização geral do processo normativo e decisório no âmbito das agências reguladoras brasileiras, bem como adotando várias diretrizes hermenêuticas para efetividade da segurança jurídica e da eficiência na criação e na aplicação do direito público previstas na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB. Como

exemplo, podemos citar a realização de análise de impacto regulatório e exigência de motivação adequada.

As leis de criação das agências reguladoras como meio de diminuir o déficit de legitimação democrática no exercício de sua competência normativa estabeleceram formas de participação pública, consultas e audiências públicas para contribuir com as ações dos agentes econômicos, usuários e interessados no problema regulatório em discussão, como também implementando uma perspectiva mais pluralista ao processo de produção de suas normas.

A uniformização do procedimento dessas formas de participação pública no processo normativo das agências fortalece o controle social no âmbito da Administração Pública brasileira, permitindo que os agentes afetados ou interessados contribuam na construção normativa e implementação das políticas públicas realizadas por essas agências, contribuindo para uma administração pública dialógica no âmbito regulatório.⁴¹

Com a reforma da LINDB, o artigo 29 veio ampliar a possibilidade de realização de consulta pública para qualquer órgão ou poder com competência para edição de atos normativos por autoridade administrativa para manifestação de interessados, a qual será considerada na decisão.⁴²

No âmbito regulatório, a literatura especializada observa que as consultas públicas ainda precisam ser aperfeiçoadas no nosso sistema jurídico para possibilitar uma participação mais efetiva e menos formal dos usuários dos setores regulados no processo decisório e normativo das agências reguladoras brasileiras.

⁴¹ BRASIL, Lei nº 13.848, de 25 de jun. de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras: “Artigo 9º: Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados. § 1º A consulta pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora. (...)”.

⁴² Analisando o artigo 29 da LINDB, Vera Monteiro defende que a consulta pública é um dever e não uma mera faculdade da Administração Pública: “Contudo, é preciso interpretar o art. 29 a partir de sua redação final. Nessa linha, há dois bons argumentos para afirmar que o poderá deve ser lido como dever (e não poder). O primeiro decorre da própria exceção prevista no caput do dispositivo. De fato, só faria sentido haver uma exceção se houvesse um dever, de modo que a ressalva feita aos atos “de mera organização interna” fortalece o dever de realização de consulta pública prévia relativamente aos atos administrativos normativos. MONTEIRO (2018, p. 235).

Segundo Mattos (2005, p. 6), a falta de uma participação mais efetiva nas consultas públicas se dá porque as questões técnicas tratadas pelas agências reguladoras são de difícil compreensão para grande maioria da população, mesmo com educação formal, pois as especificidades, muitas vezes, exigem um grau de conhecimento técnico particular.

A nova disciplina legal do processo normativo e decisório das agências reguladoras federais instituída pela Lei nº. 13.848/2019 reacende o debate sobre novas formas de dar concretude às normas e às decisões dessas autarquias especiais, assim como a possibilidade de aumentar a fiscalização de suas atividades pelos órgãos de controle.

2.3.1 Do Processo Normativo e Decisório das Agências Reguladoras

Antes de tecermos considerações gerais sobre as disposições do processo normativo e decisório das agências reguladoras previstas no novo marco legal, faz-se necessário atentarmos para as peculiaridades das competências em questão.

Na prática, a competência normativa das agências reguladoras brasileiras é abstrata e prospectiva, afetando os entes regulados indistintamente. Assim, o que a torna como a mais polêmica de suas competências, que se refere à sua natureza jurídica, pois existem várias divergências doutrinárias: deslegificação, ARAGÃO (2006, p. 424), delegação legislativa, JUSTEN FILHO (2002, p. 513) e competência regulamentar decorrente do artigo 174 da CRFB, MOREIRA (2013, p. 106). Vemos, também, a competência decisória que, geralmente, apresenta-se de forma concreta e retroativa, atingindo pessoas determinadas.

Cuéllar, ao analisar a competência normativa das agências reguladoras norte-americanas, apresenta as principais distinções entre as funções normativas e decisórias das agências, com base na *APA*.

A definição apresentada pelo *APA* enfatiza que os regulamentos possuem efeito futuro. Em princípio não são admissíveis regulamentos com efeitos retroativos, pois os regulamentos têm sempre o escopo de modelar situações futuras. O elemento "efeito futuro" é crucial na definição, visto que demonstra o contraste entre as funções normativa e decisória das agências. Normalmente os regulamentos (*rules*) estabelecem normas ou políticas para o futuro, enquanto as decisões das agências (*orders*) geralmente determinam direitos individuais, baseando-se em fatos passados ou com efeitos retroativos. (CUÉLLAR, 2002, p. 165).

Nossa pesquisa se reportará ao estudo do processo de produção de normas pelas agências reguladoras brasileiras. Assim, ressaltamos que a competência regulatória das agências possui uma etapa decisória quando sopesa consequências no plano concreto para a escolha pública.

Nesse sentido, Fortini e Cavalcanti (2021) apontam a relevância da atividade ponderativa na concretização da atividade regulatória das agências reguladoras.

Já a função de regulação é uma função administrativa reflexiva (GUERRA, 2013, p. 170), ou seja, função estatal distinta das demais (executivo, legislativo e judiciário), em que o regulador pondera interesses em choque no plano concreto (MARTINS, 2011, P. 106) em uma administração composta de diversos ordenamentos setoriais. (FORTINI e CAVALCANTI, 2021, p. 24).

É um desafio para os agentes reguladores sopesarem múltiplos interesses em choque no caso concreto, quiçá num federalismo multinível como o brasileiro onde temos sobreposição de competências entre os entes políticos: União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade será uma etapa do processo de construção decisória e normativa das agências reguladoras brasileiras, conforme norma do artigo 4º da Lei nº. 13.848/2019.⁴³

A Lei Geral das Agências Reguladoras Federais condensou e padronizou uma série de postulados de boas práticas administrativas que vinham sendo colocadas em execução de forma esporádica por algumas agências reguladoras, como por exemplo: a realização de análise de impacto regulatório (AIR) para adoção e alteração de atos normativos de interesse geral (artigo 6º) e o caráter colegiado do processo de tomada de decisões (artigo 7º), que já constavam de determinações da OCDE.⁴⁴

No intuito de tornar a regulação mais previsível e técnica, a Lei nº. 13.848/2019 prevê no seu artigo 6º a necessidade de realização de uma análise de impacto regulatório para a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral.

⁴³ Brasil, Lei nº 13.848, de 25 de jun. de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras: “Artigo 4º: A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público”.

⁴⁴ *OECD Regulatory Policy Working Papers No. 11 One-In, X-Out: Regulatory offsetting in selected OECD countries* Daniel Trnka, Yola Thuerer; OCDE, Recomendação do conselho sobre política regulatória e governança, 2012.

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 conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

Em setembro de 2019, também foi publicada a Lei nº. 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), a qual ampliou a exigência de realização da análise de impacto regulatório a todos os órgãos e entidades da Administração Pública federal, conforme previsão em seu artigo 5º, evidenciando a importância desse instrumento para aprimorar o processo regulatório.

Nesse sentido, já havia recomendação da OCDE para adoção da AIR com base em uma perspectiva de "governo como um todo", porquanto privilegia a definição mais ampla de regulação existente, na qual abarca além dos entes regulatórios independentes, todos os órgãos com competência normativa:

A OCDE recomenda a adoção da AIR visando à melhoria da qualidade regulatória, com base em uma perspectiva de "governo como um todo", que privilegia a definição mais ampla da regulação, além da dimensão econômica, e aproximando-se da regulamentação como poder normativo. Por isso, além dos entes regulatórios independentes, o relatório recomenda que a AIR seja adotada por todos os órgãos com poder de regulamentação (OCDE, 2008a). (PECI, 2011, p. 340).

Assim sendo, embora nosso foco seja a utilização desta ferramenta no direito regulatório, é possível sua utilização por outras entidades com competência regulatória que tenham grande importância e impacto na sociedade.

Em se tratando de uma ferramenta de gestão econômica transportada para o Direito, sua definição e seu enquadramento no mundo jurídico não são tão simples. A própria denominação demandou uma adaptação à cultura dos países que a adotaram.

2.3.2 Da Análise de Impacto Regulatório

Antes da Lei Geral das Agências Reguladoras Federais, algumas agências reguladoras mais experientes na regulação dos setores de energia e

telecomunicações, como a ANEEL⁴⁵ e a ANATEL, já realizavam análises de impactos regulatórios para adoção e alteração de atos normativos de interesse geral, conforme recomendações da OCDE.

As agências brasileiras regulam setores de infraestrutura e serviços públicos indispensáveis para o desenvolvimento tecnológico e humano do País, de modo que a relevância e os impactos das decisões e normas que emanam dessas entidades crescem a cada dia.

Inicialmente, é imperioso dizer que a qualidade da ação regulatória é o problema que a AIR visa solucionar. Ela não é o único instrumento para alcançar tal objetivo, mas é aquele que tem sido posto em prática por causa de sua eficiência por possibilitar a avaliação prévia dos efeitos das escolhas realizadas pela Administração Pública.

A OCDE produziu uma recomendação sobre melhoria da qualidade regulatória *recommendation of the council on improving the quality of government regulation* (OCDE, 2020), na qual sintetiza o que seria uma boa ação regulatória:⁴⁶

- a) Buscar resolver problemas e alcançar metas claramente definidas e ser eficaz na consecução desses objetivos;
- b) Ser fundamentada em evidências e proporcional ao problema identificado;
- c) Estar fundamentada em uma base legal sólida;
- d) Produzir benefícios que justifiquem os custos;
- e) Considerar a distribuição dos seus efeitos entre os diferentes atores e grupos;
- f) Minimizar os custos administrativos e eventuais distorções de mercado resultantes de sua implementação;
- g) Ser clara e compreensível aos regulados e usuários;
- h) Ser consistente com outros regulamentos e políticas;
- i) Ser elaborada de modo transparente, com procedimentos adequados para a manifestação efetiva e tempestiva de atores e grupos interessados e

⁴⁵ BRASIL, Resolução normativa Nº 798 da ANEEL, de 12/12/2017: “Art. 1º Esta Norma dispõe sobre a obrigatoriedade de se fazer Análise de Impacto Regulatório (AIR) previamente à expedição de ato normativo pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL”.

⁴⁶ BRASIL, GUIA PARA ELABORAÇÃO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR). Secretário de Advocacia da Concorrência e Competitividade.

- j) Considerar os incentivos e mecanismos para alcançar os efeitos desejados, incluindo estratégias de implementação que potencializam seus resultados.

A importância das experiências internacionais e seu estudo sistemático por uma entidade de reconhecida capacidade como a OCDE facilita nosso entendimento sobre o instituto que foi importado para nosso Ordenamento Jurídico sem antes ter sido testado na *práxis* administrativa brasileira suficientemente.

Em junho de 2022, o Governo federal conseguiu aprovação do ‘roteiro de acesso’ (*‘roadmap’*) para entrada do Brasil na OCDE⁴⁷ e para tanto, vem buscando pôr em prática as suas recomendações, tanto que produziu Decreto nº. 10.411/2020, o qual regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o artigo 5º da Lei nº. 13.874/2019 e o artigo 6º da Lei nº. 13.848/2019, dispondo sobre o seu conteúdo, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória e quando poderá ser dispensada.

Com o desiderato de padronização da forma de regulação após a publicação da Lei 13.848/2019, as disposições do Decreto nº. 10.411/2020 direcionam-se aos órgãos e às entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional quando da proposição de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados no âmbito de suas competências, passando a ser um relevante instrumento para o processo normativo e decisório das agências reguladoras.

Assim, como observamos, esse capítulo trata da visão geral acerca da temática estudada. Logo, teceremos aqui apenas alguns conceitos e comentários necessários para posterior aprofundamento da matéria no Capítulo 4, no qual trataremos sobre a análise de impacto regulatório no âmbito da ANEEL.

A Secretaria da Advocacia da Concorrência e Competitividade da República Federativa do Brasil editou um guia para elaboração de análise de impacto regulatório (AIR), com forte influência dos estudos e recomendações da OCDE sobre o tema, conforme exposto em sua introdução:

Assim, o Guia apresenta o conteúdo, os requisitos e as diretrizes de uma AIR, conforme o Decreto 10.411/2020 (BRASIL, 2020b). Orienta também para que estas análises levem em conta o impacto regulatório sobre ações

⁴⁷ Consultar: “OCDE aprova plano com os termos e condições para adesão do Brasil”. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/breves/ocde-aprova-plano-com-os-termos-e-condicoes-para-adesao-do-brasil/>. Acesso em: 11 jun. 2022.

empreendedoras e inovadoras. A OCDE (2015) sinaliza a importância da sistematização do processo de avaliação de uma ação regulatória para averiguar se seus objetivos foram alcançados.

Volvendo-nos para definição legal, o Decreto nº. 10.411/2020 define que a análise de impacto regulatório:

I - análise de impacto regulatório - AIR - procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos de que trata este Decreto, que conterá informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão;

Essa definição normativa não elimina os problemas conceituais relevantes. O primeiro deles seria o que devemos entender por impacto? Seriam as consequências práticas da decisão?

Utilizando as lições de Pessoa Valente que aponta as diferenças entre a análise de impacto regulatório (AIR) e estudo de impacto ambiental (EIA), podemos perceber que o vocábulo “impacto” possui um significado distinto para os referidos estudos, com conotação negativa para EIA por significar qualquer degradação do meio ambiente. E isso significa para AIR qualquer efeito de uma decisão para o Estado, para os agentes econômicos, para os usuários e a sociedade em geral.

Das diferenças quanto ao objeto e à finalidade decorre marcante discrepância em relação à noção de impacto para cada uma das ferramentas. Para o EIA, o vocábulo “impacto” apresenta conotação negativa em relação ao meio ambiente. Significa qualquer alteração dos atributos ou degradação do meio ambiente. Por outro lado, para a AIR, “impacto” é qualquer efeito de uma decisão para o Estado, o mercado, os usuários e a sociedade em geral. **Esse efeito pode ser positivo ou negativo, previsto ou imprevisível, direto ou indireto, ambiental, econômico, social ou de qualquer outro gênero.** (PESSÔA VALENTE, 2013, não paginado).

Os impactos analisados pela AIR atingem cadeias de produção e consumo que afeta vários sujeitos. Logo, a autoridade regulatória deverá levar em consideração nas suas decisões vários efeitos a depender do setor regulado e das suas especificidades técnicas.

Assim sendo, uma ferramenta que pondere todos esses impactos gerará maior previsibilidade e segurança para a tomada de decisões das agências reguladoras e para o sistema regulatório do País, possibilitando um melhor planejamento tanto para o setor público quanto para o privado que ocasione aumento

dos investimentos dos agentes econômicos e melhoria na qualidade dos serviços prestados aos usuários.

Salgado e Holperin (2011) relatam que a instituição da análise de impacto regulatório nos EUA nasce com o objetivo de reduzir a inflação da regulação estatal, depois da implementação de práticas de governança introduzidas pela Lei de Procedimento Administrativo – *APA*.

As análises de impacto têm origem na Ordem Executiva 11821, de 1974, emitida pelo governo norte-americano, que determinou que as agências realizassem uma avaliação do impacto inflacionário de novas medidas regulatórias. No que concerne às práticas de boa governança, as primeiras manifestações podem ser observadas já em 1946, também nos Estados Unidos, quando da promulgação da Lei de Procedimento Administrativo, que estabeleceu o processo de participação das partes afetadas e a obrigação de se apresentarem os motivos das propostas regulatórias (RADAELLI, 2010). (SALGADO e HOLPERIN, 2011, p. 03).

A análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo tem por intuito subsidiar tecnicamente e dar segurança à produção normativa das agências no nosso sistema jurídico.

A AIR deve identificar os agentes afetados pelos problemas regulatórios para oportunizar uma ampla participação democrática no processo de produção de documentos e na elaboração do relatório final da análise realizada.

O relatório da AIR terá manifestação do conselho diretor ou da diretoria colegiada 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. Ao final, toda esta documentação e o relatório da AIR serão disponibilizados aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública, caso esse órgão colegiado decida pela continuidade do procedimento administrativo.

As Leis nº. 13.874/2019 e nº. 13.848/2019 determinaram a utilização da análise de impacto regulatório enquanto ferramenta que irá subsidiar o agente regulador em sua tomada de decisão. Ressaltamos, novamente, que existem outros mecanismos que podem auxiliar o agente político ou regulador, mas a utilização nos países membros da OCDE da análise de impacto regulatório motivou a escolha legislativa.

E por que países como EUA, Inglaterra, Canadá e Austrália se valem tanto do AIR na tomada de decisões regulatórias e de políticas públicas?⁴⁸ Vamos tentar compreender as qualidades que fizeram do AIR uma ferramenta de ampla aceitação.

A gestão pública focada em resultados tem a característica de ser dinâmica e não pode se apegar à burocracia excessiva, o que traria efeitos colaterais como o arbítrio e à corrupção.

Daí a necessidade de um modelo que garantisse a transparência e a possibilidade de responsabilização do agente público, o que na cultura anglo-saxônica está contida no termo *accountability*.⁴⁹ Esse destaque é merecido porque a *accountability* não expressa apenas a nossa noção de responsabilidade do agente por descumprimento da lei, mas também pelas suas escolhas que podem estar submetidas à forma legal, mas não atendem o interesse público que foi utilizado para fundar a decisão tomada.

A eficiência da AIR decorre sobretudo da transparência do processo de tomada de decisão regulatória e, conseqüentemente, da possibilidade de responsabilização dos agentes reguladores. A esses dois aspectos conjugados dá-se o nome de *accountability*. (PESSÔA VALENTE, 2013, não paginado).

De certo, o princípio da transparência deve nortear todo o procedimento de tomada de decisão, especialmente a etapa pré-decisória ou, melhor dizendo, os fundamentos e meios utilizados para a escolha adotada. A publicidade de todas as atividades do agente regulador deve ser efetivada para viabilizar sua responsabilização.

⁴⁸ *OECD Regulatory Policy Working Papers No. 11 One-In, X-Out: Regulatory offsetting in selected OECD countries* Daniel Trnka, Yola Thuerer; OCDE, Recomendação do conselho sobre política regulatória e governança, 2012.

⁴⁹ Seja pela diferença cultural e política ou pela própria língua, não existia um termo para traduzir a palavra *accountability* para o português, sendo destacado por Anna Maria Campos que em sua busca pelo significado do termo aponta: “Desisti da idéia de tradução e me concentrei no significado. Ao longo dos anos fui entendendo que faltava aos brasileiros não precisamente a palavra, ausente na linguagem comum como nos dicionários. Na verdade, o que nos falta é o próprio conceito, razão pela qual não dispomos da palavra em nosso vocabulário”. (CAMPOS, 1990, p. 31). Podemos perceber que passados mais de 20 anos essa busca por um significado ainda persiste, consultar: (PINHO e SACRAMENTO, 2009, p. 1346).

3 SEGURANÇA JURÍDICA E A PRODUÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

A complexidade da Administração Pública no Estado social-regulador e a dinâmica da atividade regulatória aumentaram o número de agências reguladoras e, por conseguinte, a produção normativa dessas autarquias especiais nos últimos anos acentuou o quadro de incerteza normativa no nosso sistema jurídico que já se encontrava agravado com a crise da lei formal e o déficit de legitimação democrática.

No sistema jurídico plural brasileiro, em que coexistem direitos fundamentais tão diversos e setores tecnicamente tão complexos a serem regulados, é essencial que as leis guardem entre si certa coerência e complementaridade para coordenar as ações dos poderes públicos.

Torna-se, portanto, indispensável um “diálogo das fontes”⁵⁰ entre a LINDB, LGPAF e a Lei Geral das Agências Reguladoras Brasileiras no sentido de coordenar, parametrizar e fornecer instrumentos para aumentar a qualidade da produção normativa das agências reguladoras brasileiras, conforme iremos demonstrar nesse capítulo.

3.1 APERFEIOÇAMENTO DO PROCESSO DECISÓRIO DE PRODUÇÃO DE NORMAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Quando as agências reguladoras surgiram no Brasil, não tínhamos uma cultura de atuação de entidades com competências tão variadas como autonomia e certa independência perante o Poder Executivo. Logo, não nos preparamos com a formação e criação normativa dessas entidades. Há três décadas de sua criação, o aperfeiçoamento da sua produção normativa tornou-se um dos pontos cruciais para a melhoria da qualidade regulatória no País.

⁵⁰ Explica o que devemos compreender quando estamos falando sobre a teoria do diálogo das fontes Cláudia Lima Marques: “A teoria do diálogo das fontes é, em minha opinião, um método da nova teoria geral do direito muito útil e pode ser usada na aplicação de todos os ramos do direito, privado e público, nacional e internacional, como instrumento útil ao aplicador da lei no tempo, em face do pluralismo pós-moderno de fontes, que não parece diminuir no século XXI. Método é caminho. Metodologia é um processo, uma técnica que generosamente nos guia, nos ajuda a avançar de forma segura, neste esforço de acertar e alcançar uma decisão justa. É possível afirmar que hoje, sem sobra de dúvida, esta expressão visionária de Erik Jayme, “diálogo das fontes”, foi recebida pelo direito brasileiro”. MARQUES (2012, p. 21).

Schmidt Assmann, comentando sobre a ciência jurídico-administrativa enquanto ciência de direção, observa que o direito administrativo deve passar de uma atividade de interpretação e aplicação do Direito para uma ciência voltada para a regulação e a decisão.

As diversas situações de aplicação da decisão administrativa exigem diferente abordagens metodológicas. A ciência jurídico-administrativa tem de se basear nisso, se quiser continuar a cooperar na formação dogmática do sistema. Por isso, na literatura é recomendável a cooperar na formação dogmática do sistema. Por isso, na literatura é recomendável fixar a perspectiva relativa aos actos jurídicos e a perspectiva relativa à conduta. No entanto, com isso não se pode ser entendido uma simples adição do novo ao que aconteceu até agora. Pelo contrário, o pensamento tradicional tem de ser modificado num amplo espectro de adições e, assim, transformado. **Andrea VoBkuhle diz que a ciência jurídico-administrativa deveria ser desenvolvida de uma “ciência de interpretação reportada à aplicação”, numa “ciência de actuação orientada à regulação e à decisão”.** (SCHMIDT ASSMANN, 2016, p. 40).

Consoante já mencionado, a partir da década de 1990, começou no Brasil a se desenvolver uma ciência de atuação orientada à regulação e à decisão das agências reguladoras buscando maior previsibilidade e segurança na produção de normas dessas autarquias especiais.

Nesse sentido, comenta Oliveira (2015, p. 31) que: “O debate tradicional sobre a “quantidade de intervenção” é substituído, em parte, pela análise da “qualidade de intervenção”. A regulação, por isso, deve ser justificada sob o aspecto da eficiência, o que exige planejamento, execução e controle voltados à consecução dos direitos fundamentais”.

O foco deve se concentrar na melhoria da qualidade da regulação brasileira e, com esse objetivo, foi elaborada a Lei nº. 13.848/2019 que instituiu o processo normativo e decisório para agências reguladoras brasileiras, instrumentalizado pela análise de impacto regulatório.

Além da criação da Lei Geral das Agências Reguladoras brasileiras, destacamos as inovações da Lei nº. 13.655/2018 no nosso sistema jurídico, que acrescentou à Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, dez (10) artigos sobre segurança jurídica e eficiência jurídica na criação e aplicação do Direito público.

Sundfeld (2022), um dos redatores do texto da Lei nº. 13.655/2018 que alterou a LINDB, comenta que além de consolidar e avançar reformas do Direito Administrativo brasileiro, esta lei procurou corrigir insuficiências ou desvios havidos

na expansão do controle público ou da regulação administrativa a partir da década de 1980:

Os novos dispositivos da LINDB, além de complementarem ou ajustarem reformas anteriores de caráter mais geral (nas teorias dos atos e regulamentos administrativos, nas leis gerais do processo administrativo, por exemplo), procuraram também acolher tendências mais específicas, surgidas em teorias jurídicas sobre regulação administrativa, em leis de regulação setorial e em construções sobre limites e condições de controle público. (SUNDFELD, 2022, p. 33).

Podemos citar fatores que dificultavam a evolução da regulação brasileira e contribuíram para essa reforma de criação e interpretação do Direito Administrativo no Brasil, como por exemplo: a crise da lei formal e o déficit de legitimação democrática, o apego a dogmática tradicional do direito administrativo pelos intérpretes; o aumento do número de agências reguladoras; a complexidade dos setores regulados e uso demasiado de normas genéricas e abstratas.

Marques Neto e Freitas (2019, p. 07/12) apresentam três fatores que caracterizam, atualmente, o Direito e que impulsionaram as alterações realizadas pela Lei nº. 13.655/2018 com o objetivo de reforçar a segurança jurídica: 1) a legalidade contemporânea ampliou o espectro da lei em sentido estrito (pluralidade de fontes normativas), ocasionando a fragilidade do conteúdo normativo; 2) a complexidade da regulação criou prescrições mais abertas e menos precisas, contribuindo para a ampliação dos seus limites normativos e 3) a multiplicação de polos legitimados para aplicar o Direito, criando sobreposições de atividade de controles que somadas ao déficit de legitimação democrática pretendem, por vezes, substituir as escolhas públicas.

Os fatores supracitados aumentaram a produção normativa das agências reguladoras nos últimos anos acentuando o quadro de incerteza normativa no nosso sistema jurídico.

Nesse contexto, Ávila descreve que o aumento da intervenção do Estado no domínio econômico não é linear, por exemplo, quando o Estado assumiu o papel de regulador da ordem econômica e a complexidade do nosso ordenamento jurídico não diminuiu, porque foi necessária a produção de mais regras para exercer essa função,

bem como reassumir funções anteriores por falta de interesse do particular na realização do interesse público.⁵¹

O fenômeno do aumento de intervenção estatal, todavia, não é linear. No momento em que o Estado não consegue cumprir todas as atividades assumidas, inicia processos de privatização, de liberalização e de desregulamentação que conduzem a abertura e à concorrência das atividades por aquele exercidas. Tal movimento não diminui a complexidade do ordenamento jurídico: de um lado, porque o Estado, a par de continuar exercendo atividades essenciais, assume a função de fiscalizar o cumprimento do interesse público pelos particulares, o que implica o aumento de regras sobre a regulação estatal e de processos a esta relativos; de outro, porque a falta de realização do interesse público pelo particular faz com que o Estado reassuma as suas funções anteriores, o que exige, igualmente, novas regras. A respeito desse fenômeno, Sandler é irônico: “Agora nós primeiro regulamos. Mais tarde nós desregulamos. Quando virá o ‘depois’?” (ÁVILA, 2019, p. 61).

As agências reguladoras passaram a exercer competências atribuídas aos três poderes constituídos ocasionando uma mudança significativa na regulação do Estado. Decorrente desse acúmulo de competências, surge a necessidade de elaboração de uma Lei Geral das Agências Reguladoras Brasileiras sobre gestão, organização, processo decisório e o controle social, com o objetivo de melhorar a qualidade e o controle da regulação dessas entidades.

A dinâmica da atividade regulatória aumentou o número de agências reguladoras e, por conseguinte, a produção normativa dessas autarquias especiais nos últimos anos acentuaram o quadro de incerteza normativa no nosso sistema jurídico que já se encontrava agravado pela crise da lei formal.

Marques Neto e Freitas (2019, p. 07) sintetizam bem a crise da lei formal, demonstrando que a legalidade contemporânea vai além da lei em sentido estrito: “Hoje, convivemos com uma pluralidade de fontes normativas (lei, decretos, resoluções, portarias e com o próprio viés normativo que passou a ser conferido à Constituição), sendo mais correto se falar em um “bloco de legalidade”, ou no que se denomina de “juridicidade”.

⁵¹ Nesse sentido, MARQUES NETO e FREITAS (2019, p. 10): “A mudança de forma como o Estado intervém no domínio econômico (de uma intervenção direta para uma intervenção indireta) contribuiu para ampliação dos seus lindes normativos. De fato, é um erro a afirmação de acordo com qual a delegação das atividades para a iniciativa privada, seja por intermédio de contrato a longo prazo (concessões, parcerias público-privadas, arrendamentos, entre outros), seja pela desestatização de empresas estatais, fez com que o Estado se demitisse da sua função normativa. A profusão normativa das últimas décadas bem retrata esse excesso interventivo (e muita vez, intrusivo) da função reguladora”.

Nesse sentido, Ávila chama a atenção para essa pluralidade de fontes normativas, porque a maior quantidade de informação aumenta a insegurança ocasionando o que ele denomina de paradoxo da incerteza:

As causas sociais dizem respeito às características da sociedade atual. Vive-se, no nosso tempo, em uma sociedade plural, também denominada de sociedade de risco, sociedade global ou sociedade de informação. Esse tipo de sociedade qualifica-se, em primeiro lugar, pela existência de uma enorme quantidade de informação. Pense-se na quantidade de leis, lei complementares, de decretos, de instruções normativas, de pareceres normativos, de soluções de consultas, relativamente as três orbitas federativas, referentemente a cada um dos tributos previstos no Sistema Tributário Nacional. Amplie-se, agora, para além desse material normativo, abranger também o Direito Internacional, o Direito Comunitário e o Direito Comparado. Reflita-se um instante acerca das decisões administrativas e judiciais sobre cada uma dessas normas, bem como os livros e artigos publicados a respeito. A comprovação quase intuitiva: a quantidade de informação é gigantesca. **Esse material informativo, embora possibilite uma maior compreensão do mundo, paradoxalmente contribui para o aumento da incerteza: quanto maior é a quantidade de informação, tanto maior é a possibilidade de se prever o futuro; contudo, quanto maior é a quantidade de informação, tanto maior também é aquilo que precisa ser levado em consideração e avaliado.** Daí por que o maior conhecimento conduz ao aumento do sentimento de insegurança: o cidadão sabe mais, mas exatamente porque sabe mais, também conhece o que precisa prever e o que pode não se confirmar no futuro. (...) (ÁVILA, 2019, p. 56).

Segundo observou Justen Filho (2018, p. 17), o aumento da produção de normas gerais e abstratas no nosso sistema jurídico tem contribuído para a indeterminação das decisões estatais.

Outro fator contributivo para a incerteza das decisões estatais consiste na aplicação excessiva da hermenêutica constitucional de vinculação direta aos princípios criada no pós-positivismo, teoria que surgiu após a segunda guerra mundial com a derrocada do nazismo na Alemanha pela insuficiência do positivismo jurídico em tutelar os direitos fundamentais da pessoa humana.

Inicialmente, essa nova hermenêutica constitucional de normatividade dos princípios se aplicava somente aos casos mais difíceis que não tivessem regras para resolvê-los. Todavia, essa interpretação principiológica se proliferou, gerando uma vertente mais radical, denominada pela literatura de efeito expansivo das normas constitucionais: “Essa vertente mais radical costuma, de fato, defender que na Constituição e, em particular, nos seus princípios, estão a solução de todos os casos jurídicos, com base no que se costuma denominar de efeito expansivo das normas constitucionais”. DUQUE e RAMOS (2019, p. 18).

A proliferação de decisões fundamentadas em princípio passou, em muitos casos, a contradizer ou subverter as regras e normas gerais no nosso sistema legal afetando todos os poderes do Estado, especialmente, os poderes executivo e judiciário que proferem decisões baseadas em casos concretos.

Por exemplo, a indeterminação das decisões judiciais gera insegurança jurídica e dificulta o planejamento das pessoas físicas e/ou jurídicas que não conseguem fazer previsões em virtude da imprevisibilidade das decisões judiciais no nosso sistema jurídico, o que não é diferente nas instâncias superiores, já que nem os tribunais de sobreposição conseguem manter uniforme e estável a sua jurisprudência.

Ávila (2019) observa que o Direito perde a sua função orientadora quando não prevê as informações relevantes para o comportamento que o cidadão deve adotar, sendo incompatíveis com a segurança jurídica os modelos de decisão que não se baseiam em normas gerais prévias, limitando-se a busca de uma justiça individualizada e ajustada a cada caso.⁵²

O princípio da legalidade, em sua nova amplitude de juridicidade, continua vinculando a Administração Pública ao Direito; porém deve priorizar sua interpretação no texto da lei e na Constituição Federal de 1988 para que não se abuse de interpretação baseada em princípios na tomada de decisões.

No século XXI estamos diante de uma administração pública em rede e dialógica que se preocupa em cumprir suas funções com eficiência e eficácia a fim de que os resultados possam ser avaliados no intuito de abonar velhas práxis e seguir sempre inovando para acompanhar a dinâmica dos setores regulados e do desenvolvimento tecnológico.

A promulgação da Lei Geral das Agências Reguladoras Federais com a previsão de um processo decisório para a produção normativa das agências

⁵² Explica ÁVILA (2019, p. 359): “Como a segurança jurídica exige cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, um sistema exclusivamente composto de princípios é com ela incompatível, por lhe faltarem hipóteses comportamentais minimamente compreensíveis para garantir a chamada “segurança de orientação”. Um sistema composto apenas de princípios só se tornaria minimamente inteligível após a sua contínua, uniforme e justificada aplicação por parte do Poder Judiciário. Nessa hipótese, contudo, não seriam os princípios os instrumentos garantidores de cognoscibilidade, mas a sua criteriosa aplicação por meio de regras concretas de prevalência. Dessa maneira, a segurança jurídica seria proporcionada pelas regras concretizadoras dos princípios, e não pelos princípios, enquanto tais”.

reguladoras em conjunto com as alterações promovidas pela Lei n°. 13.655/2018 na LINDB, chamada originariamente de “Lei da segurança para a inovação pública”, exigiram mudanças nas decisões e produção de atos normativos pela Administração Pública brasileira.

3.2 O PRAGMATISMO JURÍDICO E A SINGULARIDADE DAS ESCOLHAS REGULATÓRIAS

A sociedade atual vive numa era da informação acelerada em virtude dos avanços na seara de tecnologia da informação, o que permitiu acesso a enormes quantidades de dados em todas as áreas do conhecimento. A interpretação subsuntiva do positivismo deixou de ser autossuficiente para resolver conflitos em que o Poder Judiciário observava a assimetria de informações.

A singularidade da regulação de atividades econômicas pelo Estado relatada por Guerra (2016) demonstra que esta não se enquadra mais no modelo positivista clássico, pois requer uma volatilidade para acompanhar a realidade cambiante da regulação setorial.

Na regulação de atividades econômicas pelo Estado, a estrutura estatal necessária para equilibrar os subsistemas complexos, ajustando as falhas do mercado, ponderando-se diversos interesses ambivalentes, tudo com vistas à proteção do cidadão, não se enquadra no modelo positivista clássico e moderno, haja vista sua patente singularidade. A regulação setorial descentralizada tem mais condições de enfrentar os desafios da “reflexividade da vida social” que, nas palavras de Giddens, consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando, dessa forma, seu caráter constitutivamente. (GUERRA, 2016, p. 98).

A partir do pós-positivismo, surge vários movimentos de oposição ao pensamento jurídico clássico que entendia o Direito como um sistema fechado e autossuficiente, como por exemplo: o realismo jurídico e o movimento dos *critical legal studies* - (CLS).⁵³

Nessa perspectiva, surgem novas correntes de interpretação e aplicação do Direito que contestam a ideias do pensamento jurídico clássico, por combater o

⁵³ Nesse sentido, conferir em: POSNER (2003); ALVAREZ (2006, p. 49-68).

antiformalismo, exigindo do Direito um diálogo com outras ciências para que a concretização das normas jurídicas não escape à realidade dos fatos, cujo destaque refere-se ao surgimento do pragmatismo jurídico nos EUA em meados do século XIX. Nesse sentido, Mendonça (2018b, p. 46): “a locução pragmatismo jurídico é esponjosa. Já esclarecemos que a expressão, quando utilizada em discussões sobre interpretação jurídica, é “termo guarda-chuva”, que acoberta uma série de visões diferentes acerca do Direito”.

Conforme apresentado no primeiro capítulo, vimos um intercâmbio de informações e práticas entre os modelos *civil law* e *common law*. Este último modelo, por ter forte influência do pragmatismo⁵⁴, formou várias correntes do pragmatismo jurídico no Direito norte-americano, sendo a expoente neste País o pragmatismo jurídico defendido por Posner.

Oliveira (2015) comenta a importância do pragmatismo na interpretação e aplicação do Direito, por refutar dogmas, prestigiar o contexto e ponderar as consequências da decisão, principalmente em ordenamentos jurídicos plurais e democráticos como o brasileiro:

Não obstante as formas variadas de pragmatismos, todas elas apresentam três características comuns, a saber: a) antifundacionalismo: rejeita a existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no Direito, imunes às transformações sociais; b) contextualismo: a interpretação jurídica é norteada por questões práticas e o Direito é visto como prática social; e c) consequencialismo: as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro e não para o passado). (OLIVEIRA, 2015, p. 82 - 86).

Embora o “realismo jurídico” e “pragmatismo jurídico” se contraponham ao pensamento jurídico clássico por serem antiformalistas, eles não possuem a mesma concepção e objetivo. Jordão (2016, p. 633) afirma que o realismo jurídico consistiu em uma contestação das ideias de autonomia e neutralidade do Direito, buscando demonstrar a insustentabilidade da separação entre Direito, Moral e Política.

Entretanto, Arguelhes e Leal (2009) demonstram que o pragmatismo jurídico se afasta de qualquer pré-compromisso com uma teoria política ou moral específica.

⁵⁴ CAMELO; NÓBREGA; TORRES, (2022, p. 15/16): “Além da escassez já falada, os dois principais motivos para o estudo de uma análise econômica do direito para o direito administrativo são: a) os dois modelos jurídicos (*common law* e *civil law*) estão se aproximando; o modelo da *common law* tem forte influência filosófica do pragmatismo e do utilitarismo, que fazem parte da base lógica da teoria econômica; e b) os grandes avanços tecnológicos que aproximam o direito às relações de mercado.”

Como visto, enquanto se aproxima de disciplinas mais ligadas à investigação empírica (como a economia e a ciência política), o pragmatismo jurídico se afasta de qualquer pré-compromisso com uma teoria política ou moral específica. No caso de Posner, a suposta neutralidade de compromissos políticos é exaltada como uma das virtudes de sua concepção. Há, porém, um ponto possivelmente problemático quanto aos compromissos morais e políticos do pragmatismo jurídico. Apesar de sua alegada neutralidade, a postura de Posner em relação ao que a aplicação do direito exige do juiz encontra paralelos nas teorias morais do utilitarismo e, de forma mais geral, nas teorias morais consequencialistas. (ARGUELHES e LEAL, 2009, p. 188).

Por sua vez, Mendonça faz uma síntese das principais distinções entre os movimentos do realismo jurídico ou do movimento dos *critical legal studies* em relação com a versão do pragmatismo jurídico de Posner.

Mas, segundo Posner, não é o caso. Duas seriam as diferenças. Enquanto estes movimentos possuiriam nítida afiliação política — o realismo, ao *New Deal*; os *critical legal studies*, à esquerda —, o pragmatismo não teria valência política. Além disso, tanto o realismo quanto o movimento crítico seriam “fracos em análise de políticas públicas”: além de sua política de base, não teriam nada a oferecer em troca ao formalismo. Já o pragmatismo posneriano, próximo à Economia, à Teoria dos Jogos, à Sociologia aplicada, não dependeria de crenças irrefletidas, mas seria capaz de analisar políticas públicas e, de modo propositivo, incorporar o melhor que todas essas ciências sociais aplicadas pudessem oferecer. Pode-se acrescentar, ainda, terceira distinção, já não mais por conta de Posner. Enquanto, para o realismo, há de se ser sempre cético em relação às normas e ao Direito institucional, o pragmatismo não é tão rigoroso e admite que se possa recorrer a normas, precedentes, e ao raciocínio silogístico que os acompanha, desde que isso seja feito por razões pragmáticas. (MENDONÇA, 2018b, p. 55).

Dessume-se que o pragmatismo jurídico de Posner não exclui na atividade interpretativa a valoração do texto legal dos precedentes (jurisprudência), mas amplia a necessidade do juiz considerar as consequências da decisão e alternativas que possam excluir consequências negativas para encontrar a melhor escolha possível, tudo isso justificado através da motivação adequada.

Sunstein e Vermeule (2003), ao criticar o pragmatismo de Posner, até o elogiam, contudo nos alertam que a construção de um “juiz ideal” por Posner, desprovido de um senso moral, pode chegar a conclusões absurdas, até porque esse “juiz ideal” não existe. Outro absurdo surge quando se pressupõe que o “juiz real” terá todas as condições adequadas para fazer um juízo de conformação que leve em consideração todo o arcabouço técnico e legal existente.

Os Tribunais, o Legislativo e a Administração Pública não são perfeitos, por isso que as questões de interpretação jurídica não podem ser adequadamente

resolvidas sem atenção às capacidades institucionais. Nesse sentido, ensina Jordão (2016, p. 627): “(...) porque a maior dificuldade para que se promova um controle judicial não deferente sobre questões administrativas tecnicamente complexas é a incapacitação institucional dos tribunais, e não a eventual incapacidade técnica pessoal do magistrado envolvido na questão”.

Por exemplo, os tribunais não possuem a expertise ou corpo técnico para realizar, na maioria das vezes, determinadas avaliações, talvez por isso que o *amicus curiae* tenha sido tão bem aceito e requisitado em julgamentos emblemáticos pelo STF e, posteriormente, inserido no CPC (Título III, Capítulo V - Da intervenção de terceiro) com o papel de participar do debate para fornecer subsídios que possam contribuir para o julgamento do caso concreto, porquanto são demandas cuja relevância da matéria causará repercussão social da controvérsia.⁵⁵

Para corroborar seu entendimento sobre a relevância das capacidades institucionais, Sunstein e Vermeule relatam como a interpretação na Inglaterra é bem mais rígida que a dos Estados Unidos, ao sugerirem, no final do relato, que o formalismo depende da competência institucional e de questões empíricas:

Grosso modo, o sistema legislativo inglês exibe supervisão legislativa ativa e profissionalizada e um judiciário formalista, enquanto o sistema legislativo americano é diferente em ambos os aspectos. Nada disso sugere que as capacidades institucionais são, de alguma forma, e irrevogavelmente, fixas nos dois países, ou que os tribunais americanos devem necessariamente adotar uma postura antiformalista. Essa é a visão equivocada de que Richard Posner avança; como vimos, sua visão ignora a possibilidade de que as capacidades institucionais possam ser afetadas pelas regras interpretativas que os tribunais usam, de modo que a adoção de uma postura formalista pelos tribunais americanos possa estimular as legislaturas americanas a aumentar a atividade. O ponto importante é que os dois sistemas jurídicos são altamente responsivos às suas próprias instituições distintas. O debate sobre o formalismo interpretativo gira, mais criticamente, na estrutura do sistema legislativo e não em reivindicações sobre a natureza da comunicação, da democracia ou dos princípios jurisprudenciais. (Tradução livre). (SUNSTEIN e VERMEULE, 2003).⁵⁶

⁵⁵ Nesse sentido PEDRON; MENEZES; SOUZA (2019, p. 12): “A participação do *amicus curiae* justifica-se, sobretudo, pela sua aptidão em fornecer ao órgão julgador informações, dados e pareceres, pertinentes ao objeto do debate processual e relevantes para o bom julgamento da causa. Deve ocorrer, especialmente, naquelas demandas que exigem decisões complexas, sobre as quais o juiz não tenha domínio, e, ainda, quando houver algum tipo de carência nas argumentações ventiladas pelas partes”; Conferir em BINENBOJM (2005, p. 73 - 95).

⁵⁶ “Roughly speaking, the English lawmaking system displays active, professionalized legislative oversight and a formalist judiciary, while the American lawmaking system is different on both counts. None of this suggests that institutional capacities are somehow irrevocably fixed in the two countries, or that American courts must necessarily adopt an antiformalist stance. That is the mistaken view that

Sunstein e Vermeule (2003) defendem que as capacidades institucionais e os efeitos dinâmicos são as formas mais fáceis de compreender o que está por trás de muitas discordâncias interpretativas no Direito e como resolvê-las. Todavia, reconhecem com base na análise de trabalhos influentes sobre interpretação jurídica que as capacidades institucionais não são levadas em consideração e apontam dois mecanismos que parecem ser os principais responsáveis por desrespeitá-la.

Dois mecanismos parecem ser os principais responsáveis por essa cegueira institucional. Uma é uma armadilha relacionada ao papel: os teóricos interpretativos se perguntam “como eu decidiria o caso, se eu fosse um juiz?” - uma questão cuja própria forma suprime a consideração-chave de que as regras interpretativas relevantes devem ser usadas por juízes e não por teóricos. Outra é uma armadilha cognitiva: especialistas, como acadêmicos de direito, criticam as opiniões insuficientemente matizadas emitidas por juízes generalistas em casos particulares, ignorando a possibilidade de que os mesmos juízes pudessem ter feito muito pior, em uma série de casos, tentando emular abordagem dos especialistas. No geral, a questão-chave parece ser: “como juízes perfeitos decidiriam casos?” em vez de “como os juízes falíveis devem proceder, à luz de sua falibilidade e de seu lugar em um complexo sistema de ordenamento privado e público?” (Tradução livre) (SUNSTEIN e VERMEULE, 2003).⁵⁷

Ao se realizarem transposições de teorias do direito comparado temos que analisá-las e discuti-las para enxergarmos possíveis semelhanças e distinções que devemos considerar antes de tentar aplicá-las à nossa realidade e ao nosso ordenamento jurídico de origem romano-germânica.

Richard Posner advances; as we have seen, his view overlooks the possibility that institutional capacities might themselves be affected by the interpretive rules courts use, so that the adoption of a formalist stance by American courts might spur American legislatures to increased activity. The important point is just that the two legal systems are highly responsive to their own distinctive institutions. The debate over interpretive formalism turns, most critically, on the structure of the lawmaking system rather than on claims about the nature of communication, democracy, or jurisprudential principles.” SUNSTEIN e VERMEULE (2003, p. 925).

⁵⁷ “Two mechanisms seem principally responsible for this institutional blindness. One is a role-related trap: interpretive theorists ask themselves “how would I decide the case, if I were a judge?” - a question whose very form suppresses the key consideration that the relevant interpretive rules are to be used by judges rather than theorists. Another is a cognitive trap: specialists, such as legal academics, criticize the insufficiently nuanced opinions issued by generalist judges in particular cases, overlooking the possibility that the same judges might well have done far worse, over a series of cases, by attempting to emulate the specialists' approach. Overall, the key question seems to be, “how would perfect judges decide cases?” rather than “how should fallible judges proceed, in light of their fallibility and their place in a complex system of private and public ordering?” SUNSTEIN e VERMEULE (2003, p. 949).

Em âmbito nacional, com esse intuito, Mendonça propõe um modelo cauteloso de pragmatismo jurídico (tipo fraco de consequencialismo), ou melhor, uma proposta de “princípio” do pragmatismo útil ao Direito Constitucional Econômico adaptado à tradição jurisprudencial e doutrinária brasileira, segue a síntese de sua proposta de incidência de modelo:

Modelo geral de operação: Qual a fonte dos poderes pragmáticos do julgador? Respeita as regras da teoria da argumentação jurídica? O resultado até aqui indicado é universalizável para casos análogos? Standards (operam de modo conjunto e não excludente): (i) incide ao final: serve como teste de descarte ou reforço de possibilidades argumentativas; (ii) incide dentro da extensão dos significados possíveis do texto; Considera apenas consequências: (iii) materialmente reconduzíveis à Constituição Federal; (iv) certas e prováveis; (v) imediatas e futuras; e (vi) fáticas, com razoável base empírica de verificação; (vii) desconsidera consequências fundacionais; (viii) prioriza consequências contextuais. Casos especiais (exigem autocontenção): proporcionalidade em sentido estrito, a autonegação da norma e a “doutrina do absurdo”. (MENDONÇA, 2018b, p. 103).

Concordamos com o pragmatismo cauteloso ou moderado proposto por Mendonça⁵⁸. Primeiro, por considerar que a prática jurídica brasileira é intelectualmente conservadora; segundo, por inserir sua proposta dentro de uma teoria normativa da decisão, adaptando à literatura e à jurisprudência brasileiras e terceiro, porque precisamos de análises consequencialistas para subsidiar a tomada de decisão em que encontramos assimetria de informações e especialidade técnica.

As agências reguladoras possuem capacidades de interpretar os fatos além do espectro jurídico. Nesse sentido, Sunstein e Vermeule (2003) fazem uma comparação entre os tribunais e as agências estadunidenses, advertindo que por serem as agências especialistas as que possuem melhor noção, uma saída do formalismo prejudicará seriamente o regime regulatório; por isso, é apropriado permitir às agências maior flexibilidade interpretativa.

A complexidade normativa tornou a assimetria maior para o Judiciário resolver determinados conflitos. Conforme ressaltamos, os atos normativos das agências reguladoras brasileiras possuem uma normatividade aberta, ou seja, não respondem ao mesmo tipo de controle vinculado à legalidade estrita da discricionariedade

⁵⁸ Nesse sentido, OLIVEIRA (RDDA, 2021, p. 139).

administrativa e, por isso, exsurge a necessidade de novos meios de controle judicial como, por exemplo, a deferência à escolha regulatória.⁵⁹

As características do pragmatismo jurídico são relevantes para a escolha regulatória porque esta deve ser baseada em práticas existentes no momento de sua definição e nas dificuldades reais do gestor, o que demonstra a importância com o contexto e as consequências da escolha realizada, bem como por garantir que esta não seja anulada por existir uma outra mais moderna e eficiente, gerando assim segurança jurídica ao sistema.

Na década de 1990, constatamos um prelúdio da preocupação do legislador com o contexto e as consequências no momento da escolha. Por exemplo, os elaboradores do Código de Defesa do Consumidor (CDC), com a finalidade de amenizar as incertezas e os riscos advindos da constante evolução de produtos e de técnicas de serviços para atender uma sociedade de consumo, previu que para saber se um produto é ou não defeituoso deve-se considerar o contexto, ou seja, a época em que o produto foi colocado em circulação, conforme previsto no artigo 12, § 1º, inciso III, do CDC e, de acordo com a resposta a esta análise, a responsabilidade dos fornecedores da cadeia de produção poderá ser afastada. WATANABE *et al.* (2021, p. 165/167).

Para garantir inovações tecnológicas, o CDC ressaltou a responsabilidade dos fornecedores de produção e dos prestadores de serviços dispondo que não será considerado defeituoso: um produto em virtude do surgimento de um novo de melhor qualidade ter sido inserido no mercado ou um serviço por existir novas técnicas para sua prestação, respectivamente, artigos 12, § 2º e 14, § 2º do referido diploma.⁶⁰

⁵⁹ Consoante JALES (2020b, p. 16): “Entendemos que a deferência não é a ausência de controle judicial, mas uma das formas desse controle que se aproxima mais das escolhas regulatórias na atualidade. Comentando acerca da aproximação jurisdicional deferente para com as escolhas regulatórias ensina VALLE (2020, p. 145): “Afinal, se a sindicabilidade judicial é uma garantia constitucional, é de se ter por excluída a hipótese da vedação *tout court* à crítica jurisdicional donde nunca se poderá identificar deferência com um mecanismo de bloqueio do controle jurisdicional””.

⁶⁰ BRASIL. Lei Nº 8.078, 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências: Respectivamente previstas no artigo 12. (...): “§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado” e, no artigo 14 que dispõe: (...) “§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas” deste microsistema”.

Atualmente, no Brasil, destacamos a influência do pragmatismo jurídico na elaboração da Lei nº. 13.655/2018 que alterou a LINDB⁶¹, acrescentando dez artigos sobre segurança e eficiência na criação/aplicação do Direito Público; na Lei nº. 13.874/2019 que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; na Lei nº. 13.848/2019 que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras; na Lei nº. 14.133/2021, Lei de Licitações e Contratos Administrativos (alocação de riscos; sistemas de informações e dados, como o Portal Nacional de Contratações Públicas - PNCP), etc.

As alterações realizadas na LINDB pela Lei nº. 13.655/2018 objetiva que todos os órgãos de controle respeitem as capacidades técnicas das instituições que proferiram a decisão, daí revelando-nos a preocupação com as capacidades institucionais.

Marques Neto e Freitas, comentando o artigo 20 da LINDB, entendem que este milita em favor da deferência à capacidade institucional da Administração Pública:

Segundo esta Teoria, que tem tomado parte importante do debate jurídico nacional, a análise de questões de interpretação jurídica, em geral, deve ser iniciada por uma análise das situações estruturais internas das instituições envolvidas, identificando e avaliando suas capacidades e aptidões, de modo a determinar qual é o *locus* mais apropriado à tomada de uma determinada decisão. Isto é: antes mesmo de se debater sobre a legalidade, constitucionalidade ou até mesmo a melhor forma de interpretação de uma determinada norma, dever-se-ia fazer uma análise das capacidades das instituições envolvidas. Assim, seriam verificadas questões empíricas como a possibilidade de o agente levantar recursos e informações; a sua especialização, representada por um conhecimento aprofundado em determinadas matérias; e sua capacidade de avaliar os efeitos sistêmicos de sua decisão. (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 33).

Como mudar essa cultura de desrespeito às capacidades institucionais no Direito brasileiro? Através da difusão de práticas administrativas e instrumentos objetivos que subsidiem a tomada de decisões administrativas. É importante que as instituições e principalmente os órgãos de controle estejam em sintonia com a

⁶¹ Nesse sentido OLIVEIRA (2021, p. 140) afirma: “que a LINDB intensificou o estudo do pragmatismo no Brasil, enfatizando a importância das consequências práticas e jurídicas da decisão pública, especialmente no campo regulatório. Ao lado de alguns exemplos esporádicos na jurisprudência, o pragmatismo jurídico ganhou destaque especial com a promulgação da Lei 13.655/2018 que inseriu os arts. 20 a 30 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Em diversas passagens, as novas disposições da LINDB revelam a preocupação com a interpretação pautada pelo antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo na atuação dos órgãos estatais, notadamente na tarefa do controle”.

interpretação, aplicação e criação do Direito para que esse seja mais uniforme e promova estabilidade e segurança jurídica.

Destarte, a análise de impacto regulatório serve como uma “ponte de comunicação” do Direito com outras ciências para subsidiar a tomada de decisão, fornecendo no momento da adoção e nas propostas de alteração de atos normativos das agências reguladoras de interesse geral as possibilidades existentes e seus impactos nas relações entre os agentes econômicos, consumidores ou usuários de serviços.

O diálogo entre as novas diretrizes da LINDB e o processo de formação normativa das agências reguladoras que, por sua vez, corroborado por um instrumento objetivo (AIR) fundamentado em evidências e proporcional ao problema identificado, certamente contribuirá para a melhoria da qualidade regulatória, tornando possível o planejamento em longo prazo e, por conseguinte, diminuindo a necessidade de litigância.

3.3 A FUNÇÃO PARAMETRIZADORA DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO.

Com o objetivo de diminuir a insegurança na elaboração das leis e no momento de decidir, a Lei nº. 13.655/2018 acrescentou à LINDB dez artigos sobre a segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público.

A antiga Lei de Introdução ao Código Civil – LICC já era considerada uma norma de sobredireito.⁶² Com a publicação da Lei nº. 12.376/2010 recebeu uma nova denominação - Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, deixando evidente que sua abrangência vai muito além do Direito Civil. Destarte, as alterações promovidas pela Lei nº. 13.655/2018⁶³ se referem ao Direito Público, especialmente, ao Direito Administrativo.

Embora possamos observar a sistematização dos temas sensíveis tratados nos dez artigos introduzidos na Lei em destaque, certamente já existiam regras

⁶² Nesse sentido, conferir em TARTUCE (2019, p. 21); DINIZ (2012, p. 73).

⁶³ BRASIL, Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

jurídicas que se empenhavam em garantir a segurança jurídica através da motivação das decisões, como já disciplinado nos artigos 2º, caput, inciso VII e 50, da Lei nº. 9.784/1999⁶⁴ (Lei Geral do Processo Administrativo Federal), artigo 93, inciso IX, da CRFB⁶⁵ e artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil.⁶⁶

Ressaltamos que não ocorreu uma inovação de institutos jurídicos, mas de uma ênfase no seu campo de atuação e dos seus destinatários. Por exemplo: o consequencialismo jurídico já era considerado na seara jurisdicional pelos Tribunais brasileiros, quando da análise de casos concretos sobre atos e normas administrativas, como o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, em que reitera sua jurisprudência de que o magistrado não está obrigado a aplicar todas as sanções e deve obediência aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e aos fins sociais a que a Lei de Improbidade Administrativa se propõe.⁶⁷ Já o Supremo Tribunal

⁶⁴ BRASIL. Lei n. 9.784, 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (...) VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão:

⁶⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: “Artigo 93 (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (...)”.

⁶⁶ BRASIL, Lei nº 13.105, 16 de março de 2015. Código de Processo Civil: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no AREsp 239.300/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 01/07/2015: “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DOSIMETRIA DA PENA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. De acordo com a jurisprudência do STJ, é atribuição do magistrado a realização da dosimetria da pena, não havendo obrigatoriedade de aplicação cumulativa das sanções previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92, que devem ser fixadas em obediência aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e aos fins sociais a que a Lei de Improbidade Administrativa se propõe. 2. O reconhecimento do ato como ímprobo, além da reparação patrimonial, traz indesejáveis consequências ao condenado, repercutindo, inclusive, sobre a capacidade eleitoral passiva, o que torna inequívoca a natureza sancionatória do decurso. 3. Diante das circunstâncias do caso, a majoração do quantitativo da pena aplicada pelo Tribunal a quo implica o reexame de matéria de ordem fática, o que

Federal decidiu com base nas desvantagens de aplicação dos efeitos retroativos da nulidade de ato administrativo.⁶⁸

A função legislativa não está elencada entre as destinatárias (administrativa, controladora e judicial). Contudo, Moreira (2020) nos fornece um norte ao lecionar sobre a função parametrizadora da Lei nº. 13.655/2018 em relação às demais leis do nosso sistema legal, fazendo-nos um alerta: “Ou os operadores do Direito fazem da LINDB uma norma vinculante, ou ela não terá aplicabilidade, temos a funcionalização do exercício das competências”. (Informação verbal)⁶⁹

Nessa mesma linha de pensamento, vislumbramos mudanças na elaboração e reformas de leis pelo Legislativo após a vigência das alterações na LINDB. Nesse sentido, Sundfeld (2022, p. 31) aduz: “Após a nova LINDB, são expressivas quanto a isso as mudanças ocorridas em 2021, na Lei de Improbidade e, em parte, no Regime das Contratações Públicas (a Lei nº. 14.133 substituiu a nº. 8.666, de 1993, fazendo referências à LINDB e incorporando sua racionalidade no importante tema da invalidação de contratos)”.

Outrossim, a motivação dos atos estatais foi ampliada pela adoção de análises de impactos normativos. Assim sendo, ocorreu uma difusão desse instrumento objetivo que está sendo adotado pela Câmara dos Deputados, nas diretrizes para a avaliação de impacto legislativo – AIL no processo de tomada de

é vedado no âmbito do apelo especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento”.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 442683, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 13/12/2005, DJ 24-03-2006 PP-00055, EMENTA VOL-02226-04 PP-00814 LEXSTF v. 28, n. 330, 2006, p. 282-299: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO: PROVIMENTO DERIVADO: INCONSTITUCIONALIDADE: EFEITO EX NUNC. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA. I. - A Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos. CF, art. 37, II. Pedido de desconstituição de ato administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a progressão de servidores públicos. Acontece que, à época dos fatos 1987 a 1992, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, certo que, apenas em 17.02.1993, é que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito ex nunc, a eficácia do art. 8º, III; art. 10, parágrafo único; art. 13, § 4º; art. 17 e art. 33, IV, da Lei 8.112, de 1990, dispositivos esses que foram declarados inconstitucionais em 27.8.1998: ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, "DJ" de 25.6.1999. II. - Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito ex nunc para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos. III. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. - RE conhecido, mas não provido”.

⁶⁹ UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR). As várias dimensões do processo administrativo. Palestra *on line* proferida pelo Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira, na Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Paraná, no dia 14 dez. 2020, as 10h 10min, na disciplina de Direito Administrativo A, Profa. Dra. Ângela Cassia Costadello. (Informação verbal).

decisões políticas, com o objetivo de aumentar a quantidade e a qualidade das informações sobre impactos econômicos, sociais e ambientais associados a um projeto de lei ou a uma lei vigente.⁷⁰

Nesse sentido, a Emenda Constitucional nº. 109, de 15 de março de 2021, que alterou a Constituição Federal de 1988 - o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) - e suspendeu condicionalidades para realização de despesas com concessão de auxílio emergencial residual para enfrentar as consequências sociais e econômicas da pandemia da Covid-19, determinou a realização da avaliação das políticas públicas no artigo 37, § 16. Agora, só falta a regulamentação a nível infraconstitucional.⁷¹

Art. 37, (...) § 16. Os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei. (nr)⁷² (BRASIL, 2021).

Em recente julgamento, o STF concedeu medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 7222 MC – Relatoria do Ministro Roberto Barroso, por entender que a ausência de avaliação de impactos da Lei nº. 14.434/2022, referente ao piso salarial dos profissionais de enfermagem, colocaria em risco valores constitucionais. Portanto, os efeitos da referida lei foram suspensos até que sejam avaliados os seus impactos sobre (i) a situação financeira de Estados e Municípios, (ii) a empregabilidade e (iii) a qualidade dos serviços de saúde.⁷³

⁷⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Diretrizes para avaliação de impacto legislativo na câmara dos deputados, Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/gestao-na-camara-dos-deputados/gestao-estrategica-na-camara-dos-deputados/arquivos-de-projetos-corporativos/ail/diretrizes-para-avaliacao-do-impacto-legislativo-das-leis>. Acesso em: 06 ago. 22.

⁷¹ Nesse sentido, INSTITUTO DO LEGISLATIVO PAULISTA – (ILP). Palestra: Análise de impacto legislativo retrospectiva: acompanhamento da efetividade e do impacto das leis, promovida pelo Dr. Ronaldo José de Andrade, transmitido ao vivo, em 21 de set. de 2021. (Informação verbal).

⁷² BRASIL. Emenda Constitucional Nº 109/2021, alterou a Constituição Federal, o ADCT e suspendeu condicionalidades para realização de despesas com concessão de auxílio emergencial residual para enfrentar as consequências sociais e econômicas da pandemia da Covid-19.

⁷³ Conferir julgado: ADI 7222 MC-Ref, órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Julgamento: 19/09/2022, Publicação: 22/11/2022: “Ementa: Direito constitucional e processo legislativo. ADI. Referendo de medida cautelar. Lei nº 14.434/2022 e Emenda Constitucional nº 124/2022. Piso salarial dos profissionais de enfermagem. Ausência de avaliação de impacto, pondo em risco valores constitucionais. Cautelar deferida. (...) 3. É preciso atenção, portanto, para que a boa intenção do legislador não produza impacto sistêmico lesivo a valores constitucionais, à sociedade e às próprias categorias interessadas. I. Alegações acerca da inconstitucionalidade da lei 4. São

O Estado e o Direito no Século XXI não devem garantir os direitos fundamentais apenas formalmente, mas, sobretudo, substancialmente. Para tanto, é necessária a racionalização e controle do processo normativo e decisório dos poderes da República.

Sobre a importância da LINDB como uma forma de reação ao decisionismo estatal, Duque e Ramos comentam:

É preciso entender a Lei 13.655/2018 como uma espécie de reação a tempos em que a fluidez da motivação das decisões judiciais ganhou contornos expressivos. Observa-se no país, inclusive com perceptível entusiasmo, uma onda denominada de neoconstitucionalismo, trabalhada na doutrina com sedutora graça literária, cujo principal traço reside na valorização – dos princípios constitucionais. O uso da expressão ganha destaque não apenas nos tribunais, como também nos meios acadêmicos, onde duros e profícuos debates vêm sendo tratados acerca dos seus fundamentos e até mesmo sobre a viabilidade constitucional. (DUQUE e RAMOS, 2019, p. 17).

A função parametrizadora da LINDB é direcionada a todos os poderes como forma de contenção do decisionismo estatal, proporcionando segurança jurídica na criação e na aplicação do Direito Público, como também criando mecanismos públicos que divulguem as decisões e autovinculem as autoridades que as emanaram.

relevantes e merecem consideração detida os argumentos de que teria ocorrido (a) vício de iniciativa no processo legislativo, uma vez que toda sua tramitação se deu sem amparo de norma constitucional legitimadora da instituição do referido piso, sendo que a superveniente constitucionalização via emenda não teria o condão de sanar o vício de origem, (b) violação do princípio federativo, cláusula pétrea constitucional, em razão da interferência drástica na autonomia financeira e orçamentária de Estados e Municípios e (c) desproporcionalidade da medida em relação a muitos de seus destinatários, como Santas Casas, hospitais conveniados ao SUS e entidades estatais mais pobres. 5. Se vier a ser o caso, essas são questões importantes a serem examinadas. II. Necessária avaliação dos impactos da medida legislativa 6. Antes de tudo, porém, valores e bens jurídicos constitucionais substantivos impõem a avaliação prévia acerca (a) do impacto financeiro e orçamentário sobre Estados e Municípios e os riscos para sua solvabilidade (CF, art. 169, § 1º, I), (b) do impacto sobre a empregabilidade no setor, tendo em vista as alegações plausíveis de demissões em massa trazidas aos autos (CF, art. 170, VIII) e (c) do impacto sobre a prestação dos serviços de saúde, pelo alegado risco de fechamento de hospitais e de redução nos quadros de enfermeiros e técnicos (CF, art. 196). 7. Diante dos fundamentos expostos até aqui, considero, em cognição sumária própria das medidas cautelares, plausível a alegação de inconstitucionalidade, ao menos até que esclarecidos os pontos destacados. III. Perigo na demora 8. Há evidente perigo na demora, decorrente da incidência imediata do piso salarial e do alegado risco à prestação dos serviços de saúde, pelas razões expostas acima. 9. Naturalmente, as instituições privadas que tiverem condições de, desde logo, arcar com os ônus do piso constante da lei impugnada não apenas não estão impedidas de fazê-lo, como são encorajadas a assim proceder. As circunstâncias constitucionais e fiscais aqui apontadas não significam que o valor não seja justo e que as categorias beneficiadas não mereçam a remuneração mínima. IV. Dispositivo 10. Referendo da medida cautelar deferida, para suspender os efeitos da Lei nº 14.434/2022 até que sejam avaliados os seus impactos sobre (i) a situação financeira de Estados e Municípios, (ii) a empregabilidade e (iii) a qualidade dos serviços de saúde, tudo com base em informações a serem prestadas, no prazo de 60 (sessenta) dias, pelos entes estatais, órgãos públicos e entidades representativas das categorias e setores afetados, identificados ao final da decisão”.

Sobre o tema, Moreira e Pereira comentam:

Atualmente, as decisões tomadas pelos órgãos do Estado necessitam de ser construídas como produtos da racionalidade jurídica configurada no processo, contínuo e plurissubjetivo, de interpretação e aplicação das normas (regras, princípios e postulados). Isso implica a criação de mecanismos que estabilizem as decisões no tempo e permitam seu aperfeiçoamento contínuo, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas que identificam os litígios públicos. Mais: mecanismos públicos que divulguem as decisões e autovinculem as autoridades que as emanaram. (MOREIRA e PEREIRA, 2018, p. 246).

Para combatermos esse método de interpretação, são necessários parâmetros práticos, como as consequências administrativas e jurídicas do processo normativo e decisório dos poderes estatais. A força vinculante da Lei de Introdução às Normas de Direito brasileiro – LINDB – é um meio de limitação ao decisionismo estatal, porquanto os seus artigos não são meros vetores hermenêuticos ou alegorias jurídicas.

Em 10 de junho de 2019, entrou em vigor o Decreto nº. 9.830 regulamentando o disposto nos artigos 20 ao 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, com a finalidade de dar maior amplitude prática às normas sobre segurança e eficiência na criação e aplicação do Direito Público.

Esse tópico se direcionará mais atentamente à análise dos dispositivos dos artigos 20 e 21 da LINDB diante dos deveres de concretude, proporcionalidade e motivação adequada que buscam maior aproximação à realidade dos fatos e às capacidades institucionais dos órgãos de controle e da Administração Pública, especialmente no processo de produção de normas das autarquias especiais.

3.3.1 Dever de Concretude e Proporcionalidade

Em face das peculiaridades da competência normativa das agências reguladoras, precisamos de mais transparência, previsibilidade e segurança no processo de produção de suas normas e racionalidade na tomada de decisões.

O artigo 20 da LINDB preceitua sobre os deveres de concretude e proporcionalidade. Vejamos: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”

Os comandos do artigo 20 da LINDB se dirigem não somente ao administrador, mas ao juiz, assim como aos demais órgãos de controle, como o Tribunal de Contas da União, os tribunais de contas dos Estados-membros, os Ministérios Públicos, o Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público.

Em verdade, o dever de concretude tornou-se uma exigência em face da utilização normativa dos princípios pelos decisores de todos os Poderes da República sem fundamentar as consequências do mérito de suas decisões.

Marques Neto e Freitas sintetizam a complexidade do dever de concretude prescrito no artigo 20 da LINDB, nos seguintes termos:

A prescrição que ora se comenta é um tanto mais sofisticada. Estabelece um devido processo legal decisório, mais interessado nos fatos, por intermédio do qual os decisores terão de explicitar se: (i) dispõem de capacidade institucional para tanto, ou se, excepcionalmente, estão exercendo uma função que lhe é atípica, mas por uma necessidade pragmática, porém controlável; (ii) a decisão que será proferida é a mais adequada, considerando as possíveis alternativas e o seu viés intrusivo; e (iii) se as consequências de suas decisões são predadoras de medidas compensadoras, ou de um regime de transição. (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 37).

O artigo 20 da LINDB não impede a utilização de valores jurídicos abstratos, mas impõe que as decisões não se assentem apenas neles, ou seja, devem levar em consideração as consequências práticas da decisão a ser adotada. Novamente, é salutar a lição de Marques Neto e Freitas sobre o tema.

A Lei Nº 13.655/2018 já observou, em sua gestação, o que prescreve. Ao invés de ser fruto de abstrações, como os princípios da “supremacia do interesse público”, da “dignidade da pessoa humana” ou do “princípio da licitação”, resultou do repasse de uma ampla fundamentação empírica para um diploma normativo. E é disso de que se cogita, a partir da vigência do seu art. 20. A *ratio* é a de interditar a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir – as quais, nos últimos anos, serviram para ampliar o espectro de poder de instituições. (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 37).⁷⁴

⁷⁴ Outrossim, consultar: DUQUE e RAMOS (2019, p. 50): “(...)Assim, por exemplo, não se impede que a Administração Pública invoque o onipresente “interesse público” (ou suas derivações, tais como “bem comum”, “interesse social”, etc) em suas decisões. Todavia, o art. 20 da LINDB inviabiliza que decisões administrativas sejam tomadas com fundamento somente no interesse público. Impõe-se, caso invoque interesse público, sejam exteriorizadas as razões pelas quais tal valor jurídico abstrato é subsumível ao caso concreto, bem como quais as repercussões práticas de noção abstrata, inclusive quanto à necessidade e adequação da medida imposta”.

Com isso, tentam reduzir as indeterminações das decisões estatais, exigindo que estas levem em consideração as consequências práticas que se sentiram no mundo jurídico. E para os controladores: Poder Judiciário e Tribunais de Conta, também se exigem uma autocontenção ou deferência às capacidades institucionais do Poder Executivo, de modo que substituir a opção do Executivo também deverá se comportar como ele, ou seja, motivar sua decisão com base em dados reais como orçamento e antever alternativas à sua escolha, bem como as consequências positivas e negativas delas.

O dispositivo legal em comento tem o propósito de evitar que os valores jurídicos abstratos sejam utilizados para esconder a verdadeira intenção do gestor, que pode ser de boa-fé ou má-fé. Em relação à primeira hipótese, pode levar a consequências práticas indesejáveis, ainda que o ato praticado seja bem-intencionado. Na segunda hipótese, tenta-se esconder sobre o manto de valores como interesse público, justiça social, dignidade da pessoa humana o propósito de favorecimento de interesses pessoais em detrimento da probidade e da responsabilidade do gestor público.

É oportuno destacar que não pretendemos a aplicação pura da *análise econômica do direito*, pois aqui as consequências práticas vão além da economicidade e não devem ultrapassar as regras jurídicas aplicáveis. Melhor dizendo, todas as consequências relevantes devem ser consideradas seja social, jurídica ou econômica.

Não tratamos da exigência de uma capacidade sobrenatural do agente público de exercício de futurologia, mas, como bem precisou Justen Filho:

O dispositivo exige que a autoridade competente formule uma projeção quanto aos possíveis cenários resultantes da decisão adotada. Essa projeção é uma atividade fundada no raciocínio lógico, refletindo um processo de causa e efeito. A decisão é considerada como um evento apto a produzir efeitos. Esses efeitos são identificados segundo juízos mentais que projetam relações de causalidade. Esses juízos fundam-se no conhecimento técnico-científico e na experiência da vida social. (JUSTEN FILHO, 2018, p. 29).

Outrossim, o parágrafo único do artigo 20 impõe aos órgãos de controle o dever de motivação com justificativa na análise da proporcionalidade para aplicação da medida imposta ou da invalidação da decisão ou norma administrativa, caso contrário a motivação será insuficiente e passível de invalidação.

Moreira (2020) trata do assunto ao comentar os artigos 20 e 21 da LINDB e argumenta com propriedade que: “os arts. 20 e 21 da LINDB são condicionantes de validade, dessa forma caso haja uma decisão nas esferas administrativa, controladora ou judicial, que não fale sobre as consequências práticas da decisão, essa será nula”. (Informação verbal – palestra).⁷⁵

Vejamos a redação do parágrafo único do artigo 20 da LINDB: “Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

A norma supracitada consolidou uma praxe administrativa: a utilização do princípio ou postulado⁷⁶ da proporcionalidade na execução dos atos administrativos.

Segundo Oliveira (2013, p. 127/129), o princípio da proporcionalidade subdivide-se em três subprincípios: a) adequação ou idoneidade: a medida adotada pelo Poder Público deve ser apta para atingir a finalidade pretendida; b) necessidade ou exigibilidade: o Poder Público adote sempre o meio menos gravoso possível para o alcance de determinados objetivos e c) proporcionalidade em sentido estrito: encerra uma típica ponderação, no caso concreto, entre o ônus imposto pela norma e o benefício por ela produzido.

Ávila faz uma crítica ao consequencialismo consagrado pela LINDB na norma contida no seu artigo 20, por causa do amplo poder que ela atribui ao julgador:

É muito cedo para saber como será aplicada a norma prevista no artigo 20 da LINDB. A sua aplicação deverá ser precedida de extrema cautela, dado o amplo poder que ela atribui ao julgador. Se o objetivo da LINDB – tal como declarado na exposição de motivos da lei e no seu artigo 30 – era incrementar a segurança jurídica, então o seu artigo 20 deverá ser interpretado no sentido de que o cidadão não poderá ser surpreendido com consequências com as quais não podia contar quando agiu, nem poderá a Administração contar com competências que, de acordo com a legislação, não possuía no momento em que agiu. Fora desses limites, o mencionado artigo 20 será instrumento de insegurança jurídica pelo incremento da indeterminação, da instabilidade e da imprevisibilidade do Direito. (ÁVILA, 2019, p. 621)

⁷⁵ UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR). Palestra: As várias dimensões do processo administrativo. proferida *on line* pelo Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira, na Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Paraná, no dia 14 dez. 2020, as 10h 10min, na disciplina de Direito Administrativo A, profa. Dra. Ângela Cassia Costadello. (Informação verbal).

⁷⁶ Conferir em: ÁVILA (2021, p. 208) que denominou o princípio da proporcionalidade de postulado da proporcionalidade por servir como instrumento para aplicação dos demais princípios.

As exigências do artigo 20 da LINDB que recebem críticas de parte da literatura quanto à indeterminação das expressões: “consequências práticas das decisões” e “a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação” foram mal interpretadas. Isto porque a utilização da análise de impacto regulatório específica “as indeterminações” dos conceitos legais acima citados, seja no controle externo ou interno, judicial ou administrativo, da decisão administrativa revisada.

Com o objetivo de explicar como a aplicação dos artigos 20 e 21 deverá ser precedida pelos intérpretes do Direito, o Decreto nº. 9.830/2019, que regulamentou as alterações da LINDB, prevê em seus artigos 2º a 4º os passos para realização da motivação das decisões.

Em relação ao tratamento da motivação das decisões pelos artigos supracitados do mencionado decreto, percebemos o cuidado do Executivo com as especificidades da motivação de acordo com o conteúdo e finalidade da decisão, exigindo-se do decisor maior responsabilidade para motivação de decisões baseadas em valores jurídicos abstratos previstas no artigo 3º e para motivação de decisões de invalidação consoante ditado pelo artigo 4º.

O artigo 3º, § 1º e § 3º do Decreto nº. 9.830/2019 reforçam o dever de motivação com o objetivo de gerar maior racionalidade à aplicação de valores jurídicos abstratos através da análise das consequências, conforme artigo 20 da LINDB. Vejamos:

Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, **consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.**

§ 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

Nesse particular, por força do que dispõe o artigo 15 do Código de Processo Civil – CPC - e do próprio parágrafo único do artigo 20 da LINDB, os entes administrativos e de controle devem observar o artigo 489, § 1º do CPC, pois se exige o dever de motivação adequada, certamente encontra nos seis incisos do citado § 1º um detalhamento de situações (negativas) que apontam uma motivação inadequada,

que não deve ser utilizada em nenhuma atividade decisória estatal, seja administrativa, controladora ou judicial.

3.3.2 Dever de Motivação Consequencialista

A LINDB, como já afirmamos, exigiu a motivação adequada na tomada de decisões, ou seja, o gestor deve apresentar quais as razões o levaram a adotar aquela opção e quais as consequências jurídicas da decisão.

O artigo 21 da LINDB dispõe.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Uma melhor interpretação do artigo 21 da LINDB deve focar no ônus argumentativo de todos os destinatários da norma, impondo a exigência de motivação consequencialista, ou seja, a delimitação das consequências jurídicas e administrativas de suas decisões a fim de que esse processo decisório seja previsível e possa estar sujeito a controle.

Podemos citar um caso hipotético do administrador público que emanou o ato “x” e pode não ser o mesmo que o invalida, mas seu sucessor e adversário político, o qual, comumente, não mede as consequências práticas da invalidação, mas apenas deseja sobrepor-se aos atos e decisões do seu antecessor, o que geram consequências indesejáveis para administração pública.

Por sua vez, em sintonia com os motivos que levaram a aprovação da LINDB, o artigo 21 se contrapõe, explicitamente, ao *hipercontrole público* que se firmou na esfera do controle da administração pública em geral e que vem trazendo prejuízos significativos ao que seria a finalidade das funções de controle e fiscalização da atividade administrativa.

Nesse particular, Mendonça trata sobre o fenômeno do hipercontrole público e a necessidade de combatê-lo.

O consequencialismo jurídico chegou de vez ao Direito brasileiro. Diversos dispositivos da LINDB incorporam exigências da consideração de consequências que é seu sentido mínimo. Tal propósito se dá de modo reativo à cultura do hipercontrole público que tomou conta do Brasil. Como toda cultura, ela não é só o que está nas normas, mas é, antes de tudo, um modo de se compreender e de se fazer o controle público a partir de cinco aspectos: o controle como (i) *vagueza*; como (ii) *opinião*; como (iii) *performance*; como (iv) *disputa*; e, afinal, como (v) *incremento*. O hipercontrole não parece ser bom para a sociedade, e é em parte contra ele que se afirma a alteração recente da Lei de Introdução. (MENDONÇA, 2018a, p. 43 - 61).

A *vagueza* mencionada revela a prática da utilização de conceitos jurídicos vagos e indeterminados sem uma relação direta com a situação fática que é objeto do ato administrativo. Do mesmo modo, é preciso que evitemos que o órgão controlador se sobreponha ao administrador e emita um juízo de *opinião* por não concordar com a escolha possível adotada. Enquanto *disputa*, observamos que o fato dos diversos órgãos de controle disputarem o *poder*, leva a cada um deles emitir um entendimento diferente sobre o mesmo ato, como se estivessem num concurso de ideias. Já o *incremento* ocorre pela utilização do controle como “bandeira” e meio de *marketing* para aumentar a popularidade e prestígio na opinião pública, o que leva a uma corrida para criação ou aumento dos órgãos ou meios de controle.

No campo regulatório, como exemplo de hipercontrole público, Sundfeld (2022, p. 19) relata o movimento de auto expansão do TCU a partir do início dos anos 2000, ao se atribuírem competências sem previsão legal: “(...) também em matéria regulatória, ele vem se atribuindo papel de revisor e corregedor, em situações à sua própria escolha (exemplos são os conflitos com a ANATEL quanto à celebração de termos de ajustamento de condutas e quanto ao conceito de bens reversíveis)”.

Desse modo, a especificidade adotada pelo artigo 21 da LINDB destina-se a mudar a cultura viciada do hipercontrole público quanto à forma de *invalidação* dos atos, contratos, processos e normas administrativos.

Retornando a um ponto importante sobre a aplicação sistemática do artigo 489, § 1º do CPC e os dispositivos da LINDB, ressaltamos que a utilização do artigo 15 do CPC não pode se limitar ao processo administrativo em sentido estrito, uma vez que os atos mencionados pelo artigo 21 (ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa) estão sujeitos ao procedimento de planejamento, criação e execução, ou seja, atendendo a um verdadeiro “ciclo decisório” e não apenas ao ato em si considerado isoladamente, como observado por CUNDA; DUQUE; RAMOS (2019, p. 63/64).

Logo, o dever de motivação consequencialista está direcionado a todos os atores do “ciclo decisório”, quais sejam: aos gestores públicos, aos órgãos julgadores e controladores. O intuito será obter a cooperação entre a atuação desses sujeitos para conclusão do “ciclo decisório” em compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 e o nosso sistema legal para a produção de efeitos.

Todavia, os comandos da LINDB, especialmente do artigo 21, não buscam somente eficácia (aptidão de produzir efeitos), mas a segurança e a eficiência desses efeitos no mundo jurídico para proteção dos direitos fundamentais do cidadão e da democracia.

A transparência na criação e aplicação do Direito Público, através da motivação das “causas” e “consequências” da decisão, gera dever de informação, pois tais motivações devem estar fulcradas em documentos, estudos e pareceres, ou melhor, a situação fática deverá estar comprovada de plano para evitar ilegalidade, abuso de poder e possibilitar ao cidadão maior controle social da atuação estatal.⁷⁷

A análise de impacto regulatório (AIR) é o instrumento que verificará os possíveis efeitos para adoção e propostas de alteração dos atos normativos de interesse geral das agências reguladoras, tornando a motivação das escolhas regulatórias mais racionais e, portanto, promovendo uma fundamentação mais adequada e consistente.

O parágrafo único do artigo 21 traz diretrizes para a decisão de invalidação e indica as condições para que a regularização possa ocorrer de forma proporcional e equânime, bem como seja resguardado os interesses gerais e não imponha aos sujeitos atingidos ônus ou perdas anormais ou excessivas.

O dever de motivação, previsto do artigo 21, foi detalhado no Decreto nº. 9.830/19, artigo 4º que trata sobre motivação e decisão na invalidação com fundamento no pragmatismo jurídico e visa mitigar os ônus ou as perdas dos

⁷⁷ Nesse sentido, CUNDA; DUQUE; RAMOS (2019, p. 71): “As consequências deverão estar motivadas com embasamento coerente, apresentado dados concretos, embasados logicamente, lastreados em indicadores, com referência de prognósticos, mais uma vez contornando o receio do “exercício de futurologia”. O posterior controle (seja administrativo – interno ou externo – ou judicial), respeitado a discricionariedade administrativa (que não deixa de estar vinculada à Constituição Federal) deverá perquirir se as consequências foram indicadas e justificadas, sem o esquecimento de atendimento ao “princípio da deferência””.

administrados ou da Administração Pública com a possibilidade da modulação dos efeitos da decisão previstos nos § 3º ao § 5º.⁷⁸

As diretrizes hermenêuticas de segurança e de eficiência jurídica na criação e na aplicação do direito público previstas na LINDB parametrizaram o processo normativo no âmbito das agências reguladoras brasileiras, especialmente através dos artigos 20 e 21, por exigirem motivação adequada e a fundamentação das decisões com base em instrumentos de análise consequencialista, como a análise de impacto regulatório.

Iremos verificar no próximo capítulo como a análise de impacto regulatório foi adotada pela ANEEL e se tal medida contribuiu para melhoria do processo de formação normativa do setor elétrico no País.

4 A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NO ÂMBITO DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) foi criada para regular o setor elétrico brasileiro pela Lei nº. 9.427/1996, constituída pelo Decreto nº. 2.335/1997 para regular a geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, serviço público essencial para o desenvolvimento socioeconômico do País.

A escolha da ANEEL como objeto de estudo se operou em virtude da relevância estratégica do setor elétrico, o qual se interconecta com outros setores regulados como: água, telecomunicações e petróleo e por ela ter sido pioneira no País, na implementação da análise de impacto regulatório no processo de produção de suas normas, possuindo assim certa expertise, de modo que teremos um campo de estudo

⁷⁸ BRASIL, Decreto Nº 9.830, de 10 de junho de 2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657/ 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro: “Art. 4º (...) § 3º Quando cabível, a decisão a que se refere o caput indicará, na modulação de seus efeitos, as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais. § 4º Na declaração de invalidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, o decisor poderá, consideradas as consequências jurídicas e administrativas da decisão para a administração pública e para o administrado: I - restringir os efeitos da declaração; ou II - decidir que sua eficácia se iniciará em momento posteriormente definido. § 5º A modulação dos efeitos da decisão buscará a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso”.

já sedimentado para analisarmos se a adoção dessa prática tem contribuído para alcançar melhorias na qualidade de elaboração de suas normas.⁷⁹

4.1 BASES CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DA COMPETÊNCIA NORMATIVA DA ANEEL

Na década de 1990, a estruturação do setor elétrico ocorreu com as privatizações e desverticalizações das empresas desse setor em distintas fases: geração, transmissão e distribuição (GTD), tornando esse setor mais competitivo em nosso País.⁸⁰

Desse modo, a noção de monopólio natural do setor elétrico transformou-se com o aumento da competição e avanço da tecnologia para uma infraestrutura em rede com setores regulados por peculiaridades próprias, ou melhor, regidos por direito próprio, como o direito da energia elétrica. Logo, a execução direta de serviços pelo Estado passou a ser uma exceção.

A acentuação da função reguladora do Estado e a criação das agências reguladoras para regir setores econômicos estratégicos para a economia do País tornaram alguns conceitos e termos obsoletos, como o conceito de “serviço público” e a expressão “regime jurídico administrativo único”, haja vista não temos como enquadrar tanta diversidade em um único regime. Isso é bem destacado por Sundfeld:

Mas a segunda razão é mais séria, pois põe em dúvida a própria viabilidade de existir um conceito de síntese como o de serviço público foi no passado. Nos primórdios os serviços em causa eram muito simples, tanto do ângulo tecnológico como no da organização econômica; conseqüentemente, sua disciplina jurídica não era muito complexa, resumindo-se ao tratamento de algumas poucas questões. Mas isso mudou radicalmente: cada serviço estatal, hoje, é objeto de um universo jurídico com peculiaridades muito próprias, não mais sendo viável, portanto, explicar tudo globalmente. É preciso, agora, consultar as normas e verificar como, em relação a cada serviço e situação, manifestam-se múltiplas e sofisticadas competências do

⁷⁹ Segundo, *The OECD Report on Regulatory Reform: (synthesis*. Paris: OCDE, 1997. p. 6), entende-se por regulação: “Conjunto de atos normativos por meio dos quais os governos estabelecem exigências aos agentes econômicos e aos cidadãos”.

⁸⁰ Nesse período, SAIKALI e NASCIMENTO NETO (2020, p. 21) explicam que foram promulgadas três importantes leis para a efetivação dos princípios previstos no art. 37 da CR/88: 1) Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, conhecida como Lei de licitações; 2) Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995, conhecida como Lei das concessões; e 3) Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, que, entre outros ditames, criou as figuras do autoprodutor de energia elétrica, do consumidor livre e do produtor independente de energia elétrica.

Estado (legislativas, administrativas e mesmo jurisdicionais), que têm de ser identificadas analiticamente: habilitar as empresas a atuar no mercado (concedendo, autorizando, permitindo, licenciando etc.), fixar ou controlar preços e tarifas, obrigar ao atendimento de certas demandas de consumidores, impor limites, encargos e sujeições em função do desempenho da atividade — e assim por diante. (SUNDFELD, 2000, p. 32/33).⁸¹

O Brasil possui alguns obstáculos visíveis à expansão do setor elétrico: primeiro, por sermos um país de dimensões continentais; segundo, por sermos uma federação formada por três entes federativos distintos que possuem autonomia legislativa e competências constitucionais para concretização de seus objetivos e prestação de serviços públicos: União, Estados, Municípios e o Distrito Federal.

Em termos gerais, a Constituição Federal de 1988 utiliza a expressão serviço público e divide a titularidade da prestação de alguns serviços entre os entes federativos, como privativa ou comum (art. 23, CRFB). Em relação a esta última, para evitar a superposição de atividades, o constituinte demarcou a área de abrangência de cada ente de acordo com a sua atuação, ou seja, a competência comum da União terá caráter nacional, o Estado será regional e o Município restará na atuação local.

Essa repartição, aparentemente harmônica na teoria, não verificamos na prática. As privatizações, a regulação da atividade econômica e os avanços tecnológicos põem em xeque essa demarcação de competências constitucionais quanto à execução de alguns serviços públicos, como podemos citar as inovações disruptivas como *uber* e *buser* que geram confusão e demandas judiciais.

Embora a competência do serviço de energia elétrica seja privativa da União, tal serviço se interconecta com outras competências comuns e concorrentes que podem gerar conflitos, conforme ocorreu no julgamento da ADI 5798, de relatoria da ministra Rosa Weber no âmbito da competência concorrente, na proteção do consumidor que comentaremos ainda neste capítulo.

Guerra, observando os casos que se inserem no modelo de *global service provider*, aponta a dificuldade de um federalismo de sobreposição de competências

⁸¹ Nesse sentido, GROTTI (2017, p. 07): “A influência comunitária atenuou a distinção entre os regimes jurídicos de atividade econômica privada e serviço público, suscitando debates quanto à utilidade da permanência do conceito de serviço público ou, pelo menos, a sua utilidade da mesma forma que antes, por haverem se modificado substancialmente os pressupostos econômicos, sociais, políticos e culturais, sobre os quais esta instituição surgiu e se desenvolveu.”

como o nosso, acoplando serviços privados de interesses públicos que não admitem alteração para se adequar às possíveis regulações locais:

Considerando todas essas mudanças e que para regular os diversos subsistemas impactados por novas tecnologias – telecomunicações, energia elétrica, transporte e outros, cujo ordenamento jurídico é pautado por conceitos e estruturas próprias – Administração Pública se vale de normas que devem observar uma produção institucional sensível, haja vista a necessária compatibilidade com outros subsistemas (ambiental, consumidor, urbanístico etc.), desponta ao direito administrativo pátrio, em confronto com a ampliação de espaços para as escolhas administrativas, o desafio de compreender novas categorias e encontrar fórmulas e caminhos que busquem (i) a harmonização e coerência entre esses subsistemas e (ii) mecanismos para privilegiar a segurança jurídica. (GUERRA, 2021, p. 42/43).

Observamos, assim, casos de regulação global coexistindo com subsistemas próprios locais. Como conciliar todas essas regulações de forma a assegurar segurança jurídica aos setores regulados e usuários desses serviços? Por causa da globalização e da volatilidade das transações por plataformas digitais, a segurança jurídica passou a ser um fator determinante para investimentos de curto, médio e longo prazos.

A ordem econômica estabelecida na Constituição Federal de 1988 fundamenta-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa com a finalidade de concretizar interesses públicos por meio de princípios da livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, dentre outros (art. 170, CRFB). Ressaltamos que o antagonismo entre alguns princípios é apenas aparente, pois devem ser ponderados de modo de um não sobrepujar o outro na convivência harmônica da eficácia dos princípios que arrimam a ordem econômica.

Com o acoplamento de novas funções, o Estado passa a ser agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174, CRFB). Entretanto, no que concerne à prestação de serviços públicos, nosso texto constitucional atribuiu ao Poder Público a incumbência de regulamentar, mediante lei especial (Lei nº. 8.987/1995),⁸² a delegação desses serviços aos particulares através de contratos de concessão e

⁸² BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal: “Os artigos 29 e 30 da referida descrevem essa incumbência: “Art. 29. Incumbe ao poder concedente: I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; (...) Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária”.

permissão, bem como a política tarifária, tratamento dos usuários e a adequação dos serviços prestados:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado. (BRASIL, 1988).

Em relação à competência dos serviços e instalações do setor de energia elétrica, a Constituição Federal de 1988 dispõe no artigo 21, XII, “b” que é competência da União explorar diretamente ou mediante delegação de sua execução para particulares.⁸³

Loureiro (2021, p. 452) critica o texto da Constituição da República Federativa do Brasil afirmando que: “embora tenha reservado os ‘serviços e instalações de energia elétrica’ a União, a CRFB não os discriminou. Trata-se, portanto, de matéria destinada ao legislador ordinário (e apenas a ele)”. Entendemos que a Constituição não foi genérica ao atribuir estes serviços à competência da União, mas fiel ao contexto e aos serviços que existiam na época, como geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.

Assim, a CRFB não poderia antever que diante da evolução tecnológica e do surgimento de novas fontes de energia (fotovoltaica, eólica, p. ex.) surgisse um novo campo de produção independente, no qual o consumidor dos serviços prestados pudesse até assumir o papel de produtor.

No entanto, por serem os “serviços de energia elétrica” atividades reservadas à competência da União, para evitar dificuldades em distinguir quais dessas atividades são serviços de energia para os fins do art. 21, XII, “b”, Loureiro propõe uma interpretação restritiva pelo legislador infraconstitucional.

⁸³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 21. Compete à União: (...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (...) b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;”

Entende-se que a atuação legislativa deve equilibrar-se entre duas exigências em tensão. De um lado encontra-se a garantia do exercício pleno da competência atribuída pela Constituição à União. De outro, a menor restrição possível ao princípio dominante de nossa Ordem Econômica, da liberdade de iniciativa. Há que se realizar uma ponderação entre essas duas diretrizes. A liberdade de iniciativa é a regra; a atividade reservada, exceção. De consequência, propugna-se por uma interpretação restritiva do art. 21, XII, b, que preserve, porém um “núcleo essencial”, não de um direito individual, mas da competência estatal. (LOUREIRO, 2021, p. 425).

Concordamos com o raciocínio acima apresentado quanto à necessidade de uma interpretação restritiva, porque as novas atividades da livre iniciativa que possam envolver o setor de energia não interferem de forma sensível no núcleo essencial e estratégico, pois não devem ser incluídas na definição do artigo 21, XII, “b” da CRFB.

A aproximação da dinâmica dos modelos econômicos e jurídicos do mercado regulado e do mercado livre estreitou as distinções que separavam os serviços públicos e os privados. Desse modo, Sundfeld afirma que não faz mais sentido essa discussão, pois para identificar um serviço precisamos saber como ele é regulado pelo Estado.

Simplemente não faz sentido, na atualidade, supor que as respostas a muitas dúvidas cruciais (exemplo: Pode-se negar o serviço a consumidor inadimplente? Pode haver liberdade para o próprio prestador determinar seu preço? Há responsabilidade do Estado em virtude dos danos gerados pela execução de serviços por empresa autorizada?) serão encontradas por meio da operação simplista de identificar o caráter público ou privado do serviço em causa, que teria o mágico condão de determinar a aplicabilidade de um regime jurídico geral. Daí a mudança total de enfoque. Não se cuida mais de discutir o caráter público ou privado de certo serviço, mas sim de identificar como ele é regulado pelo Estado no tocante tal ou qual. (SUNDFELD, 2000, p. 33).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 5798, declarou inconstitucional a lei do Estado de Tocantins sobre suspensão do fornecimento de energia de consumidor inadimplente em determinados dias e horários. A relatora Ministra Rosa Weber afirmou que a referida lei tratou de matéria reservada à competência legislativa privativa da União, a quem cabe legislar sobre os serviços públicos de energia elétrica e somente esta pode dispor acerca do seu regime de exploração, incluídas as medidas de suspensão ou interrupção de fornecimento.⁸⁴

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5798, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 04/11/2021, processo eletrônico DJe-226, divulgado 16-11-2021, publicado 17-11-2021: “O significado da competência privativa da União para legislar sobre energia (art. 22, IV) há de ser compreendido na ótica da titularidade da União para a exploração dessa atividade (art. 21, XII, “b”).

Embora a controvérsia principal fosse a competência privativa da União para legislar, a relatora Ministra Rosa Weber utilizou critérios para fixar os limites da competência privativa da União e da competência concorrente dos entes federativos para legislar sobre consumo (CRFB, artigo 24, V), averiguando se o ato normativo interfere nas relações jurídicas existentes entre o Poder concedente e agentes regulados (consumidores e distribuidores), como também se a União atuou regulando a matéria de forma suficiente e adequada.

Para identificarmos a natureza de um serviço, devemos analisar a intensidade da regulação estatal. Segundo as lições de Guerra, a regulação quanto à sua intensidade deve variar de acordo com a atividade que sofre a intervenção indireta. Por isso, nas atividades econômicas de titularidade exclusiva dos particulares, a regulação deverá ser aplicada de forma mínima; nos serviços de utilidade pública prestados à sociedade, com constantes inovações, se aplicará uma regulação média e quando prestação de serviços essenciais for incumbência do Poder Público se exigirá uma regulação forte e intensa.

Nos casos em que a regulação incidir sobre a prestação de serviços públicos, a que se refere o art. 175 da Constituição Federal, sob um regime jurídico diferenciado (tarifa, bens, intervenção, caducidade etc.), a regulação deverá ser forte, intensa. Tem-se como exemplo os serviços públicos de telecomunicações, energia elétrica, distribuição de gás canalizado, transporte, radiodifusão sonora e imagem etc. Caso a

Consagrado, na Carta de 1988, o monopólio da União sobre os serviços públicos de energia elétrica – ainda que a atividade seja delegada a particulares mediante autorização, concessão ou permissão – somente a ela cabe dispor acerca do seu regime de exploração, aí incluídas as medidas de suspensão ou interrupção do seu fornecimento. A despeito de traduzirem os serviços de energia elétrica, mormente quando prestados por empresas particulares, uma dimensão das atividades econômicas, comerciais e consumeristas – e nessa medida sujeitos aos princípios e normas de proteção aos direitos e interesses do consumidor –, não se pode perder de vista que se trata, antes, de prestação de serviço público. Nesse contexto, a prestação de serviços de distribuição de energia elétrica se dá em ambiente jurídico marcado por regulamentação complexa, em que convivem empresas submetidas a diferentes condições e regimes jurídicos de exploração, além de metas ligadas aos objetivos da política nacional de energia. Por isso, enfatizo que a relação jurídica entre o usuário do serviço e a empresa prestadora, embora ostente características de relação de consumo, é um segmento de uma relação jurídica triangular envolvendo, além daqueles sujeitos, o Poder Público, titular do serviço, a quem compete a definição dos parâmetros técnicos e econômicos da sua prestação. Nessa ordem de ideias, para determinar se invadida a competência da União, reputo necessário examinar se o ato normativo se esgota na relação entre o consumidor-usuário e o fornecedor-prestador do serviço público, ou se interfere, para além dessa dimensão, na relação jurídica existente entre esses dois atores e o Poder Concedente, titular do serviço. (...) A normatização suficiente e adequada prevista na regulação setorial emanada da ANEEL torna desnecessária e inoportuna a intervenção legislativa estadual, considerada a existência no âmbito federal de regime jurídico mais amplo, uniforme e isonômico de proteção aos interesses dos consumidores dos serviços de energia elétrica, circunstância essa capaz de afastar, por si só, a invocação da competência suplementar dos Estados-membros para dispor sobre a matéria, consoante assinalado pela jurisprudência desta Corte”.

regulação incida sobre atividade econômica, isto é, de titularidade exclusiva do particular nos termos do art. 170 da Constituição Federal, a regulação deve ser aplicada de forma mínima (fraca). É o caso, por exemplo, da regulação do exercício de atividades de turismo. Caso a regulação incida sobre atividade que não seja de titularidade estatal, mas possa impactar serviços de utilidade pública prestados à sociedade, de modo que tenham que ser permanentemente adaptados, o nível de regulação deve ser médio (art. 174 da Constituição Federal). A regulação nesse nível e intensidade sobre certas atividades econômicas poder ser representada na telefonia celular, saúde suplementar, TV a cabo, determinadas atividades portuárias. (grifamos). (GUERRA, 2021, p. 165).

Inferimos que a regulação dos serviços de energia elétrica, por ser um serviço extremamente essencial em uma sociedade de consumo, será forte e intensa, exigindo da ANEEL um processo normativo cada vez mais transparente para justificar os ônus e custos da produção normativa aos setores regulados e aos usuários desses serviços.

Dessa forma, a nosso ver, torna-se crucial a previsão de um processo normativo para as agências reguladoras brasileiras, assim como a adoção de um instrumento de boas práticas regulatórias, como a análise de impacto regulatório, prevista no artigo 6º da 13.848/2019, que subsidie e garanta um aparato técnico necessário para fundamentar de forma mais realista a produção normativa dessas agências.

É cediço recordar que a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), autarquia sob regime especial e vinculada ao Ministério de Minas e Energia, é responsável por regular o serviço de energia elétrica nacional, conforme as políticas e diretrizes do governo federal. Destacamos que o sistema energético nacional é composto por outros bens⁸⁵ e/ou produtos distintos da energia elétrica, como: petróleo, gás natural e seus derivados e biocombustíveis regulados pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

A relevância do papel desempenhado pela ANEEL está, intrinsecamente, ligada ao desenvolvimento social e econômico do País. Para tanto, possui como principais atribuições:⁸⁶ regular a geração, transmissão, distribuição e comercialização

⁸⁵ BRASIL, LEI Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, classificou a energia (elétrica) como bem móvel para efeitos legais pelo seu valor econômico, conforme art. 83: “Consideram-se móveis para os efeitos legais: I - as energias que tenham valor econômico”.

⁸⁶ Consultar site da ANEEL: Disponível em: <http://www.ANEEL.gov.br/a-ANEEL>. Acesso em: 02 jun. 2019.

de energia elétrica; fiscalizar as concessões, as permissões e os serviços de energia elétrica; programar as políticas e diretrizes do governo federal relativas à exploração da energia elétrica e ao aproveitamento dos potenciais hidráulicos; estabelecer tarifas; dirimir as divergências na esfera administrativa entre os agentes e entre esses agentes e os consumidores e promover as atividades de outorgas de concessão, permissão e autorização de empreendimentos e serviços de energia elétrica, por delegação do Governo Federal.

Ainda compete à ANEEL promover o uso eficiente de energia elétrica e proporcionar condições para a livre competição no mercado de energia elétrica. Dessa forma, essa agência pratica três modalidades de regulação: 1) a regulação técnica de padrões de serviço (geração, transmissão, distribuição e comercialização); 2) a regulação econômica (tarifas e mercado) e 3) a dos projetos de pesquisa e desenvolvimento (P&D) e eficiência energética.⁸⁷

Adiante, iremos aprofundar o estudo sobre a adoção da análise de impacto regulatório no processo decisório normativo desta agência reguladora a fim de verificarmos os pontos fortes e fracos para sabermos o que pode ser melhorado.

4.2 O PROCESSO DECISÓRIO NORMATIVO DA ANEEL

A ANEEL foi pioneira na adoção de boas práticas regulatórias no Brasil, com a edição da Norma de Organização de nº. 40, de 12 de março de 2013, que dispôs no artigo 1º a obrigatoriedade de se fazer análise de impacto regulatório previamente à expedição de qualquer ato normativo emitido por esta agência.

A partir da vigência da Lei nº. 13.848/2019, algumas alterações foram realizadas na Lei nº. 9.427/1996 que instituiu a ANEEL e disciplinou o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, como tal o artigo 4º a seguir:

Art. 4º A ANEEL será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, cujas funções serão estabelecidas no ato administrativo que aprovar a estrutura organizacional da autarquia. § 1º Integrarão a estrutura da Aneel uma Procuradoria e uma Ouvidoria. § 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando

⁸⁷ Conferir: Disponível em: <https://antigo.aneel.gov.br/regulacao-do-setor-eletrico>. Acesso em: 22 dez. 2022.

possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.

A previsão do caráter colegiado do processo de tomada de decisões da ANEEL tem o objetivo de multiplicar o nível de imparcialidade e independência das decisões. É mais uma prevenção contra a captura pelos setores regulados e eventuais arbitrariedades por parte dos tomadores de decisão.

Guimarães afirma que a decisão colegiada, por ser mais uniforme e previsível que as decisões monocráticas, assegura maior segurança jurídica ao processo de tomada de decisões:

Entretanto, ao conferir de forma categórica que as decisões das agências devem ser tomadas, de forma colegiada, pelos membros do conselho diretor ou da diretoria colegiada, a Lei Geral garante maior segurança jurídica, uniformidade e previsibilidade quanto ao processo de tomada de decisões e ao próprio desempenho das agências no exercício de suas funções típicas. Ao tornar as decisões monocráticas excepcionais e assegurar o direito de reexame ao órgão colegiado, a Lei Geral também acaba por proteger os particulares, os consumidores e os agentes regulados, de eventuais arbitrariedades por parte dos tomadores de decisão, quer sejam eles técnicos ou dirigentes das agências. (GUIMARÃES, 2020, p. 96/97).

O processo decisório da ANEEL que implica afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores exige iniciativa de lei, caso utilize-se a via administrativa será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL, conforme art. 4º, § 3º da Lei nº. 9.427/1996.

A audiência pública é essencial tanto para participação pública e legitimação democrática do processo normativo da ANEEL quanto para o próprio aprimoramento do relatório da AIR.⁸⁸ Os interessados que não puderem comparecer ao ato, poderão enviar suas contribuições por meio de formulário eletrônico ou fazer sua exposição oral por meio de vídeos, de acordo com as orientações no sítio eletrônico desta agência na seção “documentos disponibilizados”.

⁸⁸ Conferir em: Audiência 011/2020, Objeto - Obter subsídios sobre a Análise de Impacto Regulatório – AIR que trata da incorporação do conceito de inovação e outras medidas para o avanço dos resultados do Programa de Pesquisa e Desenvolvimento - P&D regulado pela ANEEL. Disponível em: https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/audiencias-publicas?p_auth=zxINdyeZ&p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideParticipacaoPublica=3494&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_javax.portlet.action=visualizarParticipacaoPublica. Acesso em: 30 abr. 2023.

A regra geral no processo decisório de produção de normas da ANEEL é submeter o relatório de AIR na primeira fase à audiência pública, ou seja, antes da elaboração da minuta do ato normativo; todavia, essa fase poderá ser dispensada discricionariamente pela Diretoria nos casos em que a unidade responsável pela instrução do processo já tenha realizado consulta pública sobre o tema em questão.

Há possibilidade do relatório de AIR ser submetido em conjunto com o ato normativo em discussão nos seguintes casos:

(i) nos casos em que a AIR seria dispensável, mas foi realizada a critério da unidade organizacional; (ii) nos casos de atos normativos de evidente baixo impacto, atos normativos voltados a disciplinar direitos ou obrigações definidos em instrumento legal superior que não permitam diferentes alternativas regulatórias ou em casos de urgência, os quais a Diretoria não dispensou a AIR; (iii) nos casos previstos na Agenda Regulatória, devidamente justificados; e (iv) em demais casos aprovados pela Diretoria.⁸⁹

Assim sendo, a regra geral adotada no processo de formação de normas pela ANEEL utiliza o relatório de AIR como subsídio para a tomada de decisão. E quando possibilita que o relatório de AIR seja submetido em conjunto com o ato normativo em discussão, a AIR passa a fazer parte do próprio processo decisório de regulação, o que não se coaduna com o sentido preconizado de aprimorar as normas produzidas por esta agência, conforme a Norma de organização de nº. 40/2013 da ANEEL e na Lei nº. 13.848/2019 que comentaremos a seguir.

A experiência na utilização de instrumentos de boas práticas regulatórias, como AIR, como comentamos no capítulo 1, foi compartilhada por vários países ao redor do mundo no intuito de solucionar problemas comuns e melhorar a regulação das atividades econômicas. Atualmente, grande parte desses países fazem parte da OCDE. Agora, falaremos como essa ferramenta foi introduzida e está sendo implementada no nosso País e no âmbito da ANEEL em particular.

4.3 ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NO ÂMBITO DA ANEEL

⁸⁹ Conferir na página oficial da ANEEL no site do governo, conheça o processo decisório de Análise de Impacto Regulatório (AIR) da ANEEL: Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/instrumentos-regulatorios/analise-de-impacto-regulatorio/processo-decisorio>. Acesso em: 17 abr. 2023.

O governo federal criou o programa de fortalecimento da capacidade institucional para gestão em regulação (PRO-REG), instituído pelo Decreto nº. 6.062/2007 e alterado pelo Decreto nº. 8.760/2016, com a finalidade prevista no art. 1º de contribuir para a melhoria do sistema regulatório; de coordenar as instituições que participam do processo regulatório; de prestar contas com a participação e monitoramento da sociedade civil e da qualidade da regulação de mercados.

Para cumprir os objetivos traçados pelo PRO-REG foram criados dois comitês (artigo 4º): o comitê gestor composto por representantes da Casa Civil da Presidência da República, do Ministério da Fazenda e do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e o comitê consultivo, este composto por representantes das agências reguladoras federais, dos ministérios supervisores, do Ministério da Justiça e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

O PRO-REG desenvolveu várias ações para a melhoria da qualidade regulatória no âmbito federal, dentre elas estão: a consolidação e expansão do uso da análise de impacto regulatório (AIR) e a disseminação de ações com vistas à gestão do estoque regulatório, dos mecanismos de transparência, controle social e responsabilização no âmbito do processo regulatório.⁹⁰

Após a instituição do PRO-REG, várias agências reguladoras como a ANVISA e o INMETRO começaram a estabelecer resoluções sobre a realização de análises de impacto regulatório.⁹¹ Antes da obrigatoriedade da realização de AIR prevista na Lei nº. 13.484/2019 já possuíamos certa experiência na realização de AIR. Os guias (manuais) elaborados também contribuíram para padronização e difusão destas práticas.

Nesse sentido, a ANEEL editou a Norma de organização de nº. 40, de 12 de março de 2013, que dispõe sobre realização de AIR e determina no artigo 1º a obrigatoriedade de se fazer análise de impacto regulatório – AIR – previamente à expedição de qualquer ato normativo pela ANEEL.

⁹⁰ Conferir histórico do PRO-REG, publicado em 14/10/2013, às 19h10, atualizado em 11/06/2018, às 15h01. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/sistema-regulatorio-brasileiro/historico-do-pro-reg>. Acesso em: 25 set. 2022.

⁹¹ Elucida PESSÔA VALENTE (2020, Jota, p. 02) que: “Foi no âmbito do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (o Pro-Reg), instituído pelo Decreto Federal nº 6.062, de 16 de março de 2007, que os primeiros projetos-piloto de AIR foram realizados, inicialmente na Anvisa e depois em outras agências”.

A Norma de organização ANEEL nº. 40/2013 conceituou a AIR (art. 2º); listou as informações mínimas que uma AIR deverá conter (art. 4º) e dispôs no parágrafo primeiro deste artigo que caberá à unidade organizacional responsável preencher o formulário de AIR anexo a esta norma com as informações solicitadas e, juntamente com a nota técnica, utilizá-lo para instruir o processo do ato normativo proposto.

Após a vigência do Decreto nº. 10.411/2020 que implementou a AIR e ARR no Brasil, a ANEEL expediu a Resolução Normativa nº. 941/2021 - ANEEL⁹², que revogou a Resolução Normativa nº. 798/2017 e atualizou a Norma de Organização - ANEEL nº. 40, em conformidade com as diretrizes do citado decreto.

A regulamentação do Decreto nº. 10.411/2020 visa padronizar a AIR no âmbito do processo normativo e decisório não somente das agências reguladoras, mas de todos os órgãos e das entidades da Administração Pública federal direta quando da proposição de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, no âmbito de suas competências.

A consagração da AIR, como um instrumento que subsidia a tomada de decisões regulatórias, está expresso no glossário do artigo 2º, inciso I do Decreto nº. 10.411/2020 que apresenta definições legais. Dentre elas, destacamos as definições de avaliação de resultado regulatório – ARR e do relatório de AIR, respectivamente incisos III e V do artigo citado.

No âmbito da ANEEL, o procedimento de elaboração da AIR foi atualizado com o acréscimo de várias inovações tratadas pelo decreto supracitado, tendo, por exemplo, a análise de riscos e de estoque regulatório, a conceituação do que são custos regulatórios e de atualização de estoque regulatório, respectivamente, no artigo 2º, inciso IV e V da Resolução Normativa nº. 941/2021.⁹³

⁹² ANEEL, Resolução Normativa nº 941/2021. Aprova a revisão da Norma de Organização ANEEL nº 40, de 12 de março de 2013, que dispõe sobre a realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) no âmbito da Agência.

⁹³ ANEEL, Resolução Normativa nº 941/2021. Aprova a revisão da Norma de Organização ANEEL nº 40, de 12 de março de 2013, que dispõe sobre a realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) no âmbito da Agência: “Art. 2º Para os efeitos desta Norma, entende-se: (...) IV - Custos regulatórios são a estimativa dos custos, diretos e indiretos, identificados com o emprego da metodologia específica escolhida para o caso concreto, que possam vir a ser incorridos pelos agentes econômicos, pelos usuários dos serviços prestados e, se for o caso, por outros órgãos ou entidades públicos, para estar em conformidade com as novas exigências e obrigações a serem estabelecidas pela ANEEL, além dos custos que devam ser incorridos pela Agência para monitorar e fiscalizar o cumprimento dessas novas exigências e obrigações por parte dos agentes econômicos e dos usuários dos serviços prestados; e V - Atualização de estoque regulatório é o exame periódico dos atos normativos de responsabilidade da ANEEL, com vistas a averiguar a pertinência de sua manutenção ou a necessidade de sua alteração ou revogação”.

A Resolução Normativa nº. 941/2021, embora tenha revogado a Resolução Normativa nº. 798/2017, repetiu vários conceitos como aqueles que definem a análise de impacto regulatório (AIR) e a avaliação de resultado regulatório (ARR). Esta resolução manteve também a exigência da elaboração de relatório específico para apresentação da AIR, porém exigiu informações mais detalhadas no relatório da AIR, conforme artigo 4º.

Observemos que a AIR era conceituada como um mero procedimento⁹⁴ pela Norma de Organização - ANEEL nº. 40/2013, ou seja, o preenchimento de um simples formulário que deveria ser anexado à nota técnica. Todavia, com a revisão pelas resoluções posteriores, ocorreu um avanço tanto na conceituação da AIR, que passou a ser tratada como um processo baseado em evidências⁹⁵ quanto na forma de apresentação que passou a ser um relatório específico com vários requisitos e assinatura dos responsáveis pela sua confecção.

O relatório é a peça principal da AIR, pois a encerra e apresenta as alternativas possíveis para corroborar a escolha pública na complexa tarefa de solucionar um determinado problema regulatório. A Resolução Normativa nº. 941/2021 regrou nos 15 (quinze) incisos do artigo 4º as informações mínimas que os relatórios das análises de impactos regulatórios realizadas pela ANEEL deverão conter:

Art. 4º A AIR deverá ser apresentada em forma de relatório específico – Relatório de AIR, e conterá, no mínimo, informações relativas aos seguintes aspectos: I – sumário executivo, utilizando linguagem simples e acessível ao público em geral; II – identificação do problema regulatório que se quer solucionar, apresentando suas causas e extensão; III – identificação dos agentes econômicos, dos usuários dos serviços prestados e dos demais afetados pelo problema regulatório identificado; IV – identificação da base

⁹⁴ ANEEL, Norma de Organização ANEEL Nº 40/2013: “Art. 2º - A AIR é o procedimento por meio do qual são providas informações sobre a necessidade e as consequências da regulação que está sendo proposta e é verificado se os benefícios potenciais da medida excedem os custos estimados, bem como se, entre todas as alternativas avaliadas para alcançar o objetivo da regulação proposta, a ação é a mais benéfica para a sociedade”.

⁹⁵ ANEEL, Resolução Normativa nº 798/2017. Aprova a revisão da Norma de Organização ANEEL 40, que dispõe sobre a realização de Análise de Impacto Regulatório - AIR no âmbito da Agência; bem como revoga a Resolução Normativa, ANEEL 540, de 12.03.2013 e o seu Anexo, Diário Oficial da União. Seção 1. 15/12/2017. p. 193: “Art. 2º Para os efeitos desta Norma, entende-se: I – Análise de Impacto Regulatório (AIR) é o processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão;”.

legal que ampara a ação da Agência no tema tratado; V – justificativas para a possível necessidade de intervenção da Agência; VI – objetivos pretendidos com a intervenção da Agência; VII – descrição das possíveis alternativas para o enfrentamento do problema regulatório identificado, considerando a opção de não ação e, sempre que possível, alternativas que não ensejam ato regulamentar; VIII – exposição dos possíveis impactos das alternativas identificadas, inclusive quanto aos seus custos regulatórios; IX – comparação das alternativas consideradas para a resolução do problema regulatório identificado, acompanhada de análise fundamentada que contenha a metodologia específica escolhida para o caso concreto, apontando, justificadamente, a alternativa ou a combinação de alternativas que se mostra mais adequada para alcançar os objetivos pretendidos; X – identificação de formas de acompanhamento e fiscalização dos resultados decorrentes do novo ato normativo; XI – identificação de eventuais alterações ou revogações de regulamentos em vigor em função da edição do novo ato normativo; XII – considerações referentes às informações, contribuições e manifestações recebidas para a elaboração da AIR em eventuais processos de participação pública ou outros processos de recebimento de subsídios de interessados no tema sob análise; e XIII - mapeamento da experiência internacional quanto às medidas adotadas para a resolução do problema regulatório identificado; XIV - identificação e definição dos efeitos e riscos decorrentes da edição, da alteração ou da revogação do ato normativo; e XV – prazo para início da vigência das alterações propostas.

Ao compararmos os aspectos acima citados que devem ser avaliados no relatório da AIR com os divulgados na página oficial da ANEEL, que fala sobre AIR e o processo decisório desta agência, verificamos uma dissonância entre os requisitos previstos, uma vez que o citado sítio eletrônico não faz menção aos custos regulatórios que consta no inciso VIII e as alterações na redação dos incisos III e IX.

Conforme veiculado no sítio eletrônico oficial da ANEEL, também existe uma diferença em relação à quantidade de questões que o relatório da AIR deve considerar, o que não é uma boa estratégia para padronizar uma prática regulatória que necessita de critérios claros e objetivos. Neste sítio eletrônico, há o elenco de 13 (treze) quesitos, que podem ser acrescidos de mais três quesitos ao relatório caso o problema regulatório objeto da análise revista-se de significativa complexidade ou caso as alternativas identificadas para seu enfrentamento apresentem impactos significativos não previstos na Resolução Normativa nº. 941/2021.⁹⁶

⁹⁶ Consultar *sítio* oficial da ANEEL: Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/instrumentos-regulatorios/analise-de-impacto-regulatorio/air>. Acesso em: 12 nov. 2022: “A análise deve avaliar, de forma detalhada em Relatório de AIR, os seguintes aspectos: sumário executivo, utilizando linguagem simples e acessível ao público em geral; identificação do problema regulatório que se quer solucionar, apresentando suas causas e extensão; identificação dos atores ou grupos afetados pelo problema regulatório identificado; identificação da base legal que ampara a ação da Agência no tema tratado; justificativas para a possível necessidade de intervenção da Agência; objetivos pretendidos com a intervenção da Agência; descrição das possíveis alternativas para o enfrentamento do problema regulatório identificado, considerando a opção de não ação e, sempre que possível, alternativas que não ensejam ato regulamentar; exposição dos possíveis impactos das

É evidente que a maioria dos relatórios existentes foram elaborados antes da vigência do Decreto nº. 10.411/2020. Ainda assim, não é compreensível que após a entrada em vigor desse diploma no nosso sistema jurídico o sítio eletrônico da ANEEL não esteja atualizado de acordo com os requisitos previstos da sua própria Resolução Normativa nº. 941/2021 para elaboração dos relatórios de AIR.

Um dos pontos mais relevantes do relatório da AIR consiste em não vincular a tomada de decisão da autoridade competente. Assim sendo, a decisão continua sendo discricionária e poderá adotar uma das três possibilidades previstas no artigo 15, § 2º do Decreto nº. 10.411/2020: I - pela adoção da alternativa ou da combinação de alternativas sugerida no relatório da AIR; II - pela necessidade de complementação da AIR ou III - pela adoção de alternativa contrária àquela sugerida no relatório, inclusive quanto às opções de não ação ou de soluções não normativas.

Ao expormos a previsão da adoção de alternativa contrária às apresentadas no relatório da AIR, Schier e Lima afirmam que a previsão do Decreto nº. 10.411/2020 extrapolou o poder regulamentar do Poder executivo contrariando os objetivos pretendidos pela lei em buscar maior previsibilidade e segurança na produção dos atos regulatórios, apesar da previsão de fundamentação do § 3º, do artigo 15 do Decreto referido.

Analizando-se a sistemática adotada pela Lei e os objetivos buscados pelo legislador, fundados na previsibilidade, na análise de adequação e necessidade e na consideração das consequências dos atos regulatórios, entende-se que o Poder Executivo extrapolou os limites do regulamento ao admitir a possibilidade de serem adotadas medidas contrárias àquelas trazidas no relatório. (SCHIER e LIMA, 2021, p. 63).

alternativas identificadas; comparação das alternativas consideradas, apontando, justificadamente, a alternativa ou a combinação de alternativas que se mostra mais adequada para alcançar os objetivos pretendidos; identificação de formas de acompanhamento e fiscalização dos resultados decorrentes do novo ato normativo; identificação de eventuais alterações ou revogações de regulamentos em vigor em função da edição do novo ato normativo; considerações referentes às informações, contribuições e manifestações recebidas para a elaboração da AIR em eventuais processos de participação pública ou outros processos de recebimento de subsídios de interessados no tema sob análise; e prazo para início da vigência das alterações propostas. Adicionalmente, caso o problema regulatório objeto da análise revista-se de significativa complexidade ou caso as alternativas identificadas para seu enfrentamento apresentem impactos significativos, o Relatório de AIR também deve avaliar: mapeamento da experiência nacional e internacional no tratamento do problema regulatório sob análise; mensuração, sempre que possível quantitativa, dos possíveis impactos das alternativas de ação identificadas sobre os consumidores ou usuários dos serviços prestados e sobre os demais principais segmentos da sociedade afetados; e mapeamento dos riscos envolvidos em cada uma das alternativas consideradas.”

Para não desvirtuar a finalidade legal do dever de fundamentação exigido para a adoção de decisão contrária às alternativas sugeridas no relatório de AIR (Artigo 15, § 3º do Decreto nº. 10.411/2020), entendemos que a autoridade competente deverá apresentar uma fundamentação com argumentos técnicos de igual relevância, ou seja, essa opção requer um ônus argumentativo e documental mais robusto para o gestor, além de o vincular a uma fiscalização mais ampla pelos órgãos de controle.

A possibilidade de colaboração dos interessados para construção do relatório da AIR, através de consulta ou audiência públicas que serão realizadas antes da decisão e da elaboração de eventual minuta de ato normativo, tem por objetivo diminuir a assimetria de informação entre os destinatários da decisão regulatória, nos termos do artigo 8º do Decreto nº. 10.411/2020.

O artigo 6º da Lei 13.848/2019, já comentado no capítulo 2, também referenciou a escolha por uma Administração Pública consensual ou dialógica com a exigência de manifestação da diretoria colegiada da agência sobre o relatório da AIR. Caso decida pela continuidade do processo da proposta de ato normativo, deverá disponibilizar aos interessados sua manifestação juntamente com o relatório AIR para a realização de consulta ou de audiência pública.

O Decreto nº. 10.411/2020 prevê hipóteses de restrição e não cabimento da realização de AIR, no artigo 3º e seus parágrafos: no § 1º restringe a exigência de realização de AIR somente aos atos normativos que instituem ou modifiquem obrigação acessória no âmbito da administração tributária e aduaneira da União e no § 2º elenca um rol de 6 (seis) incisos de atos normativos que não precisam de realização do processo prévio de AIR.

Nesse sentido, a Resolução normativa nº. 941/2021 da ANEEL dispõe sobre os atos normativos que dispensam a realização de AIR, conforme art. 6º:

Art. 6º O disposto nesta Norma é dispensável para atos normativos: I - de natureza administrativa, cujos efeitos sejam restritos ao âmbito interno do órgão ou da entidade; II - voltados à correção de erro material; III - que visam consolidar outros atos normativos, desde que não haja alteração de mérito; e IV- voltados a adequações de texto e referências, desde que não haja alteração de mérito.

Embora esse artigo use o termo “dispensável”, não há facultatividade de realização ou não de AIR nestes casos, porque são atos normativos que não tratam sobre o mérito de problemas regulatórios, mas servem apenas para corrigir erros,

convalidar outros atos e disposição de atos *interna corporis*, tornando desnecessário e dispendioso a elaboração de AIR para estes atos normativos.

Por outro lado, o Decreto nº. 10.411/2020, em seu artigo 4º, traz um rol de 8 (oito) hipóteses de dispensa de realização de AIR, exigindo decisão fundamentada do órgão ou da entidade competente, ou melhor dizendo, a elaboração de uma nota técnica ou documento equivalente.

No caso de dispensa por urgência, o § 2º determina que a nota técnica, obrigatoriamente, deverá identificar o problema regulatório que se pretende alcançar, além de ordenar a elaboração de ARR para atos normativos que tenham sido dispensados com essa fundamentação no prazo de três anos, contado da entrada em vigor desses atos conforme previsto no ao artigo 12 do referido decreto.

Na Resolução normativa nº. 941/2021, a ANEEL prevê sete hipóteses de dispensa de elaboração da AIR, deixando de repetir somente uma delas, a qual trata sobre ato normativo que vise a preservar a liquidez, solvência ou higidez de mercados específicos.

Quanto à hipótese de dispensa em razão da urgência, persiste a exigência de fundamentação por nota técnica ou documento equivalente que identifique o problema regulatório. Porém, nesse caso, a realização da ARR deverá observar o prazo máximo de 2 anos a contar da entrada em vigor do ato normativo. Essa redução do prazo para dois anos tenta compensar a ausência da avaliação de impacto regulatório. No entanto, não temos experiência para afirmar se essa alteração é positiva ou negativa, porque a produção de AIR no Brasil ainda é incipiente, quiçá da realização de ARR.

Ainda estamos construindo uma cultura na elaboração de instrumentos regulatórios no País. Como bem lembrado por SANTOS e AVELAR, há insuficiência de mecanismos de avaliação *ex post* da efetividade das políticas regulatórias no Brasil.

O caminho para melhoria é longo: embora notem-se avanços na regulação *ex ante* a partir de sistemas de análise de impacto regulatório, quase não existem mecanismos de avaliação *ex post* da efetividade das políticas regulatórias, conforme atestado pelos Indicadores de Política Regulatória e Governança da OCDE-iREG (OCDE, 2016). (SANTOS e AVELAR, 2021, p. 71).

Avaliação de resultado regulatório – ARR constitui-se noutro instrumento de boas práticas regulatórias disponível para os órgãos e as entidades públicas da

Administração federal, para planejamento da regulação no País, visto que as práticas de restringir direitos e criar custos precisam ser avaliadas constantemente para acompanhar a cambiante realidade das atividades econômicas.

A exigência de realização da avaliação de resultado regulatório (ARR) para avaliar a efetividade dos atos normativos produzidos pela ANEEL ocorreu desde a publicação da Resolução Normativa nº. 798/2017.

A Resolução normativa nº. 941/2021 da ANEEL estabeleceu que a condução da ARR será do titular da unidade organizacional responsável pelo processo administrativo, assim como determinou a previsão de prazo para realização da ARR no próprio ato, respectivamente, artigos 3º e 8º. A própria resolução, no ato das disposições finais, estabelece o prazo de 3 (três) anos para a realização de ARR a partir de sua entrada em vigor.

Por sua vez, o Decreto nº. 10.411/2020 previu, no seu artigo 13, § 1º e § 2º, a possibilidade de realização de ARR de forma temática⁹⁷, bem como a instituição de agenda de ARR pelos órgãos e as entidades da Administração Pública federal direta com competência normativa sujeitas à elaboração de AIR que deverão incluir na agenda, no mínimo, um ato normativo de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados de seu estoque regulatório, de acordo com os critérios elencados no § 3º deste artigo, os quais darão ampla divulgação de acordo com os § 4º e § 5º, do referido Decreto.

Já as previsões finais do Decreto nº. 10.411/2020, o seu artigo 21 dispõe que: “A inobservância ao disposto neste Decreto não constitui escusa válida para o descumprimento da norma editada e nem acarreta a invalidade da norma editada”. Em um primeiro olhar, tal disposição estaria em conflito com o artigo 6º da Lei nº. 13.848/2019 que determina a realização desse procedimento prévio para adoção e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral. Entretanto, Schier e Lima (Fórum, 2021, p. 63) defendem que tal disposição do decreto é ilegal:

“De igual forma, são ilegais as prescrições do art. 21, do referido decreto, que determina: “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”. Com tal dispositivo, o Decreto afasta a

⁹⁷ BRASIL, Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019: “Art. 13 (...) § 1º A ARR poderá ter caráter temático e ser realizada apenas quanto a partes específicas de um ou mais atos normativos”.

exigência imposta pelo art. 6º do Marco legal. Por isso, entende-se que a AIR deverá ser observada em todos os casos previstos na legislação, sob pena de ilegalidade”.

No sentido de não ser absoluta a obrigatoriedade de realização da AIR, entende Guimarães (2020, p. 99): “Isso porque o § 1º do artigo 6º também delega a regulamento, ou seja, ao Decreto Federal a ser editado, a competência para delimitar os casos em que será obrigatória a sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada”.

Urge concordemos com o entendimento supracitado, porque a lei delegou ao regulamento (decreto) os casos obrigatórios e de dispensa. Por outro lado, não nos parece que a intenção do artigo 21 do Decreto seja tornar facultativa a realização da AIR, mas apenas dá segurança jurídica à vigência e à eficácia dos atos regulatórios, porque agentes regulados poderiam se escusar ao cumprimento do ato regulatório por questões procedimentais em evidente afronta ao princípio da legalidade dos atos executivos.

Em verdade, o aludido artigo 21 não impede que um ente regulado que se sinta prejudicado busque o Poder Judiciário para questionar um ato regulatório, o qual deixou de observar o devido processo legal estabelecido na Lei nº. 13.848/2019 e no próprio Decreto nº. 10.411/2020, quanto ao seu mérito, pois na ausência de AIR ou sua dispensa fora das hipóteses legais, subsidiará a declaração de ilegitimidade de uma norma regulatória e, tampouco, os agentes públicos deixarão de ser responsabilizados no caso de flagrante omissão.

A AIR é um instrumento prévio à regulação, enquanto a ARR é um instrumento retrospectivo aos efeitos da regulação, de modo que eles se interrelacionam para análise de custos e benefícios a curto e longo prazos com intuito de tornar a regulação mais técnica e menos onerosa, permitindo assim mais investimentos do setor privado no desenvolvimento do País.

Compreendemos que o Decreto nº. 10.411/2020 é um marco divisório na implementação e aperfeiçoamento de AIR e ARR no sistema regulatório brasileiro, fornecendo subsídios para aplicação desses instrumentos de boas práticas regulatórias no intuito de melhorar a tomada de decisão no processo de formação das normas da ANEEL e demais agências reguladoras.

Nessa perspectiva, é importante uniformizarmos o processo decisório de formação/alteração normativa das agências reguladoras para a criação/interpretação

de normas mais coesas, com base em análises consequencialistas dos seus impactos, contribuindo para a segurança do processo de tomada de decisão pela regulação da ANEEL e demais agências reguladoras.

O relatório final é a peça-chave da análise de impacto regulatório que consolidará, através de quesitos mínimos exigidos por lei, as informações, contribuições e dados técnicos mais relevantes coletados e discutidos neste processo com o objetivo de apresentar ao regulador as escolhas viáveis naquele contexto para solução do problema regulatório identificado.

4.3.1 Análise dos Quesitos Mínimos Exigidos para Elaboração dos Relatórios de Análises de Impacto Regulatórios Emitidos pela ANEEL

Consoante já indicado acima, a ANEEL já fazia uso da ferramenta de análise de impacto regulatório desde 2013. Com a vigência da Lei nº. 13.848/2019, essa prática tornou-se obrigatória para o processo normativo das agências reguladoras.

Em face da obrigatoriedade da criação ou alteração dos atos normativos das agências reguladoras de interesse geral dos agentes afetados serem precedidos da realização de análise de impacto regulatório (AIR), nossa pesquisa analisou se a ANEEL está observando as informações mínimas na elaboração de seus relatórios de AIR de acordo com a Resolução Normativa n.º 941/2021 e se esses quesitos mínimos exigidos estão contribuindo para a tomada de decisão do processo normativo desta agência. Dessa forma, não avaliaremos o mérito dos relatórios porque extrapolaria o objetivo de nossa pesquisa.

Para formar a nossa base de dados, consultamos a página oficial da ANEEL: *acesso à informação/participação social/audiências públicas*. Contudo, encontramos dificuldades no acesso aos referidos relatórios de análise de impacto regulatório, o que levou a fazermos um pedido no dia 09/02/2023 através do serviço de informações ao cidadão (SIC) no endereço: <<https://www.gov.br/aneel/pt-br/acesso-a-informacao/servico-de-informacao-ao-cidadao/sic>>.

No dia 27/02/2023, obtivemos resposta ao pedido formado: “informamos que o conteúdo sobre Análise de Impacto Regulatório está disponível em <<https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/instrumentos-regulatorios/analise-de-impacto-regulatorio>>”. Os relatórios de AIR produzidos pela ANEEL podem ser acessados nas respectivas “Audiências e Consultas Públicas”.

Insatisfeitos com a referida resposta, interpusemos recurso em primeira instância para a Superintendência de Gestão Tarifária no dia 02/03/2023, explicando que a ausência de um lugar específico para acesso aos relatórios de AIRs, bem como o endereço para acesso informado pela ANEEL dificultavam a obtenção dos documentos públicos e não nos permitia precisar quantas AIRs foram, efetivamente, realizadas em cada ano pela aquela agência reguladora.

Tal como no caso do ano de 2022, constavam 06 AIRs em detrimento a muitas notas técnicas realizadas com possível conteúdo de AIR. Ademais, em algumas consultas públicas, as AIRs não estavam presentes entre os documentos disponíveis; porém constavam nos resultados das consultas públicas n.º 049/2021 e 064/2021. Por isso, com fulcro nos artigos 3º e 7º da Lei n.º 12.527/2011 (LAI) e pelas dificuldades de acesso e precisão dos dados, requeremos que a ANEEL fornecesse os documentos de análises de impactos regulatórios referentes aos anos de 2020, 2021 e 2022 para servirem de dados para nossa pesquisa.

A Superintendência de Gestão Tarifária respondeu ao recurso interposto em primeira instância no dia 07/03/2023, encaminhando uma lista (planilha eletrônica) com 75 protocolos de pesquisa, realizados no período de 10 de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2022, referentes aos relatórios de AIRs emitidos pela ANEEL e informou que os documentos poderiam ser consultados a qualquer tempo no endereço: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/canais_atendimento/processo-eletronico/consulta-processual>. Informou também que as AIRs poderão ser acessadas em breve por meio do seguinte link: <<https://biblioteca.aneel.gov.br/>>.

Inicialmente, o endereço eletrônico informado pela ANEEL para acesso aos relatórios de AIR no primeiro contato, por meio do serviço de Informações ao cidadão (SIC) <<https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/instrumentos-regulatorios/analise-de-impacto-regulatorio>> não correspondia ao endereço eletrônico onde os protocolos listados na planilha pela Superintendência de Gestão Tarifária poderiam ser consultados: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/canais_atendimento/processo-eletronico/consulta-processual>.

Em seguida, cadastramo-nos no sítio eletrônico da ANEEL para termos acesso à página de consulta processual, onde informamos os números dos protocolos disponibilizados na planilha pela Superintendência de Gestão Tarifária da ANEEL. Após consulta processual, foram encontrados 57 relatórios emitidos, com a seguinte distribuição por anos: a) 13 relatórios de AIRs referentes ao ano de 2022; b) 21

relatórios de AIRs relativos ao ano de 2021 e c) 20 relatórios de AIRs concernentes ao ano de 2020.

No tocante aos protocolos não analisados, encontramos um relatório sob sigilo, outros dois relatórios que não foram encontrados registros como resultado da pesquisa e um relatório de “análise de contribuições da tomada de subsídios”.⁹⁸

GRÁFICO 1 – QUANTIDADE DE AIRS POR ANO - ANEEL



Fonte: A autora (2023)

Sem as informações enviadas pela Superintendência de Gestão Tarifária da ANEEL, tínhamos identificado apenas 29 relatórios de impacto regulatório da ANEEL, sendo 09 emitidos no ano de 2020, 14 emitidos no ano de 2021 e 06 emitidos no ano de 2022. Como vemos, o acesso aos relatórios de AIRs emitidos pela ANEEL não são de fácil acesso ao público em geral.

Ao consultar os protocolos previstos na planilha fornecida, verificamos que muitos documentos estavam duplicados porque poderiam ter vários interessados ou procedência, porquanto eram anexados em diversos processos.

Por outro lado, alguns relatórios de AIRs tratavam sobre assuntos idênticos e variavam apenas quanto ao estágio de participação pública e possuíam numeração e

⁹⁸ Segundo planilha em anexo: Somente um protocolo possui informação sigilosa: “De acordo com a Lei nº 12.527/2011 e o Decreto nº 7724/2012, o documento/processo 48534.001334/2020-00 possui informações pessoais, privadas ou preparatórias, sendo, portanto, de acesso restrito. O Acesso a ele deve ser solicitado por intermédio do e-sic, disponível em <https://esic.cgu.gov.br/>”. Dois protocolos de nº 48552.000149/2021-00 e nº 48580.001219/2020-00 não foram encontrados registros que correspondam ao critério de pesquisa. Também constatamos entre os protocolos um Relatório de Análise de Contribuições da Tomada de Subsídios nº 002/2021-SFF/ANEEL, juntado à Nota Técnica: nº 154/2021-SFF/ANEEL, Número do processo: nº 48500.004419/2019-44, quantidade de páginas: 70, data: 18/08/2021. Sobre revisão do Manual de Contabilidade do Setor Elétrico.

até anos diferentes, o que acarretou uma diferença no número de relatórios efetivamente elaborados pela ANEEL. Vejamos a tabela a seguir:

QUADRO 1 – RELATÓRIOS DE AIRS COM ASSUNTOS IDÊNTICOS EMITIDOS PELA ANEEL

	AIR	DATA	ASSUNTO	VERSÃO DA AIR	
1	AIR nº 2/2020-SRT/ANEEL	05/03/2020	Aprimoramento da regulação relacionada à classificação das instalações, condições de acesso e conexão ao sistema de transmissão.	Versão pré-participação pública	
2	AIR nº 004/2020-SRT/ANEEL	09/12/2020	Aprimoramento da regulação relacionada à classificação das instalações, condições de acesso e conexão ao sistema de transmissão.	(Versão pós-participação pública atualização do relatório de AIR nº 002/2020-SRT/ANEEL)	1
3	AIR nº 4/2021-SRT/ANEEL	25/08/2021	Aprimoramento da regulação relacionada à classificação das instalações, condições de acesso e conexão ao sistema de transmissão.	Versão pós-participação pública (atualização do Relatório de AIR nº 004/2020-SRT/ANEEL)	
4	AIR nº 2/2020-SRM/ANEEL	09/03/2020	Taxa Regulatória de Remuneração do Capital	Versão nº 4 - pós-participação pública	2
5	AIR nº 5/2020-SRM/ANEEL	27/04/2020	Taxa Regulatória de Remuneração do Capital	Versão nº 5 - pós-participação pública	
6	AIR nº 1/2020-SRM/ANEEL	03/03/2020	Revisão Metodológica – Outras Receitas	Versão pré-participação pública	
7	AIR nº 4/2020-SRM/ANEEL	16/03/2020	Revisão Metodológica – Outras Receitas	Versão pré-participação pública	
8	AIR nº 01/2021-SGT/ANEEL	17/06/2021	Regulamentação de Projetos-pilotos de Tarifa		3
9	AIR nº 04/2021-SGT/ANEEL	13/12/2021	Regulamentação de Projetos-pilotos de Tarifa	Versão pós-participação pública (atualização do Relatório de AIR nº 01/2021-SGT/ANEEL)	
10	AIR nº 0001/2021-SRD/SMA/ANEEL	18/03/2021	Consolidação dos atos normativos relativos à pertinência temática “Direitos do usuário do serviço público de distribuição energia elétrica”		4

11	AIR nº 0002/2021-SRD/SMA/ANEEL	13/08/2021	Consolidação dos atos normativos relativos à pertinência temática “Direitos do usuário do serviço público de distribuição energia elétrica”	Versão pré-participação pública - Fase 2 (atualização do Relatório de AIR nº 001/2021-SRD/SMA/ANEEL)	
12	AIR nº 0003/2021-SRD/SMA/ANEEL	25/11/2021	Consolidação dos atos normativos relativos à pertinência temática “Direitos do usuário do serviço público de distribuição energia elétrica”	Versão pós-participação pública (atualização do Relatório de AIR nº 002/2021-SRD/SMA/ANEEL)	
13	AIR nº 2/2021-SRT-SGI-SRD-SRG/ANEEL	05/03/2021	Análise de Impacto Regulatório (AIR) sobre segurança cibernética no Setor Elétrico Brasileiro	Versão pré-participação pública	5
14	AIR nº 3/2021-SRT-SGI-SRD-SRG-SFE-SFG/ANEEL	18/08/2021	Análise de Impacto Regulatório (AIR) sobre segurança cibernética no Setor Elétrico Brasileiro		
15	AIR nº 1/2021-SRM/ANEEL	23/03/2021	Revisão Metodológica – Fator X e Ganhos de Eficiência Empresarial	Versão pré-participação pública	6
16	AIR nº 4/2021-SRM/ANEEL	23/09/2021	Revisão Metodológica – Fator X e Ganhos de Eficiência Empresarial	Versão 2.0 pós-participação pública	
17	AIR Nº 2/2022-SRM/ANEEL	08/04/2022	Revisão Metodológica – Fator X e Ganhos de Eficiência Empresarial	Versão 3.0 pós-participação pública	
18	AIR 002/2021-SRG/SCG /ANEEL	13/05/2021	Adequações regulatórias para Revisão da Resolução Normativa nº 876, de 10 de março de 2020		7
19	AIR nº 002/2021-SRG/SCG /ANEEL	08/12/2021	Adequações regulatórias para Revisão da Resolução Normativa nº 876, de 10 de março de 2020	Versão Pós 1ª Consulta Pública	
20	AIR nº 02/2021-SGT/ANEEL	25/06/2021	Sinal Locacional – TUST/TUSDg	Versão pré-participação pública	8
21	AIR nº 01/2022-SGT/ANEEL	23/03/2022	Sinal Locacional – TUST/TUSDg	Versão pós-participação pública	
22	AIR nº 02/2022-SGT/ANEEL	08/06/2022	Sinal Locacional – TUST/TUSDg	Versão pós-participação pública.	
23	AIR nº 1 /2020-SRT/ANEEL	04/03/2020	Análise da regulamentação associada a reforços e melhorias em instalações de transmissão de energia elétrica	Versão pré-participação pública	9

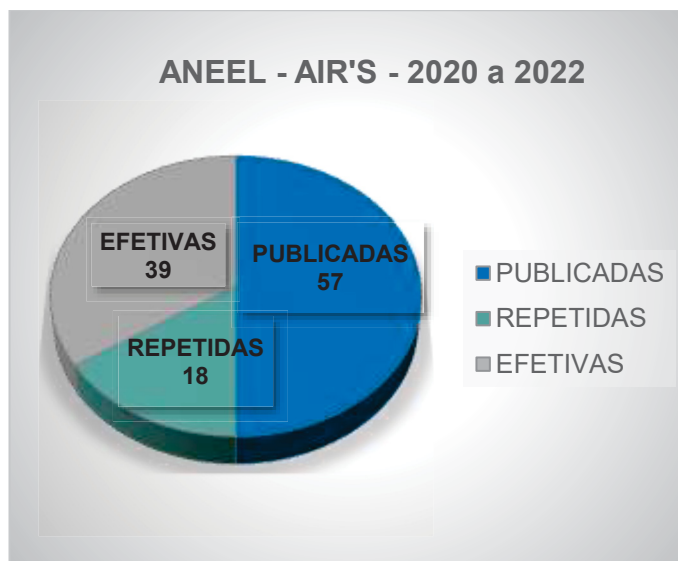
24	AIR nº 5/2021-SRT/SCT/SFE/SFF/SGT/SRM/ ANEEL	08/10/2021	Análise da regulamentação associada a reforços e melhorias em instalações de transmissão de energia elétrica	Revisão do AIR nº 1/2020-SRT/SCT/SFE/SFF/SGT/SRM/ANEEL, pós Consulta Pública nº 30/2020.	
25	AIR nº 1/2022-SRT/SCT/SFE/SFF/SGT/SRM/ ANEEL	10/05/2022	Análise da regulamentação associada a reforços e melhorias em instalações de transmissão de energia elétrica	Revisão do AIR nº 1/2020 - SRT/SCT/SFE/SFF/SGT/SRM/ANEEL, pós Consulta Pública nº 30/2020	
26	AIR nº 3/2020-SRT/ANEEL	03/12/2020	Simplificação do processo de liquidação financeira dos Encargos de Uso dos Serviços de Transmissão – EUST.	Versão pós-participação pública (atualização do Relatório de AIR nº 3/2020-SRT/ANEEL)	10
27	AIR nº 6/2021-SRT/ANEEL	20/10/2021	Simplificação do processo de liquidação financeira dos Encargos de Uso dos Serviços de Transmissão – EUST.		
28	AIR nº 9/2020-SRM/ANEEL	15/12/2020	Alocação dos custos financeiros relativos à Conta-Covid (Regulamentação do Art. 7º do Decreto nº 10.350/2020).	Versão pós-participação pública (atualização do Relatório de AIR nº 09/2020-SRM/ANEEL)	11
29	AIR nº 2/2021-SRM/ANEEL	14/06/2021	Alocação dos custos financeiros relativos à Conta-Covid (Regulamentação do Art. 7º do Decreto nº 10.350/2020).		

FONTE: A autora (2023).

Levando em consideração o assunto tratado teremos uma diminuição da quantidade de relatórios, efetivamente, elaborados pela ANEEL, passando de 29 para 11 o número relatórios produzidos.⁹⁹

GRÁFICO 2 - RELATÓRIOS DE AIRS ELABORADOS PELA ANEEL

⁹⁹ No preenchimento dos formulários de pesquisa dos relatórios de AIR, nº 01/2022-SGT/ANEEL e AIR nº 02/2022-SGT/ANEEL que tratam sobre Sinal Locacional – TUST/TUSDs, constatamos que os itens: 3 - atores ou grupos afetados; 4 – base legal; 5 – necessidade de intervenção; 6 – objetivos e; 10 - acompanhamento e fiscalização, possuem motivação *aliunde* ou *per relationem* fazendo remição aos termos apontados no AIR nº 02/2021- SGT/ANEEL, o que evidencia a repetição de assuntos e dos problemas regulatórios discutidos nesses documentos, conforme apontamos.



FONTE: A autora (2023)

Com acesso aos documentos de AIRs, elaboramos um formulário com 15 critérios para avaliação, de acordo com a Resolução Normativa n.º 941/2021, atualizada pelo Decreto n.º 10.411/2020, que no seu artigo 4º apontou (quinze) incisos com as informações mínimas que os relatórios das análises de impactos regulatórios elaborados pela ANEEL deverão conter.

QUADRO 2 – RESUMO DOS QUESITOS MÍNIMOS DAS AIRS DO FORMULÁRIO DE PESQUISA

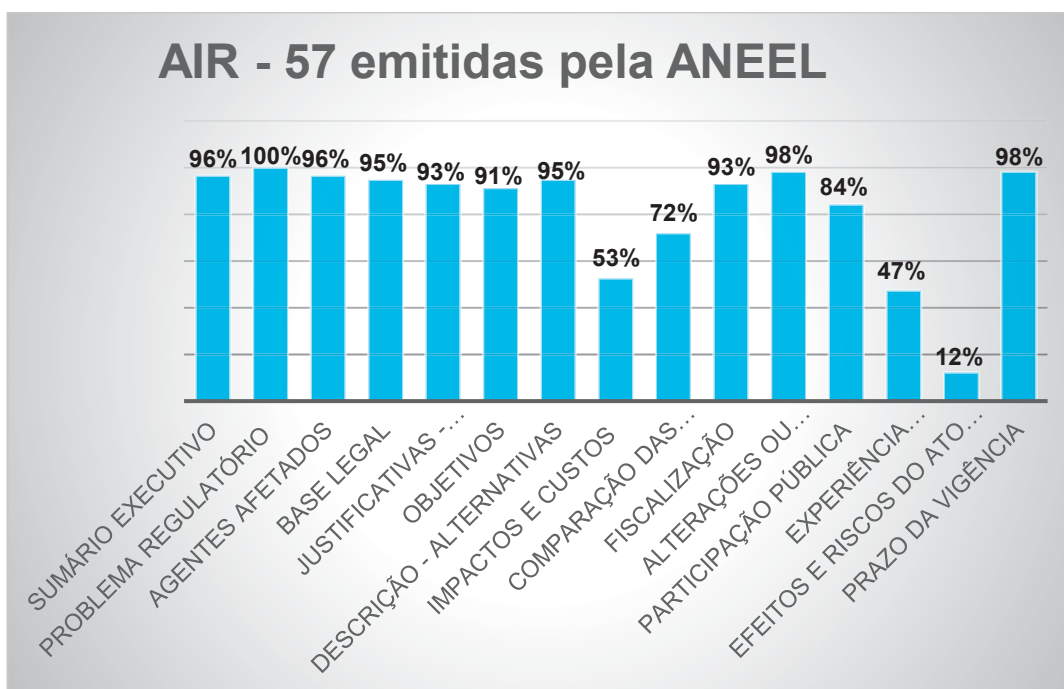
Nº	QUESITOS MÍNIMOS - RESOLUÇÃO Nº 941/2021	RESUMO
1	Sumário executivo, utilizando linguagem simples e acessível ao público em geral;	Sumário executivo
2	Identificação do problema regulatório que se quer solucionar, apresentando suas causas e extensão;	Problema regulatório
3	Identificação dos agentes econômicos, dos usuários dos serviços prestados e dos demais afetados pelo problema regulatório identificado;	Agentes afetados
4	Identificação da base legal que ampara a ação da Agência no tema tratado;	Base legal
5	Justificativas para a possível necessidade de intervenção da Agência;	Justificativas - intervenção
6	Objetivos pretendidos com a intervenção da Agência;	Objetivos
7	Descrição das possíveis alternativas para enfrentar o problema identificado, considerando a opção de não ação e, sempre que possível, alternativas que não ensejam ato regulamentar;	Descrição - alternativas
8	Exposição dos possíveis impactos das alternativas identificadas, inclusive quanto aos seus custos regulatórios;	Impactos e custos
9	Comparação das alternativas consideradas para a resolução do problema identificado, com análise	Comparação das alternativas

	fundamentada que contenha a metodologia específica escolhida para o caso concreto, apontando, justificadamente, a alternativa ou a combinação de alternativas que se mostrem mais adequadas para alcançar os objetivos pretendidos;	
10	Identificação de formas de acompanhamento e fiscalização dos resultados decorrentes do novo ato normativo;	Fiscalização
11	Identificação de eventuais alterações ou revogações de regulamentos em vigor em função da edição do novo ato normativo;	Alterações ou revogações
12	Considerações referentes às informações, contribuições e manifestações recebidas para a elaboração da AIR em eventuais processos de participação pública ou outros processos de recebimento de subsídios de interessados no tema sob análise;	Participação pública
13	Mapeamento da experiência internacional quanto às medidas adotadas para a resolução do problema regulatório identificado;	Experiência internacional
14	Identificação e definição dos efeitos e riscos decorrentes da edição, da alteração ou da revogação do ato normativo;	Efeitos e riscos do ato normativo
15	Prazo para início da vigência das alterações propostas.	Prazo da vigência

FONTE: A autora (2023).

A partir da análise dos dados, observamos deficiências nos relatórios de análise de impacto regulatório (AIR) elaborados pela ANEEL no tocante à exposição dos possíveis impactos das alternativas identificadas, inclusive quanto aos seus custos regulatórios e à identificação e definição dos efeitos e riscos decorrentes da edição, da alteração ou da revogação do ato normativo.

GRÁFICO 3 - DEFICIÊNCIAS ENCONTRADAS NOS RELATÓRIOS ANALISADOS



FONTE: A autora (2023).

As deficiências relatadas poderão prejudicar uma mensuração consequentialista pela ANEEL, porquanto os impactos e custos regulatórios juntamente com a identificação e definição dos efeitos e riscos constituem os principais balizadores para o decisor avaliar as possíveis consequências decorrentes da edição, da alteração ou da revogação do ato normativo.

Sem analisarmos o mérito dos relatórios de AIR emitidos pela ANEEL, percebemos em alguns documentos linguagem complexa e com muitos termos técnicos que precisam ser explicitados em linguagem acessível para facilitar a compreensão do problema regulatório e aumentar as contribuições dos usuários dos serviços prestados, dos agentes econômicos e dos demais afetados pelo problema regulatório.¹⁰⁰

Todavia, observamos avanços no sentido de aprimorar a norma organizacional nº. 40/2013 que dispõe sobre a realização de análise de impacto

¹⁰⁰ Para análise da linguagem conferir 7 (sete) modelos de relatórios de AIR que a ANEEL disponibiliza no sítio eletrônico, Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/centrais-de-conteudos/manuais-modelos-e-instrucoes/air>. Acesso em: 12 nov. 2022.

regulatório - AIR no âmbito da ANEEL. Após passar por duas atualizações,¹⁰¹ essa norma foi submetida à análise de resultado regulatório (ARR) em dezembro de 2021 - ARR nº. 1/2021-CT-REG/ANEEL, prevista na REN nº. 798/2017.

O referido relatório de ARR, após apreciação pública resultante na tomada de subsídios nº. 19/2021, concluiu que apesar dos avanços ocorridos, a Norma organizacional nº. 40/2013 ainda necessita de aperfeiçoamentos:

256. Adicionalmente, as informações apresentadas neste documento contribuirão para o processo de aprimoramento da regulação com destaque para os seguintes pontos a serem analisados na futura AIR da NO 40: o aprimoramento dos mecanismos de transparência e participação social; a aplicação de metodologias nas AIR; a padronização e a organização de parâmetros usualmente usados por diversas áreas técnicas, bem como a definição de critério de custos regulatórios compatíveis com a área de atuação da Agência; e a definição de indicadores específicos e aderentes aos objetivos que vierem a serem estabelecidos para possibilitar a avaliação futura dos resultados da intervenção.¹⁰²

Conforme previsto, as questões apresentadas no relatório de ARR nº. 1/2021-CT-REG/ANEEL foram tratadas AIR Nº.: 001/2022-CT-REG/ANEEL realizada em 04/08/2022 com o objetivo de avaliar a necessidade de intervenção e encontrar melhorias práticas a partir do problema regulatório identificado de incompatibilidade entre a Norma organizacional – NO nº. 40/2013 e a realidade da ANEEL.

Assim sendo, percebemos que a ANEEL já considera a relevância prática da análise de impacto regulatório para racionalizar a tomada de decisão no processo de produção de suas normas e busca, constantemente, o aprimoramento deste instrumento de boas práticas regulatórias para melhoria da regulação no setor elétrico do País.¹⁰³

4.3.2 Análise dos Dados Referentes a ANEEL Apresentados pelo Projeto Boas Práticas Regulatórias do Laboratório de Regulação Econômica da UERJReg

¹⁰¹ Consultar resoluções da ANEEL: Resolução Normativa nº 941/2021 e Resolução Normativa nº 798/2017.

¹⁰² ANEEL. AIR Nº.: 001/2022-CT-REG/ANEEL, assunto: Análise de Impacto Regulatório da NO nº 40/2013 - Realização de Análise de Impacto Regulatório na ANEEL (2022, p. 08).

¹⁰³ Observamos que a ANEEL informa em todas as páginas dos relatórios de AIR emitidos que: “O Relatório de AIR é um documento emitido pelas Unidades Organizacionais e destina-se a subsidiar as decisões da Agência”.

Para complementar nosso estudo, analisaremos alguns dados referentes à ANEEL coletados e apresentados pelo Projeto Boas Práticas Regulatórias realizados pelo Laboratório de Regulação Econômica da UERJReg,¹⁰⁴ vinculado à Faculdade de Direito a UERJ e coordenado pelo Prof. José Vicente Mendonça.

O Laboratório já produziu dois projetos na linha de pesquisa *boas práticas regulatórias*: "Análise de Impacto Regulatório no Brasil: Balanço e Acompanhamento" e o projeto "A Análise de Resultado Regulatório Pré-Decreto nº. 10.411/2020", coordenados por Michelle Moretzsohn Holperin, contribuindo para os debates sobre a melhoria da regulação no Brasil.

Na execução dos projetos, três relatórios já foram produzidos. O primeiro relatório de coleta foi publicado em junho de 2019 concernente ao projeto "Análise de Impacto Regulatório no Brasil: Balanço e Acompanhamento", o qual se reportou ao processo de coleta de dados das AIRs que serão consideradas para análise e comparação das AIRs recebidas e disponíveis nos sites de cada agência com os números informados pelas agências no Inventário da Casa Civil, realizado em 2017.¹⁰⁵

O segundo relatório de pesquisa denominado "Análise de Impacto Regulatório: Panorama Geral" apresenta análise técnica dos dados coletados e um resumo dos resultados do projeto em 2019.

- 1) Três das dez agências reguladoras analisadas disponibilizam seus relatórios de AIR em um espaço exclusivo em seu sítio na internet. Destas, apenas duas disponibilizam todas, ou a grande maioria, das AIRs já produzidas; 2) A variedade de respostas e arquivos recebidos via Lei de Acesso à Informação (LAI) não permite saber, ao certo, quantas AIRs já foram realizadas pelas agências reguladoras federais brasileiras; 3) A divergência entre as quantidades (i) que podem ser obtidas no site das agências, (ii) recebidas via LAI, e (iii) informadas por meio de questionário da Casa Civil da

¹⁰⁴ Consultar: O Laboratório de Regulação Econômica – UERJ Reg. é uma entidade sem fins lucrativos vinculada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, direcionada à pesquisa e ao engajamento dos alunos da Graduação e da Pós-Graduação em questões e debates relacionados à regulação da economia. Disponível em: <https://www.uerjreg.com.br/o-uerj-reg>. Acesso em: 20 set. 2022.

¹⁰⁵ UERJ. Relatório de coleta 2019, UERJReg., Projeto: Análise de Impacto Regulatório no Brasil: Balanço e Acompanhamento (2019, p. 08): "Este relatório conclui indicando que um aspecto fundamental da introdução bem-sucedida da AIR no Brasil - qual seja, o fácil acesso às análises realizadas - ainda encontra-se em estágio incipiente. É importante lembrar que, de acordo com o Banco Mundial, existem dois requerimentos fundamentais para AIRs bem-sucedidas na experiência internacional: (i) As análises ficam disponíveis publicamente em um sítio único na internet e (ii) Presença de um órgão especializado para revisão e monitoramento das AIRs feitas. O processo de coleta para o presente projeto indicou não apenas a ausência do primeiro requerimento, mas também uma dificuldade em determinar, com precisão, a quantidade de AIRs elaboradas no Brasil até o momento".

Presidência da República indicam que a transparência do processo de AIR nas agências federais carece de melhoria; 4) Um total de 635 documentos de AIR foram retidos para análise. Destes, mais de 85% concentram-se em duas agências reguladoras: Anvisa e Aneel; 5) Seguindo recomendações do Guia da Casa Civil e da experiência internacional, as agências consideraram a opção de nada fazer em mais de 90% das AIRs; 6) No entanto, a opção de nada fazer foi recomendada em menos de 1% das AIRs; 7) Enquanto os impactos são descritos em 95% dos documentos, apenas cerca de 8% apresentam algum tipo de tentativa de mensuração; 8) Em sua grande maioria (98%), as agências descrevem – em níveis bastante variados de profundidade – os possíveis impactos da(s) alternativa(s) regulatória considerada(s) na análise.¹⁰⁶

Comentaremos alguns resultados referentes à AIR realizadas pela ANEEL apresentados pelos relatórios de dados e pesquisa do projeto da UerjReg sobre a análise de impacto regulatório feitas pelas agências reguladoras no Brasil.

Os resultados apresentados demonstram que AIR ainda não faz parte da prática de todas as agências reguladoras brasileiras, tanto que a produção dessas análises é relativamente baixa e concentrada em apenas duas agências: ANVISA e ANEEL (item 4).

Outra constatação empírica do relatório apontou a dificuldade de obtenção dos documentos de AIR por não possuir, nos sítios eletrônicos dessas entidades, uma localização específica para esses documentos, o que também observamos ao realizar a nossa pesquisa, conforme acima já relatado.

A ANEEL não possui um órgão especializado para revisão e monitoramento das AIRs realizadas, o que corrobora com os dados apresentados pela segunda etapa do processo de coleta do projeto "Análise de Impacto Regulatório no Brasil: Balanço e Acompanhamento" que recebeu da ANEEL via e-sic 138 análises de impacto regulatório, porém 25 delas eram, na verdade, notas técnicas. Já as AIRs informadas pela ANEEL para a Casa Civil da Presidência da República constam apenas 93 AIRs.

É perceptível a disparidade quanto ao número de AIRs realizadas e as informadas ao governo pela ANEEL, o que demonstra uma imprecisão quanto à quantidade de AIRs, efetivamente produzidas por essa agência.¹⁰⁷ O item 3 dos

¹⁰⁶ UERJ. Relatório de pesquisa 2020, UERJReg., Projeto: Análise de Impacto Regulatório: Panorama Geral (2020, p. 04).

¹⁰⁷ Conferir UERJ. Relatório de coleta 2019, UERJReg., Projeto: Análise de Impacto Regulatório no Brasil: Balanço e Acompanhamento (2019, 4 - 7): "A segunda etapa do processo de coleta consistiu no envio de pedido de informação via Lei de Acesso à Informação, por pedido protocolado no espaço e-sic. Os pedidos foram feitos entre os meses de Maio de 2018 e Janeiro de 2019". Tabela 2 - AIRs

resultados destacados no segundo relatório aponta que a divergência entre as quantidades de AIR feitas pela ANEEL: “indicam que a transparência do processo de AIR nas agências federais carece de melhoria”.

Em virtude do conteúdo técnico e das peculiaridades dos setores regulados, torna-se complexo e custoso estudar o conteúdo e qualidade das AIR produzidas pelas agências reguladoras brasileiras, de modo que as variáveis escolhidas pelo Laboratório da UERJReg. atenderam o objetivo esperado de mapear as características das AIRs, verificaram o nível de maturidade do País com a ferramenta, e propuseram indicadores adequados para o caso brasileiro:

Assim, este relatório versa sobre quatro variáveis de grande interesse teórico e prático do Uerj Reg., mas que não envolveram dificuldade em localização e codificação: a presença do status quo enquanto opção, a alternativa recomendada, a descrição dos impactos e a mensuração dos impactos. Embora possam ocorrer diferenças de interpretação sobre a mensuração dos impactos em um documento de AIR, isto foi minimizado adotando os seguintes critérios: (i) somente os documentos sem nenhum tipo de tentativa de mensuração de impacto foram classificados como “não”, e (ii) foi adicionado um campo de “tipos de dados” que, em um primeiro momento, serviu com um ponto de checagem desta variável. Ou seja, se qualquer tipo de tentativa de mensuração tivesse sido feita, algum tipo de dado deveria constar neste segundo campo. Além disso, cerca de 20% das análises foram verificadas por um segundo pesquisador, sem divergências encontradas nesta variável específica.¹⁰⁸

Utilizando as variáveis mencionadas, o projeto apresentou as seguintes conclusões nos itens 5 e 6, sobre a opção “de nada fazer” recomendada pelo guia da Casa Civil e pela experiência internacional. Essa opção embora seja considerada pelas agências em mais de 90% das AIRs, foi recomendada em menos de 1% das AIRs realizadas. Essa alternativa, embora sirva como parâmetro de comparação para as demais opções, é adotada raramente, o que prejudica o desenvolvimento da função limitativa da AIR de conter a ação normativa das agências reguladoras.

recebidas via Lei de Acesso à Informação (Fonte: Elaboração própria a partir dos dados recebidos via LAI): Nesta tabela consta que a ANEEL enviou via e-sic 138 AIR, com necessidade de recurso. As AIRs foram disponibilizadas na Planilha das audiências realizadas. Contudo, das 138 AIR enviadas, 25 não se referem especificamente à AIR, mas nota técnica. Na Tabela 3 - AIRs informadas pelas Agências para a Casa Civil (Fonte: Casa Civil (2017, on line), consta que a ANEEL realizou 93 AIRs, no entanto na Tabela 4 - Coleta de AIRs – Consolidado (Fonte: Tabela consolidada os dados das tabelas 1, 2 e 3. Mesmas fontes e observações se aplicam), consta que a Aneel realizou 138 AIRs”.

¹⁰⁸ UERJ. Relatório de pesquisa 2020, UERJReg., Projeto: Análise de Impacto Regulatório: Panorama Geral (2020, p.11).

Ressalvamos que os três relatórios técnicos da UERJReg foram produzidos antes da publicação do Decreto nº. 10.411/2020. Consoante comentamos nesse capítulo, este Decreto, no artigo 15, § 2º, facultou à autoridade competente três possibilidades de decisão, dentre elas, a adoção de alternativa de não ação ou de soluções não normativas, de modo que esperamos que a realidade demonstrada pelos dados acima seja modificada.

No tocante à mensuração dos impactos nas AIRs analisadas, nos itens 7 e 8, percebemos que na produção dos relatórios os impactos descritos não foram acompanhados de critérios, índices, ou seja, elementos de mensuração, na tentativa de assim fazê-lo¹⁰⁹, o que pode apontar uma tendência da AIR se tornar apenas um instrumento formalista, se essa carência não for revertida em prol da verdadeira utilidade dessa boa prática regulatória.

O projeto “A Análise de Resultado Regulatório Pré-Decreto nº. 10.411/2020” publicou relatório de coletas de dados em 2020 apresentando resumo dos principais resultados:

1) Quatro das doze entidades reguladoras analisadas já concluíram pelo menos 1 relatório de ARR; 2) Há um total de 10 relatórios de ARR tornados públicos até novembro de 2020, e 16 ARR em andamento; 3) Cinco das doze entidades reguladoras já regulamentaram a ARR. Destas, três adotaram a definição de ARR das Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório da Casa Civil (2018); 4) Para os casos de dispensa de AIR por urgência, o prazo estabelecido para a realização da ARR foi de 2 anos. Inferior, portanto, ao prazo de 3 anos determinado pelo Decreto nº 10.411/2020; 5) Metade das entidades pesquisadas informou já haver realizado outros tipos de avaliação ex-post, como a AIR ex-post e a análise crítica. No entanto, na ausência de clareza sobre o conteúdo de um relatório de ARR, não é possível distinguir entre os diferentes tipos de avaliação ex-post.¹¹⁰

¹⁰⁹ UERJ. Relatório de coleta 2019, UERJReg., Projeto: Análise de Impacto Regulatório no Brasil: Balanço e Acompanhamento (2019, p. 16): “O relatório de pesquisa: Análise de Impacto Regulatório: Panorama Geral, aponta o que devemos entender quando citam “estimativas de impacto”: “Ou seja, quando falamos em “estimativas de impacto”, estamos falando de qualquer tentativa de estimar o impacto das alternativas regulatórias. Isso inclui simulações de cenários com a nova proposta para verificar potencial de correção do problema identificado, estimativa de custo operacional, estimativas de outras jurisdições (com ou sem aprofundamento da sua adequação ao contexto local), percepção de impacto, dentre outras. Uma segunda ressalva precisa ser feita. No que diz respeito ao uso de percepção de impacto, foram consideradas como estimativas de impacto todas as tentativas que envolveram obtenção de dados com atores internos e externos. Por exemplo: a atribuição de impacto e magnitude feita apenas pela equipe envolvida na AIR não é considerada como estimativa de impacto. Ao mesmo tempo, quando as atribuições de impacto e magnitude são obtidas a partir de dados coletados com diferentes atores, esta é considerada como uma estimativa de impacto”.

¹¹⁰ UERJ. Relatório de coleta 2021, UERJReg., Projeto: A análise de resultado regulatório pré-decreto nº 10.411/2020 (2021, p. 03).

O relatório indica uma postura mais audaciosa da ANAC, ANEEL e ANVISA com a redução do prazo de dois anos para a realização de ARR para os casos de dispensa de AIR por urgência. No entanto, a produção de AIR no Brasil ainda é incipiente e não temos experiência para avaliar se essa alteração é positiva ou negativa nesse estágio da aplicação dos dois instrumentos regulatórios.

Ademais, como apontamos no item 5 do relatório acima citado, não é possível distinguir entre os diferentes tipos de avaliação *ex post*. Dessa forma, acreditamos que no caso de dispensa de AIR por urgência, a avaliação *ex post* deveria ser mais abrangente do que a própria ARR, porque nesse caso não foi realizada a AIR prévia, conforme explica o relatório no seu conteúdo:

No cenário internacional, não é comum o uso do termo ARR. Em geral, avaliações retrospectivas são tratadas em conjunto, como avaliações *ex-post*. Há sutil diferenciação entre AIR *ex-post* e Avaliação *ex-post*, sendo a primeira apenas para verificar a efetividade da regulação e a segunda uma avaliação mais abrangente, que inclui os demais impactos gerados pela regulação sob análise. A tabela a seguir indica algumas das principais definições de avaliações retrospectivas.¹¹¹

Após essa citação, o relatório apresenta uma tabela citando algumas das principais definições de avaliações retrospectivas, elaboradas pela Casa Civil, OCDE e IPEA para a seguir concluir que: “Uma das consequências da falta de clareza sobre o que deve ser a avaliação retrospectiva em geral, e a ARR, em particular, é o avanço limitado desta ferramenta, em especial quando comparada com a AIR”.

O Decreto nº. 10.411/2020, no seu artigo 2º, define a avaliação de resultado regulatório - ARR como um instrumento de avaliação do desempenho dos atos normativos produzidos pelas agências reguladoras.

Art. 2º (...) III - avaliação de resultado regulatório - ARR - verificação dos efeitos decorrentes da edição de ato normativo, considerados o alcance dos objetivos originalmente pretendidos e os demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação;

¹¹¹ UERJ. Relatório de coleta 2019, UERJReg., Projeto: Análise de Impacto Regulatório no Brasil: Balanço e Acompanhamento (2019, p. 10).

Com o intento de difundir a avaliação de resultado regulatório no País, utilizou-se estratégia similar àquela manejada para disseminação da AIR com a elaboração de um “guia orientativo para elaboração de avaliação de resultado regulatório” em parceria das equipes técnicas da Secretaria executiva do Ministério da Economia¹¹², das Agências Reguladoras federais, do INMETRO, e o Laboratório de regulação econômica da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJReg.¹¹³

Em 13/06/2023, a ANEEL publicou um guia de boas práticas para monitoramento da regulação e avaliação de resultado regulatório, elaborado pelo grupo de trabalho interno de monitoramento da agência, com o objetivo de verificar a efetividade dos seus regulamentos. Cremos ser uma iniciativa promissora, porquanto são servidores que conhecem a realidade da ANEEL e sabem o que é importante para o setor.¹¹⁴

Diante das considerações expostas, houve uma evolução no aperfeiçoamento da legislação da ANEEL acerca da elaboração dos relatórios da AIR e da ARR, principalmente, após a vigência do Decreto nº. 10.411/2020 que regulamentou esses instrumentos no nosso ordenamento jurídico.

Apesar do pioneirismo e expertise que algumas agências, dentre as quais a ANEEL, desenvolveram na elaboração de AIR, ainda necessitam de aprimoramento como a criação de órgão específico para revisão e monitoramento dessas análises e localização específica para facilitar a obtenção desses documentos, por exemplo.

Ademais, não podemos perder o foco da finalidade primordial da AIR que é avaliar os impactos positivos e negativos das consequências das propostas ou alterações normativas, pois se eles não forem mensurados na elaboração da AIR corre-se o risco desta ferramenta se tornar um instrumento formal.

¹¹² O referido guia ficou disponível para consulta pública por 45 dias até o dia 12/11/2021, após o escoamento do prazo para consulta foram computadas 81 contribuições, das quais cerca de 2/3 foram acatadas, integral ou parcialmente, na versão final do guia. Brasil, Resumo do Ministério da Economia. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/cp-guia-arr>. Acesso em: 03 abr. 2022.

¹¹³ BRASIL, Guia Orientativo para Elaboração de Avaliação de Resultado Regulatório – ARR. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/cp-guia-arr>. Acesso em: 03 abr. 2022.

¹¹⁴ BRASIL, Guia de Boas Práticas para Monitoramento da Regulação e Avaliação de Resultado Regulatório Versão 1. 2023. Disponível em: https://git.aneel.gov.br/publico/centralconteudo/-/raw/main/manuaisinstrucoes/pdecisorio/2023_Relatorio_ARR.pdf. Acesso em: 23 jun. 2023.

5 A RACIONALIZAÇÃO DO PROCESSO DECISÓRIO NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

Neste capítulo abordaremos a necessidade de um aparato técnico baseado em análises consequencialistas, como a análise de impacto regulatório para racionalizar o processo decisório normativo das agências reguladoras, demonstrando que apenas o processo foi insuficiente para compreender as peculiaridades da competência normativa dessas autarquias especiais.

Com a difusão de práticas administrativas e instrumentos objetivos, como a análise de impacto regulatório, podemos reduzir a assimetria de informações entre as agências reguladoras e os agentes afetados fomentando o controle social e a cultura da *accountability* no direito brasileiro.

5.1 NECESSIDADE DE RACIONALIZAÇÃO DO PROCESSO DECISÓRIO NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A realidade das agências reguladoras no contexto nacional impôs a necessidade da processualização de sua competência normativa como meio de adequá-las à nossa ordem constitucional e reposicioná-las perante as funções dos poderes da República.

Em virtude das especificidades técnicas e prospectivas da competência normativa das agências reguladoras, segundo distinção realizada entre as funções normativas e decisórias dessas entidades no capítulo 2, avaliamos que somente a processualização da competência normativa era insuficiente para diminuir a assimetria de informação dos setores regulados.

Nesse sentido, Guerra comenta que novas competências e instituições administrativas requerem novo aparato jurídico e técnico para o exercício dessas funções:

Não obstante, deve-se reconhecer que as novas funções do Estado em um ambiente globalizado e impactado pelas novas tecnologias, independentemente do grau de desenvolvimento do país, exigem novas competências, novas estratégias para o exercício das funções administrativas, novas instituições – estatais, semipúblicas ou privadas -, revisão das escolhas públicas e respectivas categorias/institutos de direito administrativo para a perfeita conformação de mudanças e desses acoplamentos. (GUERRA, 2021, p. 56).

Recordemos que análises consequencialistas no âmbito das agências reguladoras era uma prática comum, pois toda atividade econômica precisa de planejamento e esse se faz com prospecção nas consequências jurídicas.

Exemplificando: o exercício da competência normativa da ANEEL gera uma expectativa por parte do consumidor/usuário e das empresas prestadoras de fazerem um planejamento confiando que a regulação não será modificada repentinamente e que foi a melhor opção para o desenvolvimento do setor. No caso de uma empresa, teremos investimentos em setor em particular ou a adoção de determinado comportamento para evitar sanções a depender do ato normativo produzido.

Dessa maneira, Sundfeld comenta que o funcionamento dos poderes públicos e do setor privado envolve custos e riscos jurídicos, mas a intensa criação na construção em concreto do interesse público compartilhada por juízes, órgãos de controles com a Administração e esta, por sua vez, compartilhando com os legisladores na produção normativa, estão sem limites e gerando sérios problemas:

As pesquisas tinham identificado uma crise – causada por opções legislativas fragmentadas, mas conscientes – nas ideias históricas sobre a divisão de tarefas dentro do estado, na construção do interesse público. Uma hipótese era que, para superar a crise, seria preciso aceitar a realidade: de que juízes e outros controladores já estavam compartilhando a construção em concreto do interesse público com a Administração Pública, em doses crescentes; e de que a Administração vinha cada vez mais compartilhando a produção normativa com os legisladores (fenômeno visível sobretudo na regulação econômica). O funcionamento dos poderes públicos e do setor privado envolve custos e riscos jurídicos. Autoridades e empresas têm que observar leis e regulamentos, é verdade. O judiciário e outros mecanismos podem ser acionados para proteger direitos e corrigir erros e abusos na aplicação das leis. Tudo isso é bom. Mas o problema é que, em meio ao ambiente de intensa criação, os custos e riscos jurídicos de governar e empreender acabaram saindo do controle. (SUNDFELD, 2022, p. 39).

A regulação produzida pelas agências deve gerar segurança para o setor regulado e seus consumidores e/ou usuários, através da participação pública, com respaldo técnico e motivação da norma produzida, evitando que os agentes afetados sejam surpreendidos por legislações abruptas e descontextualizadas de suas relações. Uma das finalidades da Lei nº. 13.848/2019 foi tornar o ambiente decisório de produção de normas dessas autarquias especiais mais seguro.

Assim agindo, a agência reguladora demonstra que tem capacidade institucional para tomar as melhores decisões no processo de produção de suas

normas. Por conseguinte, com o aumento do ônus argumentativo e técnico, os órgãos de controle passaram a prestar mais deferência às decisões e às normas das agências reguladoras.

Trazer segurança jurídica para a vida cotidiana da atuação do Estado é uma necessidade premente diante da complexidade da sociedade do Século XXI, porquanto a Lei nº. 13.848/2019 dialoga com as disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público inseridas na LINDB que se propuseram a gerar mais segurança jurídica as decisões estatais nos diversos níveis de competência.

5.2 CONSEQUENCIALISMO E A OBRIGATORIEDADE DE REALIZAÇÃO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

A institucionalização do consequencialismo pela LINDB no âmbito do Direito Público e a edição da Lei nº. 13.848/2019 estruturaram o nosso sistema jurídico para proporcionar mais racionalidade ao processo decisório de formação de normas das agências reguladoras.

A competência normativa das agências reguladoras por ser, em regra, abstrata e prospectiva, cria norma jurídica, devendo o processo de formação de normas dessas autarquias especiais se submeter às disposições da LINDB, especialmente à disciplina do artigo 20, o qual tem por objetivo racionalizar a aplicação de “valores jurídicos abstratos”, ou seja, princípios através da análise das consequências práticas da decisão” JORDÃO (2023, Informação verbal).¹¹⁵

Segundo Sundfeld, as condicionantes da nova LINDB quanto à criação jurídica se encontram em vários dos seus dispositivos:

A nova LINDB procura condicionar, com exigências formais e substanciais de caráter geral, o exercício da criação jurídica pela Administração e pelo controle público. Ao fazê-lo, alinha-se à concepção, compartilhadas por autores brasileiros adeptos de uma visão mais realista do Direito, segundo a qual a aplicação do direito público teria natureza cada vez mais constitutiva e

¹¹⁵ Nesse sentido, CENTRO DE ALTOS ESTUDOS EM TELECOMUNICAÇÕES (CEATEL). Palestra: Consequencialismo decisório e a sua relevância para o direito regulatório, projeto Diálogos sobre Regulação e Boas Práticas Institucionais, proferida pelo prof. Dr. Eduardo Jordão, realizada no dia 18 de abril de 2023, mediada pelo superintendente de Planejamento e Regulamentação, Nilo Pasquali. (Informação verbal).

criativa. (...) As condicionantes da nova LINDB quanto à criação jurídica se encontram em vários dos seus dispositivos. Há diretrizes para decisões baseadas em normas indeterminadas (art. 20), exigências de regime de terceiros (art. 23), previsão de consultas públicas para a edição de regulamentos administrativos (art. 29) e dever de normatizar sobre a aplicação e normas públicas (art. 30). (SUNDFELD, 2022, p. 62/63)

A produção de normas pelas agências reguladoras por envolver casos de complexidade econômica, social e técnica exigem um instrumento técnico para subsidiar a tomada de decisão, que deverá avaliar as consequências do ato normativo em processo de elaboração ou alteração.

E o instrumento técnico escolhido para dar concretude e racionalizar a tomada de decisão de produção de normas dessas entidades foi a análise de impacto regulatório, por possuir abordagem pragmática e diferentes metodologias.

Consoante ensina Oliveira, a institucionalização da AIR na elaboração e na revisão dos atos normativos regulatórios implementou os ideais pragmatistas consagrados na LINDB de forma mais efetiva.

No Direito Regulatório, a implementação dos ideais pragmatistas consagrados na LINDB, especialmente o consequencialismo na interpretação e na aplicação das normas jurídicas, são efetivados com maior intensidade por meio da institucionalização da AIR na elaboração e na revisão dos atos normativos regulatórios. (OLIVEIRA, RDDA, vol. 8, 2021, p.141).

A relevância do pragmatismo para a teoria econômica é apontado por Camelo, Nóbrega e Torres: “Vale salientar a mudança da postura gerencial da Administração Pública, seguindo os padrões de excelência internacional (como os da OCDE), além da crescente utilização pelos órgãos de controle da lógica econômica nos julgamentos das contas públicas”.¹¹⁶

Compreender que as consequências da decisão não se restringem aos desdobramentos econômicos é o desafio a ser superado pelos poderes em suas decisões. Nesse sentido, comenta Carreiro:

¹¹⁶ O pragmatismo está intrinsicamente relacionado à teoria econômica, por isso serviu de base para o desenvolvimento da análise econômica do direito, de origem norte-americana. Segundo CAMELO, NÓBREGA e TORRES (2022, p. 15/16): “Além da escassez já falada, os dois principais motivos para o estudo de uma análise econômica do direito para o direito administrativo são: a) os dois modelos jurídicos (*common law* e *civil law*) estão se aproximando; o modelo da *common law* tem forte influência filosófica do pragmatismo e do utilitarismo, que fazem parte da base lógica da teoria econômica; e b) os grandes avanços tecnológicos que aproximam o direito às relações de mercado”.

O consequencialismo adotado pela Lei nº 13.655/2011, ao contrário do que uma compreensão precipitada pode fazer crer, não se restringe exclusivamente ao aspecto econômico e nada há no texto legal que permita essa conclusão. Ele é muito mais abrangente e inclui o dimensionamento das projeções da decisão sobre diversas áreas, como a ordem social e pública, a saúde, a segurança e os direitos fundamentais, que ocupam a centralidade de todo o ordenamento jurídico. Esse o desafio a ser superado: considerar as consequências, mas compreender que elas não se resumem aos desdobramentos econômicos e vão além deles, ou seja, o valor eficiência econômica não é absoluto e deve ser compatibilizado com a constelação de valores albergados pela Constituição. (CARREIRO, 2021, p. 234/235).

Devemos compreender que a decisão regulatória não é uma simples manifestação unilateral de uma autarquia especial, mas uma manifestação colegiada resultante de análise reflexiva, fundamentada em evidências, que pondera políticas públicas, direitos fundamentais, interesses de agentes econômicos e consumidores/usuários dos serviços prestados.

Além da realização de AIR antes da proposição ou alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes afetados (art. 6º), a Lei nº. 13.848/2019 determinou às agências reguladoras observem a devida adequação entre meios e fins (art. 4º) e o dever de motivação de suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos (art. 5º), tudo isso visando uma aplicação racional e fundamentada do processo decisório de produção de normas.

A observância da devida adequação entre meios e fins consolida a aplicação do postulado da proporcionalidade na atuação das agências reguladoras, que já era uma prática realizada no âmbito da Administração Pública, e seguindo o comando determinante da LINDB veda a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público.

Citando lições da literatura alemã, Schier e Lima (2021, p. 51) comentam que a exigência da aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito das agências reguladoras objetiva manter um justo equilíbrio entre os benefícios e os sacrifícios resultante dessa atividade: “Portanto, a máxima da proporcionalidade impede que as Agências, aos expedirem seus regulamentos, atuem com excesso ou de forma insuficiente na consecução de seus objetivos, acarretando desproporção e, conseqüentemente, atuação antijurídica”.

A utilização do postulado da proporcionalidade é imperativa na atuação da Administração Pública em face da necessidade de observância dos princípios administrativos, especialmente dos positivados no artigo 37, caput da Constituição da Federal de 1988, de forma a motivar suas escolhas e que possibilite uma melhor

apreciação do Poder Judiciário quando forem questionados os atos normativos e decisões das agências reguladoras. (JALES, 2020a, p. 11)

No processo normativo, o regulador deve ponderar interesses em choque no plano concreto entre as agências e os agentes econômicos e entre estes e os usuários, bem como sopesar as políticas públicas e os direitos fundamentais. Portanto, precisamos considerar além dos dados do passado, elementos justificativos prospectivos.

Segundo Guerra, existirá segurança jurídica na escolha regulatória sempre que ficar demonstrado na motivação que o regulador levou em consideração todo o *iter* de formação da norma, ou seja, exigências procedimentais, participações públicas e análises técnicas, bem como se a ponderação dos interesses em choque foi proporcional e tolerável aos valores fundamentais em análise.

Na escolha regulatória, a segurança jurídica estará presente sempre que houver demonstração de que as soluções adotadas para o equilíbrio autorreferencial do subsistema, uma vez implementadas, partiram de uma norma previamente debatida e valorada tecnicamente, que houver análise de custos e benefícios para sua aplicação e que tais soluções não comprometerão outros valores que mereçam ser salvaguardados ou, pelo menos, que o farão em nível proporcionalmente tolerável em relação a esses valores fundamentais. (GUERRA, 2021, p. 424)

Dessumimos que o princípio da proporcionalidade permite a construção de uma relação de causalidade entre os fins pretendidos e os meios empregados para atingi-los, tudo com a finalidade de verificarmos se um ato estatal foi adequado, necessário e, restritivamente, se ocorreu uma ponderação entre os custos e os benefícios alcançados.

A outra exigência da Lei nº. 13.848/2019 para transparência do processo normativo trata sobre o dever de motivação da agência de indicar os pressupostos de fato e de direito que determinaram sua decisão a respeito da edição ou não de determinado ato normativo; portanto não basta a citação de dispositivos legais como motivação da decisão.

A preocupação em racionalizar a atividade decisória no nosso sistema jurídico pode ser percebida com a entrada em vigor do CPC/2015, artigo 489, § 1º que ampliou o dever de motivação dos atos administrativos (conforme comentamos no Capítulo 2, no tópico: “Do processo administrativo brasileiro”).

Em relação à aplicação subsidiária do § 1º do artigo 489 do CPC no âmbito do processo administrativo, Irene Nohara e Thiago Marrara¹¹⁷ entendem que a redação do inciso II desse dispositivo possui melhor técnica jurídica do que a prevista no artigo 20 da LINDB, porque seria um exercício especulativo e difícil levar em consideração todas as consequências práticas da decisão.

Entretanto, como pondera Sundfeld, a norma do art. 20 da LINDB quando determinou a análise das consequências práticas das decisões não mandou desprezar a norma positivada:

Há um ponto em que a obediência à lei ainda parece incerta. A nova LINDB, em seu art. 20, exigiu que o gestor, o juiz ou o controlador, antes de decidirem “com base em valores jurídicos abstratos”, considerem as possíveis “consequências práticas” das decisões que imaginarem. Ao contrário do que alguns críticos andaram dizendo, a norma não mandou desprezar as regras jurídicas e analisar consequências. Tratou de coisa bem diversa: das decisões construídas a partir de princípios abertos. (SUNDFELD, Jota, 2023, não paginado).

Conforme comentários realizados no tópico 3.3.1, do capítulo 3, embora algumas críticas devam ser consideradas para a construção de uma aplicação objetiva do artigo 20 da LINDB, pois ele não pode cair no erro de provocar mais insegurança jurídica, decerto é possível racionalizar o processo decisório de produção normativa com motivação consequencialista através do subsídio técnico da AIR.

Fazendo uma distinção entre a AIR e o dever de concretude expresso no artigo 20 da LINDB quanto à sua extensão, complexidade e capacidade de contemplar no processo decisório a participação dos *stakeholders*, Pessoa Valente comenta que esta participação é observada na realização da AIR, enquanto na aplicação da norma do artigo 20 o gestor público nem sempre precisa obedecê-la:

A primeira razão diz respeito a uma peculiaridade dessa ferramenta que inova sobremaneira em relação à forma como as decisões são tomadas no ambiente público. A AIR é um processo de tomada de decisão segundo o qual, e a partir de uma metodologia específica, o tomador de decisão deverá comparar opções possíveis com base em evidências. O leitor atento às alterações trazidas pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB deve estar se perguntando no que a AIR se difere do quanto previsto

¹¹⁷ NOHARA e MARRARA (2018, p. 411/412): “Entende-se mais adequada a redação dada pelo novo CPC no sentido de proibição de se invocar conceitos jurídicos indeterminados sem que haja a explicação do motivo concreto de sua incidência, em vez da redação da LINDB, ao proibir *tout court* que se decida com base em valores jurídicos abstratos sem cotejar as “consequências””.

no art. 20 da LINDB introduzido pela Lei Federal nº 13.655/2018. A diferença reside na sua extensão, complexidade e capacidade de contemplar no processo decisório a participação dos Stakeholders, que nem sempre o gestor público vinculado apenas pelo art. 20 da LINDB precisa obedecer. (PESSÔA VALENTE, Jota, 2020, p. 03).

A AIR é um instrumento técnico em que na avaliação inicial de um problema colhe informações para encontrar alternativas viáveis para resolvê-lo. Assim, o objetivo da participação dos *stakeholders* é ampliar o debate, as contribuições realizadas por estes não vinculam a tomada de decisão das agências, consoante o guia para elaboração de AIR a participação tem por objetivo: “a busca por novos insights, buscando outras visões e perspectivas de atores e stakeholders que não necessariamente estejam ligados diretamente ao problema”.¹¹⁸

Destarte, o que Pessoa Valente denomina de “distinção” deve ser compreendida como campo de abrangência, pois a AIR possibilita uma motivação mais adequada das decisões regulatórias, que constituem uma análise reflexiva de um conjunto de pressupostos fáticos próximos e remotos sob o prisma do Direito, levando em consideração: estudos, impactos, custos e benefícios, enfim suas consequências no mundo jurídico.

Além disso, a decisão regulatória é discricionária porque possibilita a autoridade competente, inclusive adotar a opção de não regular; melhor dizendo, não escolhemos nenhuma das alternativas técnicas apresentadas no relatório da AIR, logo poderá não “obedecer” a nenhuma das contribuições ou soluções construídas pelos *stakeholders*. Contudo, quando decidimos “nada fazer” também realizamos uma escolha que necessitará de uma motivação mais robusta e baseada em parecer técnico.

Outra hipótese que também exigirá um ônus argumentativo ampliado ocorrerá no caso de dispensa na realização das AIR por motivo de urgência. Questão instigante será analisar se o ato normativo produzido pela agência reguladora poderá ser invalidado, caso ela não observe a obrigatoriedade da realização de AIR no processo de produção de suas normas.

Segundo citamos no capítulo 2, a LINDB é uma reação ao decisionismo estatal possuindo função parametrizadora, portanto os artigos 20 e 21 da LINDB são

¹¹⁸ Guia para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR, Capítulo 3 - Relatório de AIR, (2021, p. 31).

considerados como condicionantes de validade das decisões dos poderes estatais e caso não haja observância desses comandos essas decisões poderão ser anuladas quando não fundamentadas substancialmente.

Antes da instituição da obrigatoriedade da AIR, que adveio com a vigência da Lei Geral das Agências Reguladoras, Marques Neto e Freitas observaram que o artigo 21 da LINDB atribuiu um viés econômico à interpretação jurídica e que a AIR era um relevante instrumento para conferir racionalidade aos motivos dos atos administrativos produzidos pelo regulador.

Já se trata de prática, relativamente incorporada – ainda que sem tanta efetividade – na regulação brasileira, por intermédio do instituto da análise de impacto regulatório. Tal instituto, como já se teve a oportunidade de asseverar, se configura como um procedimento administrativo participativo – que será aberto às contribuições do setor regulado –, e que, por meio de análises consequencialistas de dados empíricos, visa a conferir racionalidade aos motivos dos atos administrativos produzidos pelo regulador. **Ora, seja se vem sendo exigido que a Administração reguladora lance mão de uma análise consequencialista antes da produção seus atos, não há por que eximir o decisor de tal ônus. Eis o racional do dispositivo que ora se comenta, que confere um viés econômico a interpretação jurídica.** (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 46).

É a objetividade das consequências práticas e fáticas demonstradas no processo decisório estatal que darão validade a este, caso contrário deverá ser invalidado.

Os deveres de concretude e de motivação consequencialista exigem que a alegação de nulidade da decisão administrativa seja também fundamentada, não basta somente alegar que ocorreu nulidade porque o devido processo não foi observado por exemplo.

Atualmente, segundo Monteiro (2020), com base nos preceitos da LINDB para invalidar uma decisão administrativa não é suficiente alegar a inobservância do devido processo legal, mas é preciso contraditar os argumentos utilizados para fundamentar a decisão, visto que com a motivação reforçada aumentou o ônus argumentativo para ambos os lados¹¹⁹ (informação verbal).

Dessa forma, não basta argumentar que a agência não observou o devido processo legal sem a realização da AIR, cabe ao agente que impugnou o ato

¹¹⁹ WEBINAR CASA JOTA: AIR – avanços e desafios da regulação, casa Jota: Análise de Impacto Regulatório, 24 jul. 2020, palestrante: Profa. Dra. Vera Monteiro. (Informação verbal).

normativo demonstrar que caso a AIR tivesse sido realizada naquele processo normativo o decisor teria outra(s) alternativas(s) com melhores consequências para adotar.

Em nossa pesquisa, adotamos a ideia de invalidade administrativa que se opõe à existência de nulidade absoluta, porque esta não consegue restabelecer o *status quo* antecedente à decisão, de modo que muitos efeitos permanecem sem uma solução prática. Ressaltemos ser esse o entendimento recomendado pela LINDB e defendido pelos autores do anteprojeto.

Por isso, Sundfeld explica que a mudança sobre o tratamento da invalidade administrativa no Brasil buscou superar a ideia de nulidade absoluta no Direito Administrativo para preservação da segurança jurídica nas relações público-privadas, sendo este o sentido preconizado pela LINDB no parágrafo único do artigo 20, que “invalidar” significa regularizar os efeitos da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.¹²⁰

Outrossim, o parágrafo único do artigo 21 da LINDB complementa o tratamento da invalidação dispondo que a decisão de invalidação indicará as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Destarte, Sundfeld explica como a LINDB trocou a desconstituição automática e geral dos atos viciados e seus efeitos, por solução bem mais realista.

Assim, para a nova LINDB, toda invalidade de atos, contratos, ajustes, norma e processos é criativa ou constitutiva; isto é, cria um arranjo jurídico novo para, tanto quanto possível, fazer a normalização dos acidentes de legalidade. Se estiver em causa situação que já tenha gerado efeitos a

¹²⁰ SUNDFELD (2022, p. 72/73): A nova LINDB busca superar a ideia de nulidade absoluta no Direito Administrativo, segundo a qual o reconhecimento de um vício importante importaria, sempre e necessariamente, a extirpação automática e completa do ato viciado, para o passado e o futuro. Essa ideia tinha sido forte em textos normativos e entre publicistas em certa época. Sua expressão máxima foi a súmula 473 do Supremo Tribunal Federal (STF), editada em 1969, segundo a qual a “Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos”. Afirmar, sem ressalvas, a inviabilidade de atos administrativos ilegais darem origem a direitos parece o mesmo que classificar toda ilegalidade como causa de nulidade absoluta, sem gradações. Quando da nova LINDB, essa ideia já vinha sendo superada há algumas décadas, embora lentamente e com hesitações, nos âmbitos doutrinário, jurisprudencial e normativo, e isso em nome da preservação da segurança jurídica. A nova LINDB se inclui nesse movimento, tendo vindo para reforçá-lo e consolidá-lo.

invalidação não será apenas declaratória, tampouco produzirá desconstituição geral automática. (SUNDFELD, 2022, p. 79/80)

A confiança na capacidade institucional da agência é um pressuposto de que a norma editada era suficiente e adequada para o setor regulado. Desse modo, para suplementar ou até invalidar a norma de uma agência reguladora específica, o ônus probatório será maior devido sua especialidade técnica.

No capítulo anterior, citamos a ADI 5798 que versa sobre a controvérsia da competência privativa da União para legislar sobre consumo e a inconstitucionalidade de Lei do Estado de Tocantins, da Relatoria da Ministra Rosa Weber. *Obiter dictum*, entende que a normatização da ANEEL tornava desnecessária e inoportuna a intervenção legislativa estadual, considerada a existência no âmbito federal de regime jurídico mais amplo, uniforme e isonômico de proteção aos interesses dos consumidores dos serviços de energia elétrica, circunstância essa capaz de afastar, por si só, a invocação da competência suplementar dos Estados para dispor sobre a matéria.

Hodiernamente, nas relações jurídico-administrativas exige-se cada vez mais a aplicação do princípio da confiança legítima ou lealdade da administração pública que não deve surpreender os agentes afetados de forma abrupta com atuações contraditórias. Logo, quando a uma autarquia especial invalida um ato normativo, espera-se que realize a regularização dos seus efeitos.

As normas dos artigos 20 e 21 da LINDB se complementam e, no âmbito do direito regulatório, são de suma importância para disciplinar tanto os processos decisórios que criam atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas, bem como as decisões que visam invalidá-los, sendo uma reação ao decisionismo estatal.

5.3 A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO MECANISMO DA ACCOUNTABILITY

Ao estudarmos o princípio da transparência no capítulo 2, apontamos uma das diretrizes da governança pública prevista no Decreto nº. 9.203/2017 como um prelúdio da uniformização legal do processo decisório e normativo das agências reguladoras no País, conforme disposto no artigo 4º: “VIII - manter processo decisório orientado pelas evidências, pela conformidade legal, pela qualidade regulatória, pela desburocratização e pelo apoio à participação da sociedade”.

Segundo Rafael Oliveira, a governança regulatória encontra-se apoiada em três pilares: legitimidade, eficiência e *accountability*.

No campo específico da regulação, a efetivação da governança regulatória encontra-se apoiada em três pilares: a) legitimidade: consagração de instrumentos participatórios na elaboração das decisões do regulador; b) eficiência: ênfase no planejamento e na busca dos resultados esperados; e c) *accountability*: reforço e racionalidade do controle, social e institucional, por parte dos reguladores. (OLIVEIRA, 2015, p. 259).

A recepção da AIR no nosso sistema jurídico foi bem aceita por atender aos três pilares da governança regulatória: i) a legitimidade, com a submissão do relatório final a consultas e/ou audiências públicas para contribuição dos setores regulados, agentes afetados e interessados; ii) a eficiência por ser um instrumento técnico de abordagem pragmática e diferentes metodologias e iii) de difusão da cultura da *accountability* por aumentar a transparência e responsividade da atuação dos órgãos decisores das agências.

A partir do tratamento de dados e dos fatos de forma sistemática e técnica realizados durante a AIR, o agente regulador terá à sua disposição um meio de legitimar, substancialmente, sua decisão com a garantia de controle. Além disso, permite ao agente regulador focar na eficiência das escolhas feitas, pois já se cercou de fundamentos objetivos e concretos para baseá-las. Nesse sentido, corrobora Pessoa Valente:

Reconhece-se, dessa forma, que a legitimação procedimental é necessária, porém insuficiente para legitimar as decisões do agente regulador. Em razão disso, devemos recorrer à legitimidade substancial, que associada à legitimidade procedimental confere ao Estado regulador transparência e responsabilização (*accountability*) e consequentemente eficiência. (PESSOA VALENTE, 2013, não paginado).

Quanto ao pilar da *accountability*, Pessoa Valente discorre que a análise de impacto regulatório é uma excelente ferramenta para atribuir às ações do Estado regulador maior *accountability*, porque revela as premissas fáticas e técnicas do processo de tomada de decisão, possibilitando a responsabilização dos agentes reguladores.

A transparência e a responsabilização apresentam relação direta, pois a responsabilização do agente regulador implica alto nível de exposição, transparência e controle. Sendo o processo de tomada de decisão transparente, torna-se possível, se necessária, a responsabilização do

Estado regulador. É bastante difícil – e, quando possível, restrita – a responsabilização dos agentes reguladores se não for conferida a devida publicidade às suas atividades. Um elemento depende do outro, e com esses dois elementos conjugados tem-se a *accountability*. (PESSÔA VALENTE, 2013, não paginado).

No capítulo 2, já expusemos que *accountability* não tem tradução para o português tampouco um único significado. O primeiro estudo que se debruçou sobre a busca de compreensão desse termo no Brasil foi de autoria de Anna Maria Campos (1990, p. 33), que cita o conceito de Frederick Mosher como as primeiras luzes sobre o significado do vocábulo *accountability* como sinônimo de responsividade objetiva, obrigação que deverá ser compelida pela possibilidade da atribuição de prêmios e castigos àquele que se reconhece como responsável.

Embora *accountability* possa comportar, atualmente, um conceito mais amplo, a responsividade objetiva continua sendo o cerne desse conceito, dado que a responsividade exige prestação de contas das ações do gestor público perante os cidadãos e os demais órgãos e entidades públicas de executar a gestão pública com zelo e transparência, a fim de convencer com inteira clareza suas ações na gestão do dinheiro público.

A prestação de contas é um tema tão intrínseco à *accountability* que nos Estados Unidos existe um departamento específico, GAO – U.S. *Government Accountability Office*, para prestação de contas ao congresso das ações dos órgãos federais.¹²¹

Matias-Pereira acentua a noção do termo *accountability* na atuação dos agentes públicos.

O termo *accountability* pode ser aceito como o conjunto de mecanismos e procedimentos que induzem os dirigentes governamentais a prestar contas dos resultados de suas ações à sociedade, garantindo-se dessa forma maior nível de transparência e a exposição pública das políticas públicas. Quanto maior a possibilidade de os cidadãos poderem discernir se os governantes estão agindo em função do interesse da coletividade e sancioná-lo apropriadamente, mais *accountable* é um governo. Trata-se de um conceito

¹²¹ Nesse sentido: “O GAO, muitas vezes chamado de “cão de guarda do Congresso”, é uma agência independente e não partidária que trabalha para o Congresso. O GAO examina como os dólares dos contribuintes são gastos e fornece ao Congresso e às agências federais informações objetivas, não partidárias e baseadas em fatos para ajudar o governo economizar dinheiro e trabalhar com mais eficiência”. GAO – U.S. *Government Accountability Office*. Disponível em: < <https://www.gao.gov/about/>>. Acesso em: 10 jun. 2023.

fortemente relacionado ao universo político administrativo anglo-saxão. (MATIAS-PEREIRA, 2020, p. 76).

O termo *accountability* não tem uma definição unívoca, pois não expressa apenas a nossa noção de responsabilidade do agente por descumprimento da lei, mas também pelas suas escolhas, o que já era realizado no sistema estadunidense pela exigência de *accountability* na atuação dos agentes públicos (políticos ou administrativos).

A complexidade da atividade estatal exige ainda que a sociedade possa controlar as escolhas públicas, de modo que a racionalidade atribuída pela análise de impacto regulatório ao processo decisório normativo das agências reguladoras apresenta-se como um excelente instrumento de auxílio nessa forma de controle e na correspondente responsabilização de agentes públicos.

É necessário, portanto, que a decisão tomada no processo normativo seja fulcrada em evidências para vincular a motivação apresentada pelo órgão decisor, possibilitando aos agentes afetados e aos órgãos de controle a verificação de *accountability* por partes dos elaboradores da norma.

Assim, a motivação não somente assegura transparência na atuação das agências, mas fornece informação aos regulados e usuários para exercerem o contraditório e a ampla defesa de seus interesses, bem como contribui para a apuração e o estabelecimento de sanções nos processos de responsabilização dos agentes.

Nesse sentido, Robl Filho aponta que a informação é um pressuposto para os processos de responsabilização dos agentes públicos e cita como uma das dificuldades encontradas no estabelecimento de sanções ou prêmios – informações incompletas.

Esses processos de responsabilização pressupõem a existência de informações. Na relação principal/agente, o mandante, a partir das informações que possui e das que pode ter acesso, analisa as ações dos agentes e estabelece prêmios ou sanções. A reeleição ou não de um político constitui-se na sua sanção ou no seu prêmio. Há inúmeras dificuldades no estabelecimento das sanções ou premiações, sendo uma delas a existência de informações incompletas que o principal detém sobre o agente (PRZEWORSKI, 2006, p. 45). Por exemplo, os agentes possuem: (a) conhecimento pleno da sua motivação; (b) conhecimento privilegiado sobre as capacidades; (c) noção mais completa sobre os fenômenos. Questões essas que os principais não conseguem alcançar plenamente (PRZEWORSKI, 2006, p. 45). (ROBL FILHO, 2013, p. 104).

O controle do processo normativo das agências reguladoras encontra dificuldades ainda maiores em face do grau elevado de conhecimento técnico e científico. Portanto, a AIR fornece informações técnicas para subsidiar a tomada de decisão pela regulação, assim como para a motivação da norma e sua possível invalidação.

A consecução de um processo decisório com motivação adequada e fundamentação técnica (AIR) proporcionará um aumento do ônus argumentativo da Administração Pública nas suas decisões e um aumento da sindicabilidade da discricionariedade dessas entidades.

Schier e Lima lecionam que a ampla fundamentação empírica ocasiona uma maior sindicabilidade das decisões fundadas em juízo discricionário.

Assim, a autoridade regulatória tem o ônus argumentativo de demonstrar, a partir de juízos concretos, que a solução adotada é pertinente (i) ao ordenamento jurídico interpretado sistematicamente e (ii) às consequências concretas que serão produzidas. Exige-se, portanto, do agente regulador, que realize uma projeção, uma análise de causa-efeito que considere a relevância política, social e econômica das decisões adotadas. E o instrumento eleito pela Lei para viabilizar tal motivação qualificada é a Análise de Impacto Regulatório, tema que será tratado no próximo item. (SCHIER e LIMA, 2021, p. 54).

Se os órgãos controladores discordarem de uma decisão proferida pela Administração Pública, terão que fundamentar e corroborar sua decisão com estudos e análises de igual qualidade.

Deveras, a complexidade da situação fática não pode ser pretexto para a não sindicabilidade das escolhas públicas, para implementação de uma política pública ou a regulação de uma atividade econômica. O antigo axioma de que o mérito administrativo não é passível de controle já foi superado; contudo, este não poderá ser controlado de qualquer forma e sem critérios objetivos.

Quando nos deparamos com casos complexos, devemos nos basear em dados empíricos e não em “achismos” no momento da decisão. Não é legítimo decidir casos concretos apenas com a aplicação de fórmulas abstratas sem avaliar as consequências do que está sendo decidido no mundo concreto.

A *accountability* (responsividade) dos gestores públicos precisa de instrumentos como análise de impacto regulatório para possibilitar seu controle que,

por conseguinte, será também transparente e razoável na medida que se debruçará sobre escolhas técnicas fulcradas em evidências.

Das primeiras impressões do novo marco regulatório das agências reguladoras, podemos deduzir que foi organizado um sistema de controle externo com elementos objetivos que possibilitam a verificação da *accountability* dos dirigentes e técnicos das agências reguladoras, especialmente pela uniformização do processo de tomada de decisões na formação de normas regulatórias.

É fato que o distanciamento que existiu e que ainda persiste entre a burocracia da Administração Pública e os cidadãos no Brasil, se reflete no cotidiano da gestão pública. Porém, já são perceptíveis os avanços quanto a institutos jurídicos disponíveis para a análise de impacto regulatório, criando uma verdadeira cultura de *accountability* dos gestores públicos.

Esperamos, no entanto, que o desenvolvimento da cultura da *accountability* leve o cidadão a perceber o pertencimento da coisa pública e dessa forma, participe, efetivamente, na sua fiscalização diante da responsividade objetiva dos reguladores, como também adotem o dever de zelo e prestação de contas das suas ações e atos públicos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A processualidade demorou a ser reconhecida no Poder Executivo em comparação com os demais Poderes devido ao forte apego a dogmática tradicional centrada em manifestações unilaterais da Administração Pública. Isso explica um dos motivos da concepção individualista de processo ter perdurado por tantos anos, atrasando, assim, a instituição de processos participativos e normativos na seara administrativa.

O processo administrativo constituiu um passo decisivo ao estabelecer o diálogo nas relações jurídicos-administrativas, o que contrabalanceou as prerrogativas da Administração Pública e os direitos fundamentais das partes por meio de princípios instrumentais: do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da transparência, da razoabilidade e da proporcionalidade.

A uniformização de um processo normativo, orientado pelas evidências para as agências reguladoras, possibilitou a exigência, de forma objetiva, de transparência e de mecanismos *accountability* que até então não existiam em virtude da pluralidade legislativa das leis criadoras dessas autarquias especiais.

As agências reguladoras brasileiras necessitavam de uma Lei Geral (Lei nº. 13.848/2019) e da institucionalização de um instrumento técnico para racionalização na tomada de decisão. A processualização da competência normativa das nossas agências reguladoras foi insuficiente para compreender as peculiaridades e dar o devido reconhecimento às suas capacidades institucionais, ocasionando um hipercontrole pelos órgãos competentes.

O diálogo do sistema de segurança e eficiência na criação do direito público previsto na LINDB e a Lei Geral das Agências Reguladoras Federais geraram fundamentos legais e ferramentas adequadas, como a análise de impacto regulatório, para racionalizar o processo decisório de formação de normas das agências reguladoras.

A competência normativa das agências reguladoras possui uma normatividade aberta em face das suas peculiaridades técnicas e prospectivas. Por isso, não responde ao controle vinculado à legalidade estrita e exigem do nosso sistema jurídico instrumentos consequencialistas, como a análise de impacto regulatório.

O processo decisório normativo das agências reguladoras, por ser capaz de criar norma jurídica, deve se submeter às disposições da LINDB, especialmente a disciplina do artigo 20, a qual objetiva racionalizar a aplicação de princípios através da análise das consequências práticas da decisão e do artigo 21, para regularizar a invalidação de atos normativos dessas agências.

Nessa perspectiva, a análise de impacto regulatório alcança a finalidade da LINDB de racionalizar a atividade decisória na formação de normas das agências reguladoras no nosso sistema jurídico, proporcionando ao regulador as soluções para determinado problema regulatório, a avaliação dos impactos e ônus, tudo isso para instruir o processo de tomada de decisão.

Constatamos, assim, que o relatório é a peça principal da AIR, pois a encerra e apresenta as alternativas possíveis para corroborar a escolha regulatória na

complexa tarefa de solucionar um determinado problema regulatório e, por conseguinte, produzir normas mais coesas.

Afirmamos, então, que o objetivo do relatório de AIR é servir de subsídio para a tomada de decisão do processo de produção de normas das agências reguladoras, que deve ser submetido na primeira fase à audiência pública, ou seja, antes da elaboração da minuta do ato normativo e não apresentado, concomitantemente, com o ato normativo em discussão, porque passaria a fazer parte do próprio processo decisório de regulação.

O devido processo legal exige um prazo razoável empregado para garantir o contraditório e a ampla defesa que, no caso de realização da AIR, será compensado pela maior segurança, legitimação democrática e racionalidade que serão atribuídas aos processos decisórios normativos das agências reguladoras.

Um dos pontos mais relevantes do relatório da AIR, certamente, consiste em não vincular a tomada de decisão da autoridade competente. A decisão continua sendo discricionária e o gestor poderá adotar uma das três possibilidades previstas no artigo 15, § 2º do Decreto nº. 10.411/2020: I - pela adoção da alternativa ou da combinação de alternativas sugerida no relatório da AIR; II - pela necessidade de complementação da AIR ou III - pela adoção de alternativa contrária àquela sugerida no relatório, inclusive quanto às opções de não ação ou de soluções não normativas.

A ANEEL foi pioneira na implementação de boas práticas regulatórias no Brasil, com a edição da norma de organização de nº. 40/2013 dispondo sobre a obrigatoriedade da realização da análise de impacto regulatório antes da expedição de qualquer ato normativo emitido por esta agência.

Nossa pesquisa analisou se a ANEEL está observando os padrões mínimos na elaboração de seus relatórios de AIR de acordo com a Resolução Normativa n.º 941/2021 e se os quesitos mínimos exigidos estão contribuindo para uma avaliação consequencialista na tomada de decisão do processo normativo desta agência.

O resultado que encontramos nos dados analisados identificou que os quesitos balizadores para uma avaliação consequencialista mostram os impactos e custos regulatórios e a identificação dos efeitos e riscos apresentados, respectivamente, em 53% e 12% dos relatórios avaliados de AIR.

Destarte, por constituírem os principais quesitos para o regulador avaliar as possíveis consequências da produção ou alterações de normas, vimos que esse material precisa de uma maior discussão para a elaboração das AIR, pois não

podemos perder o foco da finalidade primordial da AIR que é avaliar os impactos positivos e negativos das consequências das propostas ou alterações normativas, pois se eles não forem mensurados na elaboração da AIR, há o risco dessa ferramenta se tornar um instrumento formal.

Evidenciamos que uma das dificuldades encontradas na avaliação das consequências da decisão no processo normativo das agências reguladoras é compreender que elas não se restringem aos desdobramentos econômicos, mas devido à essencialidade dos serviços e à interconexão dos setores regulados, produzem outros desdobramentos de cunho social e ambiental que precisam de avaliação para que a opção pela regulação quando adotada seja a mais efetiva e eficiente possível.

Embora o mérito dos relatórios de AIRs emitidos pela ANEEL não tenham sido objetos de nosso estudo, percebemos em alguns documentos de AIR a utilização de linguagem complexa e com muitos termos técnicos, que precisariam ser expostos em linguagem acessível para facilitar a compreensão do problema regulatório e aumentar as contribuições dos agentes afetados.

Compreendemos que a AIR não tem por objetivo burocratizar o processo de formação de normas das agências reguladoras brasileiras, de modo que, conforme regulamentado no Decreto 10.411/2020, existem hipóteses de não cabimento e de dispensa da realização de AIR, as quais enquanto exceções não desqualificam a regra, ou seja, a necessidade de se adotar a AIR como meio de racionalizar a tomada de decisão pelo regulador.

O processo normativo das agências reguladoras envolve casos com complexidade técnica, econômica e social. Portanto, elas necessitam de um instrumento técnico fundamentado em evidências para autovincular as decisões proferidas, possibilitando uma maior responsividade dos reguladores por suas decisões e prestação de contas para a sociedade e os órgãos de controle.

A análise de impacto regulatório racionaliza o processo de tomada de decisão pela autoridade competente e, conseqüentemente, torna o ambiente decisório mais seguro e transparente. Logo, a obrigatoriedade de sua realização no processo normativo das agências reguladoras contribui para a formação de uma cultura da *accountability* no direito regulatório brasileiro.

A recepção da AIR no nosso sistema jurídico foi bem aceita por atender aos três pilares da governança regulatória: legitimidade, eficiência e *accountability*. Logo,

esperamos o aprimoramento contínuo deste instrumento e de outras boas práticas regulatórias por essas autarquias especiais para a melhoria da qualidade da regulação no País.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz; PÓ, Marcos Vinicius. **Gênese e Indefinições da Accountability nas Agências Reguladoras Brasileiras: os Casos da Anatel e da ANS**, 2004, p. 02, Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/enanpad2004-gpg-2903.pdf>, Acesso em: 30 abr. 2022

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). Resolução Normativa nº. 941, de 6 de julho de 202. Aprova a revisão da Norma de Organização ANEEL nº. 40, de 12 de março de 2013, que dispõe sobre a realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) no âmbito da Agência. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2021941.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). Resolução Normativa nº. 798, de 12 de dezembro de 2017. Aprova a revisão da Norma de Organização ANEEL 040, que dispõe sobre a realização de Análise de Impacto Regulatório - AIR no âmbito da Agência; bem como revoga a Resolução Normativa ANEEL 540, de 12.03.2013 e o seu Anexo, Diário Oficial da União. Seção 1. 15/12/2017. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2017798.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). Resolução Normativa nº. 540, de 12 de março de 2013. Aprova a Norma de Organização ANEEL nº. 40, que dispõe sobre realização de Análise de Impacto Regulatório – AIR – no âmbito da Agência. D.O. de 08.04.2013, seção 1, p. 75, v. 150, n. 66. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2013540.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). Guia de Boas Práticas para Monitoramento da Regulação e Avaliação de Resultado Regulatório Versão 1.2023. Disponível em: https://git.aneel.gov.br/publico/centralconteudo/-/raw/main/manuaisinstrucoes/pdecisorio/2023_Relatorio_ARR.pdf. Acesso em: 23 jun. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). AIR Nº: 001/2022-CT-REG/ANEEL, assunto: Análise de Impacto Regulatório da NO nº 40/2013 - Realização de Análise de Impacto Regulatório na ANEEL, data: 04/08/2022, Disponível em: https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideDocumento=48025&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jsPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp Acesso em: 07 out. 2022.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações**. Direito, Estado e Sociedade. v. 9. n. 29, p. 49-68. jul/dez, 2006.

ALVIM, Eduardo A.; GRANADO, Daniel W.; FERREIRA, Eduardo A. **Direito processual civil**. Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553611416. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611416/>. Acesso em: 08 jul. 2023.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. **Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações**. SARMENTO, Daniel (Org.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ÁVILA, Humberto. **O QUE É "DEVIDO PROCESSO LEGAL"?** Revista de Processo, editora RT, vol. 163/2008, p. 50 – 59, Set / 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20ª edição, São Paulo: Malheiros, 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 24ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direito fundamentais, democracia e constitucionalização, 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual**. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 73-95, jan./mar. 2005. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/464/62>. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 ago. 2022.

BRASIL. LEI Nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 12. Jul. 2022.

BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm . Acesso em: 04 fev. 2023.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. Plano diretor da reforma do aparelho do Estado. Brasília, DF, 1995. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional Nº 8, de 15 de agosto de 1995, altera o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc08.htm. Acesso em: 07 de mar. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional Nº 9, de 09 de novembro de 1995, dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Disponível em: Acesso em: 07 de mar. 2022.

BRASIL, LEI Nº 9.427, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9427cons.htm . Acesso em: 06 mar. 2022.

BRASIL, LEI Nº 9.472, DE 16 DE JULHO DE 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm . Acesso em: 06 mar. 2022.

BRASIL. a Lei nº. 9.491/1997 altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revogando a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9491.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Decreto Nº. 9.830, de 10 de junho de 2019. regulamentando o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº. 4.657/1942, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 13 ago. 2022.

BRASIL, LEI Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm . Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Diretrizes para avaliação de impacto legislativo na câmara dos deputados, 2014. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/gestao-na-camara-dos-deputados/gestao-estrategica-na-camara-dos-deputados/arquivos-de-projetos-corporativos/ail/diretrizes-para-avaliacao-do-impacto-legislativo-das-leis>. Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o **Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 24 ago. 2022.

BRASIL, Decreto Nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm . Acesso em: 02 maio 2022.

BRASIL. Lei nº. 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 12 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº. 13.848/2019, de 25 de jun. de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm. Acesso em: 12 jul. 2022.

BRASIL. Decreto nº. 10.411, de 30 de junho de 2020. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº. 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº. 13.848, de 25 de junho de 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm> Acesso em: 09 jan. 2023.

BRASIL. Guia para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR). Secretário de Advocacia da Concorrência e Competitividade, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/guias-e-manuais>, Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. Guia Orientativo para Elaboração de Avaliação de Resultado Regulatório (ARR), de Fev. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/cp-guia-arr>. Acesso em: 03 abr. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional Nº. 109, de 15 de março de 2021, alterou a Constituição Federal, o ADCT e suspendeu condicionalidades para realização de despesas com concessão de auxílio emergencial residual para enfrentar as consequências sociais e econômicas da pandemia da Covid-19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc109.htm. Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 442683, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 13/12/2005, DJ 24-03-2006 PP-00055, EMENTA VOL-02226-04 PP-00814 LEXSTF v. 28, n. 330, 2006, p. 282-299. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=RE%20442683&base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 09 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 594296, Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2011, repercussão geral - mérito acórdão eletrônico DJe-030, divulg. 10/02/2012, public. 13-02-2012 RTJ VOL-00234-01, pp-00197.

Disponível em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%20%22Ordem%20de%20revis%C3%A3o%20de%20contagem%20de%20tempo%20de%20servi%C3%A7o%22&sort=_score&sortBy=desc.

Acesso em: 28 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 239.300/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, segunda turma, julgado em 24/03/2015, DJe 01/07/2015.

Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202119768&dt_publicacao=01/07/2015. Acesso: em 09 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5798, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 04/11/2021, processo eletrônico DJe-226, divulgado 16-11-2021, publicado 17-11-2021, Disponível em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=adi%205798&sort=_score&sortBy=desc.

Acesso em: 28 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 7222 MC-Ref, órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Julgamento: 19/09/2022, Publicação: 22/11/2022, Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur472349/false> . Acesso em: 24 mar. 2023.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Da administração pública burocrática à gerencial**. Revista do Serviço Público, ano 47, volume 120, número I, jan-abr., 1996.

CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. **Análise econômica das licitações e contratos: de acordo com a Lei nº. 14.133/2021** (nova Lei de Licitações). Belo Horizonte: Fórum, 2022.

CAMPOS, Anna Maria. “**Accountability**”: Quando Poderemos Traduzi-la para o Português? Revista de Administração Pública 24 (2), p. 30-50, 1990. Disponível em:< <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/9049/8182>> Acesso: 04 maio 2022.

CARREIRO, Genilson Rodrigues. **Os novos mecanismos de controle da discricionariedade judicial da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro**, Belo Horizonte: Fórum, 2021.

CENTRO DE ALTOS ESTUDOS EM TELECOMUNICAÇÕES (CEATEL). Palestra: **Consequencialismo decisório e a sua relevância para o direito regulatório**, projeto Diálogos sobre Regulação e Boas Práticas Institucionais, proferida pelo Prof. Dr. Eduardo Jordão, realizada no dia 18 de abril de 2023, mediada pelo superintendente de Planejamento e Regulamentação, Nilo Pasquali. Disponível

em:<https://www.youtube.com/watch?v=zb-kzVfQ0uQ&t=5311s>. Acesso em: 20 abr. 2023. Informação verbal - palestra.

CONGRESSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO DO RIO GRANDE DO NORTE - IV: Precisamos falar sobre as liberdades dos administrados, evento *on line*, promovido pelo IDASF, período de 17 a 19 de fevereiro de 2022, palestra proferida 7º Painel: **Agências reguladoras e direitos dos administrados**, palestrantes: Juliana Bonacorsi de Palma, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio e Edilson Nobre Júnior, mediador: Carlos Nitão, realizada no dia 19 fev. 2022, horário 08:00h às 09:30h. Informação verbal - palestra.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e o poder normativo**, São Paulo: Dialética, 2001.

CUÉLLAR, Leila. **Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 229, p. 153-176, jul. 2002, Disponível em:<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46435/45175>, Acesso data: 17 maio 2022.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. Comentários ao Artigo 21 da LINDB, p. 57-78. In, Duque, Marcelo Schenk. **Segurança jurídica na aplicação do Direito Público/** coordenadores Marcelo Schenk Duque e Rafael Ramos – Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

CUNHA, Armando Santos Moreira da. **O futuro dos Serviços Públicos no Brasil: Em busca de Inspiração para Repensar a Educação em Administração Pública, Estado e gestão pública: visões do Brasil contemporâneo** / Organizadores Paulo Emílio Matos Martins, Octavio Penna Pieranti, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais 798, 2002, p. 34. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso data: 28 maio 2022.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil**, parte geral e processo de conhecimento, 19 edição, Salvador: Juspodivm, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 1: teoria geral do direito civil, 29 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

DUQUE, Marcelo Schenk *et al.* **Segurança jurídica na aplicação do Direito Público/** coordenadores Marcelo Schenk Duque e Rafael Ramos – Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability**, 1ª Edição, Editora Saraiva, E-book. ISBN 9788502182776, 2013.

FORTINI, Cristiana; CAVALCANTI, Marjorie Wanderley, **Lei Federal nº. 13.848/2019: a Lei Geral das Agências Reguladoras (artigos 1º ao 3º da Lei nº. 13.848/2019)** In: SCHIER, Adriana Costa Ricardo; FORTINI, Cristina; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (coord.). Marco legal das agências reguladoras na visão delas: comentários à Lei nº. 13.848/2019 e à IN nº. 97/2020, Belo Horizonte: Fórum, 2021.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**, 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GIACOMELLI, Cinthia L. F.; MELO, Débora S S.; ELTZ, Magnum KF.; e outros. **Introdução ao Direito brasileiro e teoria do Estado**. Editora: Grupo A, 2018. E-book. ISBN 9788595023727. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595023727/> . Acesso em: 18 ago. 2023.

GONÇALVES, Pedro Costa. **Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da *new public governance***. R. de Dir. Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 141-169, abr./jun. 2013.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Evolução da teoria do serviço público**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico> . Acesso em: 19 dez. 2022.

GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE (GAO) – U.S. Disponível em: < <https://www.gao.gov/about/>>. Acesso em: 10 jun. 2023.

GUERRA, Sérgio. **Evolução das escolhas administrativas: da *self-execution law* à regulação**, Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias /Fernando Leal, José Vicente Santos de Mendonça (organizadores). - Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016a.

GUERRA, Sérgio; Sampaio, Patrícia Regina Pinheiro *et al.* GUERRA, Sérgio e SAMPAIO, Patrícia. (Organizadores). **Processo administrativo nas agências reguladoras: uma proposta de disciplina legislativa** / Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: Edição FGV Direito Rio, 2016b. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16535/Processo%20administrativo%20nas%20ag%C3%A2ncias%20reguladoras.pdf?sequence=3&isAllowed=y> . Acesso em: 20 nov. 2022.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexibilidade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 6 ed. rev; e atual., Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GUIMARÃES, Luis Gustavo Faria. **Comentários sobre a Lei Geral de Agências Reguladoras**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 18, n. 70, p. 85-115, jul./set. 2020.

INSTITUTO DO LEGISLATIVO PAULISTA (ILP). Palestra: **Análise de impacto legislativo retrospectiva: acompanhamento da efetividade e do impacto das leis**, proferida pelo Dr. Ronaldo José de Andrade. transmitido ao vivo, em 21 de set. de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XVyY71g3vP4>. Acesso em: 06 ago. 2022. Informação verbal – palestra.

JALES, Andréa Maria Pedrosa Silva Jales. **Participação democrática: instrumento de proteção dos direitos humanos**. Coletânea de direitos humanos e fundamentais. / Lauro Gurgel de Brito *et al* (orgs.), Mossoró (RN): Edições UERN, 2016. Disponível em: https://www.uern.br/controledepaginas/fad-ebook/arquivos/4011e_book_coleta%C2%A2nea_de_direitos_humanos_e_fundamentais_versao_final.pdf. Acesso em: 03 mar. 2022.

JALES, Andréa Maria Pedrosa Silva Jales e *et al*. **Regulação democrática: princípios constitucionais, regime jurídico-administrativo e participação popular**, Organizadora, Andréa Maria Pedrosa Silva Jales, ISBN: 978-65-990277-5-8, Editora: Edições UERN, 2020a. Disponível em: https://www.uern.br/controledepaginas/fad-ebook/arquivos/40115737e_book20.05_versaa%C2%A3o_final_modificaaa%C2%A7aa%C2%A3o_ficha.pdf. Acesso em: 03 mar. 2022.

JALES, Andréa Maria Pedrosa Silva Jales. **O processo normativo das agências reguladoras: controle judicial e deferência às escolhas públicas**, RDPE, ano 18, n. 72 (outubro/dezembro 2020), ISSN 1678-7102, Belo Horizonte: Fórum, 2020b.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública complexa. A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN, Marçal filho. **Art. 20 da LINDB, Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas**. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na LINDB (Lei nº. 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração Pública dialógica**, Curitiba: Juruá, 2013.

LIMA, Rafael Bellem de. **Proporcionalidade no Supremo: uma ideia fora do lugar**. 6 JOURNAL OF INSTITUTIONAL STUDIES 1 (2020)
Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 1, p. 184-206, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/465/483>. Acesso em: 03 jul. 2023.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Instituições de Direito da Energia Elétrica**, Volume I - Propedêutica e Fundamentos, São Paulo: Quartier Latin, 2ª edição, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil**, Volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, 8. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. 6 Mb; ePub 8. ed. em e-book baseada na 8. ed. impressa. Bibliografia. ISBN 978-65-260-0355-8, Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/101481798/v7/page/RB-30.3>. Acesso em: 02 abr. 2022.

MARTINS, Humberto Falcão. **Gestão de Recursos Públicos: Orientação para Resultados e Accountability**, Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, IDPB, nº. 3, set/out/nov, 2005, Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=51>. Acesso em: 22 abr. 2022

MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **O “diálogo das fontes” como método na nova teoria geral do Direito: um tribulo a Erik Jayme**. In Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários a Lei nº. 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. **Dinâmica da Regulação: estudo de casos da jurisprudência brasileira: a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de Gestão Pública Contemporânea**. Editora: Grupo GEN, E-book. ISBN 9788597024753, 2020.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Regulação econômica e social, accountability e democracia: contexto e perspectivas do debate**. Revista Direito GV, [S.l.], p. 5-20, nov. 2005, p.6. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35244/34042>. Acesso em: 21 nov. 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**, 13ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MENDONÇA, José Vicente de. **Artigo 21 da LINDB – indicando consequências e regularizando atos e negócios**. In Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº. 13655/2018), p. 43-61, nov. 2018a.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018b.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil**, RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº. 44, p. 87-118, out/dez, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. **As várias dimensões do Processo Administrativo Brasileiro (um direito-garantia fundamental do cidadão)**, Revista de Processo, vol. 228/2014, p. 37 - 49, Fev, 2014, DTR\2014\317.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015**, 5ª edição, São Paulo: Malheiros, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann e PEREIRA, Paula Pessoa. **Art. 30 da LINDB O dever público de incrementar a segurança jurídica**. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº. 13.655/2018), p. 243-274, nov. 2018.

MONTEIRO, Vera. (2018). **Art. 29 da LINDB - Regime jurídico da consulta pública**. Revista De Direito Administrativo, 225–242. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77656>. Acesso em: 18 jun. 2023.

NERI JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal** [livro eletrônico]: (processo civil, penal e administrativo) / Nelson Nery Junior. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/76077764/v12/document/113611714/anchor/a-113611714>. Acesso em: 02 abr. 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**, vol. único, 9ª edição, Salvador: JusPodivm, 2017.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras**, São Paulo: contracorrente, 2021.

NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago. **Processo administrativo: Lei 9.784/1999 comentada**/Irene Patrícia Nohara, Thiago Marrara, 2ª edição, São Paulo: RT, 2018.

OCDE, Recomendação do conselho sobre política regulatória e governança, 2012, Disponível em: <https://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/2012recommendation.htm>. Acesso em: 12. jun. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do direito administrativo**, 2ª edição, São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil estatal: Administração Pública de Resultados e análise de impacto regulatório**, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**, 6ª Edição, Rio de Janeiro: Método, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Análise de impacto regulatório e pragmatismo jurídico: levando as consequências regulatórias a sério**, Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 8, n. 2, p. 136-152, 2021.

ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Regulatory Policy Working Papers No. 11 One-In, X-Out: Regulatory offsetting in selected OECD countries Daniel Trnka, Yola Thuerer, Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/67d71764-en>, Acesso em: 12 jun. 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade Administrativa da Administração Pública. Estudo do Processo Administrativo Normativo**. 2014. 480f. Tese (Doutorado) Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

PECI, A. **Avaliação do impacto regulatório e sua difusão no contexto brasileiro**, RAE-Revista de Administração de Empresas, vol. 51, n. 4, 2011. Disponível em: <https://www.fgv.br/rae/artigos/revista-rae-vol-51-num-4-ano-2011-nid-46703/>. Acesso em: 06 jul. 2022.

PEDRON, F. Q.; MENEZES, R. F. F.; SOUZA, B. F. **O amicus curiae e sua contribuição para o processualismo democrático**. Revista CEJ, Brasília, Ano XXIII, n. 77, p. 7-17, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2513>. Acesso em: 15 nov. 2022.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manoel Pascoal. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 1995.

PESSÔA VALENTE, Patrícia. **Análise de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do estado**, Editora Fórum, Edição do Kindle. E-book não paginado, 2013.

PESSÔA VALENTE, Patrícia, **Por que a AIR interessa à iniciativa privada?** 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/por-que-a-air-interessa-a-iniciativa-privada-11082020>. Acesso em: 19 set. 2022.

PINHO, José Antonio Gomes; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. **Accountability: já podemos traduzi-la para o português?** Revista de Administração Pública. v. 43, n. 6, p.1343-1368, 2009. Disponível

em:<https://www.scielo.br/j/rap/a/g3xgtqkwFJS93RSnHFTsPDN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 jun. 2023.

POSNER, Richard A. **Law, pragmatism, and democracy** / Richard A. Posner p. cm. ISBN 0-674 01081-7 (cloth) ISBN 0-674-01849-4 (pbk.) 1. Justice, Administration of—United States. 2. Rule of law—United States. 3. Democracy. 4. Pragmatism. I. Title. KF384.P67 2003.

SAES, Flávio Azevedo Marques de; SAES, Alexandre M. **História Econômica Geral**. Editora Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502212565. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502212565/>. Acesso em: 15 ago. 2023.

SAIKALI, Lucas Bossoni. e Nascimento Neto, José Osório do. **Agência Nacional de Energia Elétrica: ANEEL: Lei no 9.427, de 26 de dezembro de 1996**, 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SALGADO, Lucia Helena; HOLPERIN, Michelle Moretzsonh. **Análise de Impacto: Ferramenta e Processo de Aperfeiçoamento da Regulação**, 2011, p. 3. Disponível em: <https://agersa.es.gov.br/site-agersa/wp-content/uploads/2021/07/analise20do20impacto20regulatorio20ferramenta20e20processo20de20aperfeicoamento20da20regulacao1.pdf>. Acesso em: 12/09/2022.

SANTOS. Marcela de Oliveira; AVELAR. Mariana Magalhães. **O processo decisório das agências reguladoras: desafios e oportunidades (artigos 7º ao 8º da Lei nº. 13.848/2019)**, In: SCHIER, Adriana Costa Ricardo; FORTINI, Cristina; CASIMIRO, Lígia Maria Silvia Melo de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (coord.). Marco legal das agências reguladoras na visão delas: comentários à Lei nº. 13.848/2019 e à IN nº. 97/2020, Belo Horizonte: Fórum, 2021.

SCHMIDT ASSMANN, Eberhard. **Dogmática jurídico-administrativa: um balanço intermédio sobre a evolução, a reforma e as funções futuras**, tradução de Antônio Francisco de Sousa, São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; LIMA, Maria Cristiana. **O processo decisório das agências reguladoras: elementos de instrução à decisão regulatórias (artigos 4º ao 6º da Lei nº. 13.848/2019)** In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Maria Silvia Melo de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). Marco legal das agências reguladoras na visão delas: comentários à Lei nº 13.848/2019 e à IN nº. 97/2020. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Introdução às Agências Reguladoras, In Direito Administrativo Econômico**, 2000. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4901866/mod_resource/content/1/SUNDFELD%20%20Introdu%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0s%20ag%C3%A2ncias%20reguladoras%20%20In%20D.A.%20Econ%C3%B4mico%202000.pdf. Acesso em: 19 dez. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB**, Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Consequências importam? Pesquisa inédita sugere que o art. 20 da nova LINDB pôs o dedo na ferida**, Jota, coluna publicistas, 18/04/2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/consequencias-importam-18042023>. Acesso em: 20 abr. 2023.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. “**Interpretation and Institutions**,” 101 Michigan Law Review 885 (2003). Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/8418/. Acesso em: 09 ago. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**, v. 1, 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedenteejurisprudencia>. Acesso em: 04 jun. 2022.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UERJ). UERJReg, Relatório de Coleta 2019: Projeto "Análise de Impacto Regulatório no Brasil: Balanço e Acompanhamento", coordenação do UERJ Reg José Vicente Mendonça e coordenação do Projeto Michelle Moretzsohn Holperin, p. 16. Disponível em: https://www.uerjreg.com.br/_files/ugd/dd1b35_275f8c8a2bcc4fcfb5bb8fb8e30850d6.pdf. Acesso em: 20 set. 2022.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UERJ). UERJ Reg, Relatório de Pesquisa 2020, Projeto: Análise de Impacto Regulatório: Panorama Geral, Coordenadora do Projeto: Michelle Moretzsohn Holperin. Disponível em: https://www.uerjreg.com.br/_files/ugd/dd1b35_577f9342d2a440268cee1479069e9aca.pdf. Acesso em: 20 set. 2022.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UERJ). UERJ Reg, Relatório de Coleta 2020. Projeto: “A Análise de Resultado Regulatório Pré-Decreto nº. 10.411/2020”, Coordenadora do Projeto: Michelle Moretzsohn Holperin. Disponível em: https://www.uerjreg.com.br/_files/ugd/dd1b35_59f0885ab5e740948fa1e88ee57ac290.pdf. Acesso: 20 set. 2022.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR). Palestra: **As várias dimensões do processo administrativo**. Palestra *on line* proferida pelo prof. Dr. Egon Bockmann Moreira, na Faculdade de Direito, no dia 14/10/2020, as 10h 10min, na disciplina de Direito Administrativo A, profa. Dra. Ângela Cassia Costadello. Informação verbal – palestra.

WATANABE, Kazuo et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021.

WEBINAR CASA JOTA: **AIR – avanços e desafios da regulação, casa Jota: Análise de Impacto Regulatório**, dia 24/07/20, às 11:00 horas. Marcelo Guarany; profa. Dra. Patrícia Valente; Felipe Paula; profa. Dra. Vera Monteiro, Renato Porto e

Kélvia de Albuquerque. Disponível em: <https://www.jota.info/casa-jota/analise-de-impacto-regulatorio-desafios-24072020>. Acesso em: 02 fev 2023. Informação verbal - palestra

APÊNDICE 1 – RELATÓRIOS DE AIRS EMITIDOS PELA ANEEL EM 2022

- 1) AIR Nº: 0001/2022/ANEEL, data: 28/07/2022, assunto: “Regulamentar o uso do PIX como meio de pagamento das faturas de energia elétrica.” Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1POJbdqR60MpRK6x_LnmTKsYFQusL7jUS/view?usp=drive_link
- 2) AIR Nº: 001/2022-SRG/ANEEL, data: 26/06/2022, assunto: Revisão da Resolução Normativa nº 843/2019. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1TUb1GVTpINCfzdZZdkW1_uT0EldO_3mu/view?usp=drive_link
- 3) AIR Nº: nº 2/2022-SRT-SRG-SCG-SFG/ANEEL, data: 19/09/2022, assunto: Análise sobre o acesso à transmissão no cenário de expansão de geradores eólicos e fotovoltaicos. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1hSoh3xpVHSio7iKUzcyAVOr3Svq5aUgc/view?usp=drive_link
- 4) AIR Nº: 003/2022-SFG-SRG/ANEEL, 08/08/2022, assunto: Revisão da regulação relacionada aos procedimentos e condições para obtenção e manutenção da situação operacional e definição de potência instalada e líquida de empreendimento de geração de energia elétrica. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1TlcSfvIAJjt3V1uYL-Jld5Vtk1vCZ9we/view?usp=drive_link
- 5) AIR Nº: 001/2022-CT-REG/ANEEL, data: 04/08/2022, assunto: Análise de Impacto Regulatório da NO nº 40/2013 - Realização de Análise de Impacto Regulatório na ANEEL. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1BfN81wH9tQMZcRxDPk2_IBSFKeSaVJG8/view?usp=drive_link
- 6) AIR Nº 2/2022-SRM/ANEEL, data: 8/4/2022, assunto: Revisão Metodológica – Fator X e Ganhos de Eficiência Empresarial. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1xWmiTJxHZNjseleYOqmgMyYaohtavgwa/view?usp=drive_link
- 7) AIR nº1/2022-SRT/ SCT/SFE/SFF/SGT/SRM/ ANEEL, Data: 10/05/2022, assunto: Revisão do AIR nº 1/2020 - SRT/SCT/SFE/SFF/SGT/SRM/ANEEL, pós Consulta Pública nº 30/2020 (Análise da regulamentação associada a reforços e melhorias em instalações de transmissão de energia elétrica). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1E8soqn41IEkkjfxMZ3_ZtksfldRZwNF/view?usp=drive_link
- 8) AIR nº 1/2022-SRM/SFF/ANEEL, data: 4/2/2022, assunto: Revisão Submódulo 2.3 do Proret – Base de Remuneração Regulatória. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1mgogF85wvL8yruIXJvwDwk2L5NPYYiT7/view?usp=drive_link

- 9) AIR nº 002/2022-SRG/ANEEL, data: 30/06/2022, assunto: Constrained-off de Centrais Geradoras Fotovoltaicas. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1E94_ecSgoEI7QUkxN0I_Z3fvGfMoOmr/view?usp=drive_link
- 10) AIR nº 3/2022-SRT-SRG-SCT-SFE/ANEEL, data: 09/11/2022, assunto: Confiabilidade da Operação do Sistema de Transmissão. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/18cUrqET78WvsAeinZqYzjvbCKWPPS8Ve/view?usp=drive_link
- 11) AIR nº 01/2022-SGT/ANEEL, data: 23/03/2022, assunto: Resultado Preliminar do Sinal Locacional – TUST/TUSDg. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1il7T78ER37QZ1aarExt6VRZ8xJJhMel-/view?usp=drive_link
- 12) AIR nº 02/2022-SGT/ANEEL, data: 08/06/2022, assunto: Resultado Parcial do Sinal Locacional – TUST/TUSDg (Versão Pós-Participação Pública). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1W3Vtgpl90ezXe2Fmu7a9bLru25BPOhIV/view?usp=drive_link
- 13) AIR nº 4/2022-SRM/ANEEL, data: 11/8/2022, assunto: Revisão Periódica das Receitas das Concessionárias de Transmissão – Atualização de itens dos Submódulos 9.1 e 9.2 do Proret e alteração no Banco de Preços de Referência do segmento de transmissão. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1QJaLliZjQjGcOwNiCIsAX_d98VPs117R/view?usp=drive_link

APÊNDICE 2 - RELATÓRIOS DE AIRS EMITIDOS PELA ANEEL EM 2021

- 1) AIR nº 01/2021-SGT/ANEEL, data: 17/06/2021, assunto: Regulamentação de Projetos-pilotos de Tarifa. Disponível em:<
https://drive.google.com/file/d/11FbydbmrdSOEdt0nao5X1r27ttVNDswv/view?usp=drive_link>
- 2) AIR nº 04/2021-SGT/ANEEL, data: 13/12/2021, assunto: Regulamentação de Projetos-pilotos de Tarifa. (Versão Pós-Participação Pública (atualização do Relatório de AIR nº 01/2021-SGT/ANEEL). Disponível em:<
https://drive.google.com/file/d/1YAWZP6m65sxGM_WzA01v1Y7UVnT14I9N/view?usp=drive_link>
- 3) AIR nº 0001/2021-SRD/SMA/ANEEL, data: 18/03/2021, assunto: Consolidação dos atos normativos relativos à pertinência temática “Direitos do usuário do serviço público de distribuição energia elétrica”. Disponível em:
https://drive.google.com/file/d/1qXqoyltt_2Ak2J1KisfV6zgs9jtxCDZy/view?usp=drive_link
- 4) AIR nº 0002/2021-SRD/SMA/ANEEL, data: 13/08/2021, assunto: Consolidação dos atos normativos relativos à pertinência temática “Direitos do usuário do serviço público de distribuição energia elétrica” Obs.: Versão Pré-Participação Pública - Fase 2 (atualização do Relatório de AIR nº 001/2021-SRD/SMA/ANEEL). Disponível em:<https://drive.google.com/file/d/1NTHMfsujZV6GFst3djXHRJ4j6096DSy7/view?usp=drive_link>
- 5) AIR nº 0003/2021-SRD/SMA/ANEEL, data: 25/11/2021, assunto: Consolidação dos atos normativos relativos à pertinência temática “Direitos e deveres do consumidor e do usuário do serviço público de distribuição energia elétrica” - Versão Pós-Participação Pública (atualização do Relatório de AIR nº 002/2021-SRD/SMA/ANEEL). Disponível em:
https://drive.google.com/file/d/1QyVza9UcokeGqzXhOYcL7AoUYMErBGYO/view?usp=drive_link
- 6) AIR nº 3/2021-SRT- SGI-SRD-SRG-SFE-SFG/ANEEL, data: 18/08/2021, assunto: Análise de Impacto Regulatório (AIR) sobre segurança cibernética no Setor Elétrico Brasileiro. Disponível em:
https://drive.google.com/file/d/1sBGtjSREQnuMuyRi0GBszWuFL4YuBUVC/view?usp=drive_link
- 7) AIR nº 2/2021-SRT- SGI-SRD-SRG/ANEEL, data: 5/3/2021, assunto: Análise de Impacto Regulatório (AIR) sobre segurança cibernética no Setor Elétrico Brasileiro. (Versão Pré-Participação Pública). Disponível em:
https://drive.google.com/file/d/16ltRHmZ1RQE6N7t_kRhJOeKEAjC40cJ0/view?usp=drive_link
- 8) AIR nº 001/2021-SFG/SCT/SFE/SCG/ANEEL, data: 16/6/2021, assunto: Plano de transferência do controle societário como alternativa à penalidade de cassação da outorga nos segmentos de geração e de transmissão de energia elétrica. (Versão Pré-

Participação Pública). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1N-LqT62v7MIONfy_AWHm9TvZSn4obJoF/view?usp=drive_link

9) AIR nº 001/2021- SFF/ANEEL, data: 20/01/2021, assunto: Revisão do Manual de Contabilidade do Setor Elétrico (Versão Pré-Participação Pública). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1gRasbrZw1rQ4gzUqe4EZr0co6YEdJ02h/view?usp=drive_link

10) AIR nº 001/2021-SRG/ANEEL, data: 11/11/2021, assunto: Revisão da Resolução Normativa nº 697/2015, que regulamenta a prestação e remuneração de serviços ancilares no SIN. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1poNWM1oEnNPWFo40ZZqGphYuFhcFJDA/view?usp=drive_link

11) AIR nº 1/2021-SRT/SRM/SGT/SCT/SFE/SFF/ANEEL, data: 01/03/2021, assunto: Revisão do AIR nº 5/2019 - SRT/SRM/SGT/SCT/SFE/SFF/ANEEL, pós Consulta Pública nº 5, de 2020 (“vida útil regulatória” de equipamentos da transmissão). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1JHFuU1UjiFlb-LVcNWAo3N3CKRCpk713/view?usp=drive_link

12) AIR nº 1/2021-SRM/ANEEL, data: 23/3/2021, assunto: Revisão Metodológica – Fator X e Ganhos de Eficiência Empresarial (Versão Pré-Participação Pública). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1kmuA_GSYkUIWDpvOI0NP3f7orHBwakrw/view?usp=drive_link

13) AIR nº 4/2021-SRM/ANEEL, data: 23/9/2021, assunto: Revisão Metodológica – Fator X e Ganhos de Eficiência Empresarial (Versão 2.0 Pós-Participação Pública). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1rY28iOICMvJk2HOgim0SWYlilQ9VZIWY/view?usp=drive_link

14) AIR nº 002/2021-SRG/SCG /ANEEL, data: 8/12/2021, assunto: Adequações regulatórias para Revisão da Resolução Normativa nº 876, de 10 de março de 2020. (Versão Pós 1ª Consulta Pública). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1yUwr36lmkaaf8C-N8WslwGmXA-htAx4A/view?usp=drive_link

15) AIR 002/2021-SRG/SCG /ANEEL, data: 13/5/2021, assunto: Adequações regulatórias para Revisão da Resolução Normativa nº 876, de 10 de março de 2020. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1KUFgvFo4qpWRYK__RvnZ_f2Yq5B-cPna/view?usp=drive_link

16) AIR nº 02/2021-SGT/ANEEL, data: 25/06/2021, assunto: Sinal Locacional – TUST/TUSDg (Versão Pré-Participação Pública). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1kMsJluzWVAIV1cXqWNTstriMQy_2Ua0z/view?usp=drive_link

17) AIR nº 3/2021-SRM/ANEEL, data: 5/7/2021, assunto: Instituição de Garantias Financeiras para o Mecanismo de Venda de Excedentes de Energia Elétrica (MVE) e

demaís aprimoramentos. (Versão Pré-Participação Pública). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1HQdgXKXbnX3ZhcO7KD99u1tg12hpFu9m/view?usp=drive_link

18) AIR nº5/2021-SRT/ SCT/SFE/SFF/SGT/SRM/ ANEEL, data: 08/10/2021, assunto: (Análise da regulamentação associada a reforços e melhorias em instalações de transmissão de energia elétrica) Revisão do AIR nº 1/2020-SRT/SCT/SFE/SFF/SGT/SRM/ANEEL, pós Consulta Pública nº 30/2020. Disponível em: < https://drive.google.com/file/d/1j1FF-VMeeWZnAIT5fRQEd59kM-_1XdO/view?usp=drive_link >

19) AIR nº 6/2021-SRT/ANEEL, data: 20/10/2021, assunto: Simplificação do processo de liquidação financeira dos Encargos de Uso dos Serviços de Transmissão – EUST, Versão Pós-Participação Pública (atualização do Relatório de AIR nº 3/2020-SRT/ANEEL). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1iKSr1isAjrchDFTezdnou8lCxb6dWcq0/view?usp=drive_link

20) AIR nº 4/2021-SRT/ANEEL, data: 25/08/2021, assunto: Aprimoramento da regulação relacionada à classificação das instalações, condições de acesso e conexão ao sistema de transmissão, Versão Pós-Participação Pública (atualização do Relatório de AIR nº 004/2020-SRT/ANEEL). Disponível em: < https://drive.google.com/file/d/1MznJxJEMjtR5alCKAHES9xREiJ36lm16/view?usp=drive_link >

21) AIR nº 2/2021-SRM/ANEEL, data: 14/06/2021, assunto: Alocação dos custos financeiros relativos à Conta-Covid (Regulamentação do Art. 7º do Decreto nº 10.350/2020). Versão Pós-Participação Pública (atualização do Relatório de AIR nº 09/2020-SRM/ANEEL). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1y_sPq3KSX8O45y34etD1e6-AFzXZwQQG/view?usp=drive_link

22) AIR nº 03/2021-SGT/SRM/ANEEL, data: 05/11/2021, assunto: Alocação de cotas compulsórias para distribuidoras de pequeno porte, Versão Pré-Participação Pública. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/18j6FZRITliDCFnN3oYZ3qaw_02ZjP5gk/view?usp=drive_link

23) AIR nº 1/2021/SGH/ANA, data: 05/11/2021, assunto: Avaliação de Impacto Regulatório para a revisão da Resolução Conjunta ANA ANEEL nº 3, de 10 de agosto de 2010, (Versão Pré-Participação Pública). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/13ZYh-yQYfv8Gzl3RTpJpE9LbRv_hm4jD/view?usp=drive_link

APÊNDICE 3 - RELATÓRIOS DE AIRS EMITIDOS PELA ANEEL EM 2020

- 1) AIR nº 1 /2020-SRT/ANEEL, data: 04/03/2020, Assunto: Análise da regulamentação associada a reforços e melhorias em instalações de transmissão de energia elétrica. (Versão Pré-Participação Pública). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1EW-6qpqRpnPPIDHKTGVVsVjZRFu7_8ts/view?usp=drive_link
- 2) AIR nº 1/2020-SRM/ANEEL, data: 03/03/2020, assunto: Revisão Metodológica – Outras Receitas, (Versão Pré-Participação Pública). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1swytvhD689p0cxo9BzqiDeiYBxXvY1UW/view?usp=drive_link
- 3) AIR nº 2/2020-SRT/ANEEL, data: 05/03/2020, assunto: Aprimoramento da regulação relacionada à classificação das instalações, condições de acesso e conexão ao sistema de transmissão (Versão Pré-Participação Pública). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1QCMva9neSxreCbGx3AZkMaqZXaCUUztK/view?usp=drive_link
- 4) AIR nº 004/2020-SRT/ANEEL, data: 09/12/2020, assunto: Aprimoramento da regulação relacionada à classificação das instalações, condições de acesso e conexão ao sistema de transmissão. (Versão Pós-Participação Pública (atualização do Relatório de AIR nº 002/2020-SRT/ANEEL). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/15aa4pQ5g_AOphbvo4hmv0wrYu8qNh8_H/view?usp=drive_link
- 5) AIR nº 003/2020-SRG/ANEEL, data: 05/08/2020, assunto: Avaliação dos critérios de sazonalização de garantia física no Mecanismo de Realocação de Energia - MRE. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1eBPpLvL902BvOcVowLxtue_kiKnaGZc/view?usp=drive_link
- 6) AIR nº 0001/2020-/ANEEL, data: 13/07/2020, assunto: Regulamentação que estabelece os Critérios de Eficiência com relação à continuidade do fornecimento e à Gestão Econômico-Financeira das concessões de serviço público de distribuição de energia elétrica e procedimentos para acompanhamento. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/19dZ27SkB4YUJtnHyWLHxk4rwk5xtTgqn/view?usp=drive_link
- 7) AIR nº 001/2020-SRG/ANEEL, data: 10/02/2020, assunto: Revisão da Resolução Normativa nº 614/2014. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1UEvNxfX7VWOK0I0e8O_geOu8Slidlf_/view?usp=drive_link
- 8) AIR nº 002/2020-SPE/ANEEL, data: 26/11/2020, assunto: Incorporação do conceito de inovação e outras medidas para o avanço dos resultados do Programa de P&D regulado pela ANEEL. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1cm9B9QqsNt6yRdncFw-NK0Y_GXvvCRk8/view?usp=drive_link

9) AIR nº 2/2020-SRM/ANEEL, data: 09/03/2020, assunto: Taxa Regulatória de Remuneração do Capital (Versão nº 4 - Pós-Participação Pública). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1_SreDRJ8AxtbciA9imfq4jocmq6oyFnL/view?usp=drive_link

10) AIR nº 5/2020-SRM/ANEEL, data: 27/04/2020, assunto: Taxa Regulatória de Remuneração do Capital (Versão nº 5 - Pós-Participação Pública). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1Y5PtbY5ylWv7Nv61zCCoYhuRp1hL1ITf/view?usp=drive_link

11) AIR nº 0003/2020-SRD/ANEEL, data: 28/10/2020, assunto: Avaliar Aprimoramentos na Regulação de Continuidade do Fornecimento de Energia Elétrica (Versão Final Pós-Participação Pública (versão atualizada do Relatório de AIR nº 0001/2019-SRD/ANEEL)). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1DiEJbGxrd6j7-MqRUFa2jGuZq1Dkqv_q/view?usp=drive_link

12) AIR nº 3/2020-SRM/ANEEL, data: 12/03/2020, assunto: Revisão Metodológica – Fator X (Versão nº 3 – Pós-Participação Pública – CP nº 23/2019). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/12XwiepP2Pa3Q4m1ykS7MDxea6xY0PzWh/view?usp=drive_link

13) AIR nº 3/2020-SRT/ANEEL, data: 03/12/2020, assunto: Simplificação do processo de liquidação financeira dos Encargos de Uso dos Serviços de Transmissão – EUST. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/10rMCs1FZEMIAiqA1LP7SRRjtHJhMvO76/view?usp=drive_link

14) AIR nº 6/2020-SRM-SRG/ANEEL, data: 11/08/2020, assunto: Aprimoramento da Resolução Normativa nº 684, de 11 de dezembro de 2015, com vistas à exclusão da classe de produtos SPR entre as opções de repactuação do risco hidrológico do Ambiente de Contratação Regulada – ACR. (Versão Pré-Participação Pública). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1HxScxw6pcUO18uaKB8a9Q1P_rNwXGhnh/view?usp=drive_link

15) AIR nº 8/2020-SRM/ANEEL, data: 15/12/2020, assunto: Definição de Metodologia para o cálculo da Sobrecontratação Involuntária, de que trata § 7º, do art. 3º do Decreto nº 5.163/2004, em razão de variação de carga decorrente dos efeitos da pandemia da covid-19 apurada conforme regulação da ANEEL. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1Q4I7dhf-LcaOCDIPRowqBZpXNH8PC7pZ/view?usp=drive_link

16) AIR nº 9/2020-SRM/ANEEL, data: 15/12/2020, assunto: Alocação dos custos financeiros relativos à Conta-Covid (Regulamentação do Art. 7º do Decreto nº 10.350/2020). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1qGGXqB39iT-GFTAoN8sw3ITvjLckoEL9/view?usp=drive_link

17) AIR nº 01/2020-SGT/ANEEL, data: 21/08/2020, assunto: Aprimoramentos das metodologias de apuração dos componentes financeiros de que trata o Módulo 4 do

PRORET, Versão Pós-Participação Pública (atualização do Relatório de AIR nº 01/2019-SGT/ANEEL). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1Y5-1e2vv5h95Wx3BeRLYBS4UBHGiWq4q/view?usp=drive_link

18) AIR nº 002/2020-SRG/SRT/SCG/ANEEL, data: 23/07/2020, assunto: Adequações regulatórias para implantação de usinas híbridas. Aprimoramento da regulação relacionada à contratação de acesso de múltiplas centrais geradoras. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/14-SHZVGVfJOr4js1UI5mSqPNMltBpgP3/view?usp=drive_link

19) AIR nº 4/2020-SRM/ANEEL, data: 16/03/2020, assunto: Revisão Metodológica – Outras Receitas (Versão Pré-Participação Pública). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1JR-TlIEqNmepsOda4Bq5SmwUGY7mQyhK/view?usp=drive_link

20) AIR nº 7/2020-SRM/SGT/SFF/ANEEL, data: 17/08/2020, assunto: Revisão Tarifária Extraordinária e Mecanismos de Flexibilidade tarifária com contrapartidas em Distribuidoras de Energia Elétrica (fatos geradores atrelados à pandemia de covid-19). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/158oxDSUISz_Hd8Rxxd0trXbWNXxo337x/view?usp=drive_link

21) AIR nº 0002/2020-SRD/SMA/ANEEL, data: 20/08/2020, assunto: Revisão da Regulamentação de Compartilhamento de Infraestruturas entre os setores de Energia Elétrica e de Telecomunicações (Versão Pré-Participação Pública). Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1ESQCSQRV553vfrV1UuNFVZdfQDCHIL8d/view?usp=drive_link

ANEXO – PLANILHA FORNECIDA PELA SUPERINTENDÊNCIA DE GESTÃO TARIFÁRIA - ANEEL

Petição	Assunto	Data de Documentação	Data de Abertura	Número	Procedência
4653.00729/2021-00	ADEQUAÇÕES REGULADORIAS PARA REVISÃO DA RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 78, DE 10 DE MARÇO DE 2009	13/05/2021	06/05/2021	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO 1	SUPERINTENDENCIA DE CONCESSOES E AUTORIZACOES DE GERACAO - SSG
4653.01064/2021-00	ADEQUAÇÕES REGULADORIAS PARA REVISÃO DA RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 78, DE 10 DE MARÇO DE 2009	08/12/2021	06/12/2021	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO 2	SUPERINTENDENCIA DE CONCESSOES E AUTORIZACOES DE GERACAO - SSG
4652.00200/2021-00	PLANO DE TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE SOCIEDADEIRO COMO ALTERNATIVA A FISCALIZAÇÃO DE CASSAÇÃO DA OUTORGA NOS SISTEMAS DE GERAÇÃO DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA	16/06/2021	16/06/2021	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO 1	SUPERINTENDENCIA DE CONCESSOES E AUTORIZACOES DE GERACAO - SSG SUPERINTENDENCIA DE CONCESSOES, PERMISSOES E AUTORIZACOES DE TRANSMISSAO E DISTRIBUICAO - SCS SUPERINTENDENCIA DE FISCALIZACAO DE SERVICOS DE GERACAO - SFG SUPERINTENDENCIA DE FISCALIZACAO DE SERVICOS DE ELETRICIDADE - SFE
4653.00134/2020-00	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO Nº 001/2020- SFE/ANEEL, ENERGIA RONDONIA	08/04/2020	08/04/2020	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO 1	SUPERINTENDENCIA DE FISCALIZACAO DOS SERVICOS DE ELETRICIDADE - SFE
4653.00134/2020-00	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO Nº 001/2020- SFE/ANEEL, ENERGIA RONDONIA	08/04/2020	08/04/2020	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO 001	SUPERINTENDENCIA DE FISCALIZACAO DOS SERVICOS DE ELETRICIDADE - SFE
4653.00134/2020-00	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO Nº 001/2020- SFE/ANEEL, ENERGIA RONDONIA	08/04/2020	08/04/2020	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO 001	SUPERINTENDENCIA DE FISCALIZACAO DOS SERVICOS DE ELETRICIDADE - SFE
4653.00134/2020-00	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO Nº 001/2020- SFE/ANEEL, ENERGIA RONDONIA	08/04/2020	08/04/2020	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO 001	SUPERINTENDENCIA DE FISCALIZACAO DOS SERVICOS DE ELETRICIDADE - SFE
4653.00039/2021-00	REVISÃO DO MANUAL DE CONTABILIDADE DO SETOR ELÉTRICO SFE/ANEEL ANEEXO DA NOTA TÉCNICA Nº 04/2021 - SFE/ANEEL PROCESSO Nº 4650.004/192019-44 SUPERINTENDENCIA DE FISCALIZAÇÃO ECONÔMICA E FINANCEIRA - SFE	20/01/2021	20/01/2021	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO 1	SUPERINTENDENCIA DE FISCALIZACAO ECONOMICA E FINANCEIRA - SFE
4653.00296/2021-00	REVISÃO DO MANUAL DE CONTABILIDADE DO SETOR ELÉTRICO SFE/ANEEL ANEEXO DA NOTA TÉCNICA Nº 04/2021 - SFE/ANEEL PROCESSO Nº 4650.004/192019-44 SUPERINTENDENCIA DE FISCALIZAÇÃO ECONÔMICA E FINANCEIRA - SFE	20/08/2021	20/08/2021	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO 2	SUPERINTENDENCIA DE FISCALIZACAO ECONOMICA E FINANCEIRA - SFE
4657.00001/2021-00	ANÁLISE DE IMPACTO REGULADORIO DO PLANO ESTRATÉGICO QUINQUENAL DE INOVAÇÃO - PROJETO 2021-2025 DO PROGRAMA DE PDI ANEEL	19/01/2023	19/01/2023	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO 1	SUPERINTENDENCIA DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO E EFICIENCIA ENERGETICA - SFE
4657.00040/2020-00	RELATORIO FINAL - LIGHT	31/03/2020	31/03/2020	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO 1	SUPERINTENDENCIA DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO E EFICIENCIA ENERGETICA - SFE
4657.00280/2020-00	INCORPORACAO DO CONCEITO DE INOVACAO E OUTRAS MEDIDAS PARA O AVANÇO DOS RESULTADOS DO PROGRAMA DE PDI REGULADO PELA ANEEL	26/11/2020	26/11/2020	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO 2	SUPERINTENDENCIA DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO E EFICIENCIA ENERGETICA - SFE
4653.00086/2020-00	REVISÃO DA RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 64/2014 ANEEXO DA NOTA TÉCNICA Nº 02-SRG/ANEEL PROCESSO Nº 4650.002/2010-69	10/02/2020	10/02/2020	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO 1	SUPERINTENDENCIA DE REGULACAO DE SERVICOS DE GERACAO - SSG
4653.00047/2020-00	ADEQUAÇÕES REGULADORIAS PARA IMPLANTAÇÃO DE USINAS HÍBRIDAS APROVAMENTO DA REGULACAO RECONOMIA A CONTRACAO DE ACESSO DE MULTIPLAS CENTRAS GERADORAS RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO Nº 002/2020- SSG/SRG/ANEEL	23/07/2020	23/07/2020	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO 2	SUPERINTENDENCIA DE CONCESSOES E AUTORIZACOES DE GERACAO - SCS SUPERINTENDENCIA DE REGULACAO DOS SERVICOS DE TRANSMISSAO - SRT
4653.00041/2020-00	REVISÃO DA RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 69/2015, QUE REGULAMENIA A PRESTACAO E REMUNERACAO DE SERVICOS ANCLABES NOS SCS ANEEXO DA NOTA TÉCNICA Nº 19/2020-SRG/ANEEL PROCESSO Nº 4650.007/2020-24	05/08/2020	05/08/2020	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO 3	SUPERINTENDENCIA DE REGULACAO DE SERVICOS DE GERACAO - SSG
4653.00064/2022-00	REVISÃO DA RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 85/2019 ANEEXO DA NOTA TÉCNICA Nº 06/2022-SRG/ANEEL PROCESSO Nº 4650.001/22-01-24	23/06/2022	24/06/2022	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO 1	SUPERINTENDENCIA DE REGULACAO DE SERVICOS DE GERACAO - SSG
4653.00064/2022-00	ANÁLISE DOS IMPACTOS DA REN Nº 84/2019 - CCEE	23/06/2022	24/06/2022	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO 1	SUPERINTENDENCIA DE REGULACAO DE SERVICOS DE GERACAO - SSG
4653.00067/2021-00	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO Nº 1/2021-SG/ANEEL	10/11/2021	10/11/2021	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO SN	SUPERINTENDENCIA DE FISCALIZACAO DE SERVICOS DE GERACAO - SFG
4653.00065/2021-00	REVISÃO DA RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 69/2015, QUE REGULAMENIA A PRESTACAO E REMUNERACAO DE SERVICOS ANCLABES NOS SCS ANEEXO DA NOTA TÉCNICA Nº 19/2020-SRG/ANEEL PROCESSO Nº 4650.007/2020-24	11/11/2021	11/11/2021	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO 1	SUPERINTENDENCIA DE REGULACAO DE SERVICOS DE GERACAO - SSG
4653.00066/2022-00	CONSTRUCOES DE CENTRAS GERADORAS FOTOVOLTAICAS-NOTA TÉCNICA Nº 06/2022-SRG/ANEEL	30/06/2022	30/06/2022	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO 2	SUPERINTENDENCIA DE REGULACAO DE SERVICOS DE GERACAO - SSG
4653.00074/2022-00	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO Nº 003/2022-SFG-SRG-ANEEL	08/08/2022	08/08/2022	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO 3	SUPERINTENDENCIA DE FISCALIZACAO DE SERVICOS DE GERACAO - SFG
4652.00012/2021-00	REVISÃO DO AR Nº 520/SR/SRG/SRT/SFE/SFE/ANEEL, NOS CONSULTA PÚBLICA Nº 5, DE 2020/CPVDA TDE REGULACAO DE EQUIPAMENTOS DA TRANSMISSAO	01/03/2021	01/03/2021	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO 1	SUPERINTENDENCIA DE REGULACAO DOS SERVICOS DE TRANSMISSAO - SRT
4652.00014/2021-00	SIMPLIFICACAO DO PROCESSO DE LICITACAO FINANCEIRA DOS ENCARGOS DE USO DOS SERVICOS DE TRANSMISSAO - EUST	14/02/2023	14/02/2023	RELATORIO DE ANALISE DE IMPACTO REGULADORIO 1	SUPERINTENDENCIA DE REGULACAO DOS SERVICOS DE TRANSMISSAO - SRT

4852.000149/2021-00	ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) SOBRE SEGURANÇA CIBERNÉTICA NO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO	05/03/2021	05/03/2021	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 2	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO - SRT
4852.000156/2021-00	ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) SOBRE SEGURANÇA CIBERNÉTICA NO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO	08/03/2021	08/03/2021	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 2	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO - SRT
4852.000190/2020-00	ANÁLISE DA REGULAMENTAÇÃO ASSOCIADA A REFORÇOS E MELHORIAS EM INSTALAÇÕES DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA	04/03/2020	04/03/2020	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 1	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO - SRT
4852.000193/2020-00	APRIMORAMENTO DA REGULAÇÃO RELACIONADA À CLASSIFICAÇÃO DAS INSTALAÇÕES, CONDIÇÕES DE ACESSO E CONEXÃO AO SISTEMA DE TRANSMISSÃO RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO Nº 2/2020-SRT/ANEEL	05/03/2020	05/03/2020	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 2	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO - SRT
4852.000379/2022-00	REVISÃO DO AIR Nº 1/2020-SRT/CT/SE/SGT/SRT/SM/ANEEL, PÓS CONSULTA PÚBLICA Nº 39/2020 (ANÁLISE DA REGULAMENTAÇÃO ASSOCIADA A REFORÇOS E MELHORIAS EM INSTALAÇÕES DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA)	10/05/2022	10/05/2022	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 1	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO - SRT
4852.000918/2022-00	ANÁLISE SOBRE O ACESSO A TRANSMISSÃO NO CENÁRIO DE EXPANSÃO DE GERADORES FÓSSIS E FOTOVOLTAICOS	19/09/2022	19/09/2022	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 2	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO - SRT
4852.000986/2020-00	SIMPLIFICAÇÃO DO PROCESSO DE LIQUIDAÇÃO FINANCEIRA DOS ENCARGOS DE USO DOS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO - EIST	03/12/2020	03/12/2020	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 3	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO - SRT
4852.000994/2020-00	APRIMORAMENTO DA REGULAÇÃO RELACIONADA À CLASSIFICAÇÃO DAS INSTALAÇÕES, CONDIÇÕES DE ACESSO E CONEXÃO AO SISTEMA DE TRANSMISSÃO	09/12/2020	09/12/2020	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 4	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO - SRT
4852.001014/2022-00	CONFIABILIDADE DA OPERAÇÃO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO	09/11/2022	09/11/2022	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 4	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO - SRT
4852.001037/2021-00	ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) SOBRE SEGURANÇA CIBERNÉTICA NO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO	18/08/2021	18/08/2021	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 3	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO - SRT
4852.001056/2021-00	APRIMORAMENTO DA REGULAÇÃO RELACIONADA À CLASSIFICAÇÃO DAS INSTALAÇÕES, CONDIÇÕES DE ACESSO E CONEXÃO AO SISTEMA DE TRANSMISSÃO	25/08/2021	25/08/2021	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 4	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO - SRT
4852.001202/2021-00	REVISÃO DO AIR Nº 1/2020-SRT/CT/SE/SGT/SRT/SM/ANEEL, PÓS CONSULTA PÚBLICA Nº 39/2020 (ANÁLISE DA REGULAMENTAÇÃO ASSOCIADA A REFORÇOS E MELHORIAS EM INSTALAÇÕES DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA)	08/10/2021	08/10/2021	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 5	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO - SRT
4852.001232/2021-00	SIMPLIFICAÇÃO DO PROCESSO DE LIQUIDAÇÃO FINANCEIRA DOS ENCARGOS DE USO DOS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO - EIST	20/10/2021	20/10/2021	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 6	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO - SRT
4854.000554/2021-00	CONSOLIDAÇÃO DOS ATOs NORMATIVOS RELATIVOS A PERTINÊNCIA TEMÁTICA -DIREITOS DO USUÁRIO DO SERVIÇO PÚBLICO DE DISTRIBUIÇÃO ENERGIA ELÉTRICA"	18/03/2021	18/03/2021	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 1	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO - SRD
4854.001290/2021-00	CONSOLIDAÇÃO DOS ATOs NORMATIVOS RELATIVOS A PERTINÊNCIA TEMÁTICA -DIREITOS E DEVERES DO CONSUMIDOR E DO USUÁRIO DO SERVIÇO PÚBLICO DE DISTRIBUIÇÃO ENERGIA ELÉTRICA"	13/08/2021	13/08/2021	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 2	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO - SRD
4854.001517/2020-00	REGULAMENTAÇÃO QUE ESTABELECE OS CRITÉRIOS DE EFICIÊNCIA COM RELAÇÃO À CONTINUIDADE DO FORNECIMENTO E A GESTÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E PROCEDIMENTOS PARA ACOMPANHAMENTO	13/07/2020	13/07/2020	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 1	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO - SRD
4854.001649/2022-00	REGULAMENTAR O USO DO PIX COMO MEIO DE PAGAMENTO DAS FATURAS DE ENERGIA ELÉTRICA	28/07/2022	28/07/2022	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 1	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO - SRD
4854.001944/2021-00	CONSOLIDAÇÃO DOS ATOs NORMATIVOS RELATIVOS A PERTINÊNCIA TEMÁTICA -DIREITOS E DEVERES DO CONSUMIDOR E DO USUÁRIO DO SERVIÇO PÚBLICO DE DISTRIBUIÇÃO ENERGIA ELÉTRICA	25/11/2021	25/11/2021	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 3	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO - SRD
4854.001959/2020-00	REVISÃO DA REGULAMENTAÇÃO DE COMPARTILHAMENTO DE INFRAESTRUTURAS ENTRE OS SETORES DE ENERGIA ELÉTRICA E DE TELECOMUNICAÇÕES	20/08/2020	20/08/2020	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 2	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO - SRD
4854.002348/2020-00	AVALIAR APRIMORAMENTOS NA REGULAÇÃO DE CONTINUIDADE DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA	28/10/2020	28/10/2020	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 3	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO - SRD
4876.000419/2022-00	ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO DA NO Nº 40/2013 - REALIZAÇÃO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NA ANEEL. RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO Nº 001/2022-CT-REG/ANEEL	04/08/2022	04/08/2022	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 1	GABINETE DO DIRETOR-GERAL - GOG
4880.000118/2022-00	REVISÃO METODOLÓGICA - FATOR X E GANHOS DE EFICIÊNCIA EMPRESARIAL	04/02/2022	04/02/2022	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 1	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO ECONÔMICA E ESTUDOS DO MERCADO - SRM
4880.000172/2021-00	REVISÃO METODOLÓGICA - FATOR X E GANHOS DE EFICIÊNCIA EMPRESARIAL	23/03/2021	23/03/2021	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 1	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO ECONÔMICA E ESTUDOS DO MERCADO - SRM
4880.000288/2020-00	REVISÃO METODOLÓGICA - OUTRAS RECLAMAÇÕES	03/03/2020	03/03/2020	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 1	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO ECONÔMICA E ESTUDOS DO MERCADO - SRM
4880.000333/2020-00	METODOLÓGICA E ATUALIZAÇÃO DA TABELA REGULATÓRIA DE REMUNERAÇÃO DO CAPITAL	09/03/2020	09/03/2020	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 2	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO ECONÔMICA E ESTUDOS DO MERCADO - SRM

4800.0061/2020-00	REVISÃO METODOLÓGICA - FATOR X	12/03/2020	12/03/2020	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 3	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO E ESTUDOS DO MERCADO - SIM
4800.0061/2020-00	REVISÃO METODOLÓGICA - OUTRAS RECEITAS	16/03/2020	16/03/2020	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 4	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO E ESTUDOS DO MERCADO - SIM
4800.0061/2020-00	ALOCAÇÃO DOS CUSTOS FINANCEIROS RELATIVOS À CONTRA-COVID (REGULAMENTAÇÃO DO ART. 7º DO DECRETO Nº 10.350/2020)	14/06/2021	14/06/2021	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 2	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO E ESTUDOS DO MERCADO - SIM
4800.0061/2020-00	REVISÃO METODOLÓGICA - FATOR X E GANHOS DE EFICIÊNCIA EMPRESARIAL	08/04/2022	08/04/2022	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 2	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO E ESTUDOS DO MERCADO - SIM
4800.0061/2020-00	PLANO REGULATÓRIO DE RECONSTRUÇÃO DO CAPITAL	27/04/2020	27/04/2020	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 5	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO E ESTUDOS DO MERCADO - SIM
4800.0061/2020-00	INSTITUIÇÃO DE GARANTIAS FINANCEIRAS PARA O MECANISMO DE VENDA DE EXCESSOS DE ENERGIA ELÉTRICA (ANTE-PROJOS APROVADOS)	05/07/2021	05/07/2021	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 3	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO E ESTUDOS DO MERCADO - SIM
4800.0061/2020-00	REVISÃO SUBMÓDULO 12 DO PROJET - REVISÃO DA RECEITA ANUAL DE GERAÇÃO	06/05/2022	06/05/2022	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 3	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO E ESTUDOS DO MERCADO - SIM
4800.0061/2020-00	REVISÃO METODOLÓGICA - FATOR X E GANHOS DE EFICIÊNCIA EMPRESARIAL	23/09/2021	23/09/2021	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 4	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO E ESTUDOS DO MERCADO - SIM
4800.0071/2020-00	APROVAMENTO DA RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 94 DE 11 DE DEZEMBRO DE 2015, COM VISTAS À EXCLUSÃO DA CLASSE DE PRODUTOS SR ENTRE AS OPÇÕES DE REPARAÇÃO DO USO HIDROLÓGICO DO AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO REGULADA - ACR	11/08/2020	11/08/2020	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 6	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO E ESTUDOS DO MERCADO - SIM
4800.0081/2020-00	REVISÃO TABELA PARA EXTRAÇÃO DE MECANISMOS DE FLEXIBILIDADE TABELADA COM CONTRAPARTIDAS EM DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (FATOS GERADORES ATRELADOS À PANDEMIA DE COVID-19)	17/08/2020	17/08/2020	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 7	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO E ESTUDOS DO MERCADO - SIM
4800.0081/2020-00	REVISÃO PERIÓDICA DAS RECEITAS DAS CONCESSIONÁRIAS DE TRANSMISSÃO - ATUALIZAÇÃO DE ITENS DOS SUBMÓDULOS 5.1 E 5.2 DO PROJET E ATRIBUIÇÃO DO NÍVEL DE RISCO DE REFERÊNCIA DO SEGUIMENTO DE TRANSMISSÃO	11/08/2022	11/08/2022	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 4	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO E ESTUDOS DO MERCADO - SIM
4800.0121/2020-00	DEFINIÇÃO DE METODOLOGIA PARA O CÁLCULO DA SOBRECONTAÇÃO INVOLUNTÁRIA, DE QUE TRATA O ART. 3º DO DECRETO Nº 1.620/04, EM ALAZÃO DE VARIÁVEL DE CARGA DECORRENTE DOS EFEITOS DA PANDEMIA DA COVID-19 APLICADA CONTRA REGULAÇÃO DA ANEEL	15/12/2020	15/12/2020	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 8	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO E ESTUDOS DO MERCADO - SIM
4800.0121/2020-00	ALOCAÇÃO DOS CUSTOS FINANCEIROS RELATIVOS À CONTRA-COVID (REGULAMENTAÇÃO DO ART. 7º DO DECRETO Nº 10.350/2020)	15/12/2020	15/12/2020	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 9	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO E ESTUDOS DO MERCADO - SIM
4800.0121/2020-00	ALOCAÇÃO DOS CUSTOS FINANCEIROS RELATIVOS À CONTRA-COVID (REGULAMENTAÇÃO DO ART. 7º DO DECRETO Nº 10.350/2020)	15/12/2020	15/12/2020	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 10	SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO E ESTUDOS DO MERCADO - SIM
4800.0081/2020-00	RESULTADO PRELIMINAR DO SINAL LOCACIONAL - T1ST1TS06	23/03/2022	23/03/2022	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 1	SUPERINTENDÊNCIA DE GESTÃO TABELADA - SGT
4800.0091/2020-00	REGULAMENTAÇÃO DE PROJETOS PILOTOS DE TABELA	17/06/2021	17/06/2021	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 1	SUPERINTENDÊNCIA DE GESTÃO TABELADA - SGT
4800.0091/2020-00	SINAL LOCACIONAL - T1ST1TS06 - RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO Nº 02/2021 SGT ANEEL	17/06/2021	17/06/2021	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 2	SUPERINTENDÊNCIA DE GESTÃO TABELADA - SGT
4800.0101/2020-00	APROVAMENTO DAS METODOLOGIAS DE ATRIBUIÇÃO DOS COMPONENTES FINANCEIROS DE QUE TRATA O MÓDULO 4 DO PROJET	21/08/2020	21/08/2020	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 1	SUPERINTENDÊNCIA DE GESTÃO TABELADA - SGT
4800.0101/2020-00	RESULTADO PARCIAL DO SINAL LOCACIONAL - T1ST1TS06	08/06/2022	08/06/2022	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 2	SUPERINTENDÊNCIA DE GESTÃO TABELADA - SGT
4800.0101/2020-00	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO - ALOCAÇÃO DE COTAS COMPUTADORADAS PARA DISTRIBUIÇÃO DE PEQUENO PORTE	05/11/2021	05/11/2021	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 3	SUPERINTENDÊNCIA DE GESTÃO TABELADA - SGT
4800.0101/2020-00	REGULAMENTAÇÃO DE PROJETOS PILOTOS DE TABELA	13/12/2021	13/12/2021	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 4	SUPERINTENDÊNCIA DE GESTÃO TABELADA - SGT
4800.0101/2020-00	RESULTADO DO SINAL LOCACIONAL - T1ST1TS06	16/09/2022	16/09/2022	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 5	SUPERINTENDÊNCIA DE GESTÃO TABELADA - SGT
4800.0101/2020-00 (ANEEXO 00)	ANEEXO III - PROJET SUBMÓDULO 4, V. 2.1C - ANEEXO LIV, PÓS 3 FASE - VERSÃO RESUMIDA	16/09/2022	16/09/2022	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 6	SUPERINTENDÊNCIA DE GESTÃO TABELADA - SGT
4800.0101/2020-00 (ANEEXO 00)	ANEEXO IV - PROJET SUBMÓDULO 9.4, V. 1.C - ANEEXO XIII - PÓS FASE - VERSÃO RESUMIDA	16/09/2022	16/09/2022	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 6	SUPERINTENDÊNCIA DE GESTÃO TABELADA - SGT
4800.0101/2020-00 (ANEEXO 00)	ANEEXO V - MINUTA REN_XXX_2022	16/09/2022	16/09/2022	RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO 6	SUPERINTENDÊNCIA DE GESTÃO TABELADA - SGT

Em resposta ao recurso nº 480003.001175/2023-35 de primeira instância no dia 07/03/2023, a Superintendência de Gestão Tarifária da ANEEL encaminhou a lista de análise de impactos regulatórios emitidas no período de 01/01/2020 a 31/12/2022. Acessível no site: <https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consulta-processual>, mediante prévio cadastro pessoal e utilização dos n.º de protocolos.