

CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO E AGÊNCIAS REGULADORAS: SERIA A ANÁLISE (CONSEQUENCIALISTA) DE IMPACTO REGULATÓRIO APTA A EVITAR A REFORMA JUDICIAL DA MEDIDA REGULATÓRIA?

LEGAL CONSEQUENTIALISM AND REGULATORY AGENCIES: WOULD THE (CONSEQUENTIALIST) ANALYSIS OF REGULATORY IMPACT BE ABLE TO AVOID JUDICIAL REFORM OF THE REGULATORY MEASURE?

CONSECUENCIALISMO JURÍDICO Y AGENCIAS REGULADORAS: ¿EL ANÁLISIS (CONSECUENCIALISTA) DEL IMPACTO REGULATORIO PODRÍA EVITAR LA REFORMA JUDICIAL DE LA MEDIDA REGULATORIA?

RENATA PETRELI PIAE

ORCID iD <http://orcid.org/0009-0007-0788-6456>

Mestranda em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia no Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir da Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera-Uniderp, Direito Constitucional por Damásio de Jesus e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. Advogada.

RESUMO

Objetivo: O presente trabalho tem como pergunta principal: Conseguirá a análise de impacto regulatório evitar a reforma judicial da medida regulatória? Para dirimir o dilema, em um primeiro momento, narram-se as premissas conceituais da doutrina consequentialista, apontando sua contribuição para a atividade regulatória exercida pelo Estado contemporâneo. Após, partindo-se do estudo das Agências Reguladoras, elucidam-se os moldes da adesão da análise de impacto regulatório ao ordenamento jurídico brasileiro. Ao final, cumpre abordar a controvérsia entre o poder normativo conferido às Agências Reguladoras e a eventual reforma judicial da medida regulatória, apontando-se parâmetros ao julgador.

Metodologia: O presente ensaio utiliza-se de uma pesquisa essencialmente bibliográfica e do método hipotético-dedutivo.



Resultados: Tendo em vista a alta especificidade dos múltiplos setores regulados, somada à complexidade técnica presente na atividade regulatória, a análise de impacto regulatório, quando exercida sob os estritos limites constitucionais da ordem econômica, bem como devidamente sistematizada pelas normas da agência, configura eficiente expediente à segurança jurídica e estabilidade do mercado.

Palavras-Chave: Consequencialismo; agência reguladora; poder normativo; análise de impacto regulatório; controle judicial.

ABSTRACT

Objective: This assignment tries to answer the main question: Will regulatory impact analysis be able to avoid the judicial reform of the regulatory measure? As a proposed solution to the dilemma, it starts with the conceptual premises of the consequentialist doctrine, pointing its contribution to the regulatory activity carried out by the contemporary State. After, through the study of Regulatory Agencies, this study examines the framework for adhesion of regulatory impact analysis to the Brazilian legal system. In the end, it is necessary to address the controversy between the normative power granted to Regulatory Agencies and the possible judicial reform of the regulatory measure, pointing out parameters to the judge.

Methodology: This essay uses literature review and hypothetical-deductive method.

Results: Considering the high specificity of the multiple regulated sectors, added to the technical complexity present in regulatory activity, the regulatory impact analysis, when carried out under the strict constitutional limits of the economic order, as well as duly systematized by the agency's rules, is efficient expedient to legal certainty and market stability.

Keywords: Consequentialism; regulatory agencies; normative power; regulatory impact analysis; judicial review.

RESUMEN

Objetivo: La pregunta principal de este trabajo es: ¿Podrá el análisis de impacto regulatorio evitar la reforma judicial de la medida regulatoria? Para resolver el dilema, en primer lugar, se narran las premisas conceptuales de la doctrina consecuencialista, señalando su aporte a la actividad regulatoria que realiza el Estado contemporáneo. Posteriormente, a partir del estudio de las Agencias Reguladoras, se aclara el marco de adhesión del análisis de impacto regulatorio al ordenamiento jurídico brasileño. Al final, es necesario abordar la controversia entre el poder normativo otorgado a las Agencias Reguladoras y la posible reforma judicial de la medida regulatoria, señalando parámetros al juez.

Metodología: Este ensayo utiliza esencialmente la investigación bibliográfica y el método hipotético-deductivo.

Resultados: Considerando la alta especificidad de los múltiples sectores regulados, sumada a la complejidad técnica presente en la actividad regulatoria, el análisis de impacto regulatorio, cuando se realiza bajo los estrictos límites constitucionales del orden económico, así como debidamente sistematizado por las normas del organismo, es un recurso eficiente para la seguridad jurídica y la estabilidad del mercado.



Palabras clave: Consequencialismo; agencia reguladora; poder normativo; análisis de impacto regulatorio; control judicial.

1 INTRODUÇÃO

Partindo-se das premissas doutrinárias que antecederam o consequencialismo jurídico, como a Escola de Direito e Economia e as lições de Richard Posner, ao estudo da atividade regulatória exercida pelo Estado por meio das Agências Reguladoras, o presente artigo pretende questionar a aptidão da análise de impacto regulatório para obstar a reforma ou decretação de nulidade da medida regulatória pelo Poder Judiciário.

Tendo em vista a Constituição Federal transferir à iniciativa privada a primordialidade sobre a exploração da atividade econômica, competindo ao Estado a normatização e regulação do setor por meio da fiscalização, incentivo e planejamento, especialmente após a desestatização dos ativos públicos sucedida a partir da década de noventa, cumpre investigar os moldes desse fenômeno.

O Estado Regulador, distintamente do modelo intervencionista, intenta acomodar as convicções do Estado de Bem-Estar Social e do Estado Liberal ou Mínimo, ao permitir a intervenção no domínio econômico na forma indireta, fazendo-se presente apenas para evitar excessos do particular em detrimento da sociedade e corrigir as falhas de mercado.

No Brasil a atividade regulatória é exercida, usualmente, pelas Agências Reguladoras, instituídas sob a forma de autarquia em regime especial, criadas em razão da alta especificidade dos setores regulados para exercer as funções de regulamentação, fiscalização e normatização das matrizes econômicas desenvolvidas pela iniciativa privada. Previnem, ademais, o risco de captura por eventuais maiorias políticas, bem como conferem segurança jurídica e institucional ao mercado.

De ampla inspiração consequencialista, a análise de impacto regulatório exercida no âmbito das Agências Reguladoras sistematiza a apuração dos custos e benefícios da proposta regulatória, perquirindo dentre os possíveis efeitos, o mais eficiente para atender, conjuntamente, os interesses do mercado, Estado e sociedade.

A celeuma surge quando a medida regulatória proposta pela agência, ao exercer a competência normativa que lhe fora constitucionalmente atribuída, edita novo ato dotado de certa coercibilidade ao criar e extinguir direitos e obrigações.



Transposta qualquer controvérsia acerca da constitucionalidade do poder normativo das Agências Reguladoras, frequentemente, medidas regulatórias têm sua validade questionada perante o Poder Judiciário, cumprindo- indagar os limites do controle judicial e se a análise de impacto regulatório seria capaz de evitá-lo.

Assim, por meio de pesquisa documental e bibliográfica, a partir de livros, artigos publicados em revistas especializadas, além de base de dados fornecidas pelo Governo Federal, intenta-se trazer luz à problemática, apontando-se que a solução apresentada pelo legislador na Lei 13.655/2018 (BRASIL, 2018), que dispõe acerca da reforma judicial de atos administrativos, também esbarra em limitações consequencialistas, para, ao final, apontar um caminho possível.

2 CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO

Preambularmente a propagação do consequencialismo propriamente dito, a Escola da Lei e da Economia, influente escola americana de teoria do direito, inicialmente relacionada ao direito concorrencial, apontava às ciências econômicas como fonte de avaliação, propondo que as soluções jurídicas guardassem uma espécie de filtro da economia. Para vislumbrar as consequências das decisões e sugerir soluções advindas de outras áreas do conhecimento, conduz-se o jurista à experiência, que desenvolverá seu trabalho tomando-se em consideração a pesquisa empírica e não somente fontes bibliográficas e jurisprudência.

Expoente da Escola de Direito e Economia, premente instrumento de rompimento da metodologia exclusivamente formalista de interpretar a norma, a Análise Econômica do Direito propõe um método de pesquisa do comportamento humano, servindo-se de instrumentos analíticos próprios das ciências sociais e econômicas para avaliar os efeitos de cada orientação. Para tanto, analisa-se a relação de custo-benefício presente em hipótese.

Ainda, o pensamento de Richard Posner, juiz americano e doutrinador, estudou o processo decisório dos juízes nos casos difíceis, sugerindo, inicialmente, a superação do direito pela eficiência econômica, regra ética idônea à solução de todas as questões. Ao longo da primeira fase, que perdurou do início dos anos sessenta ao final dos anos setenta, edificada pela obra *Economic Analysis of Law*, intenta a sistematização do direito norte-americano a partir da análise microeconômica. Já na



segunda fase, Posner converte-se ao pragmatismo jurídico, propondo que o direito se ampare sobre três pilares, o pragmatismo, o liberalismo clássico e a economia. (SALAMA, 2008, P. 05-09)

As lições de Posner propõem a síntese analítica entre a teoria jurídica e a teoria econômica, conferindo destaque à eficiência enquanto processo decisório e, dentre as mais célebres, sugere a superação da autonomia do direito pela interdisciplinaridade, reconhecendo a necessidade de valer-se da economia e de outras ciências na construção das decisões.

Absorvendo as premissas teóricas apontadas, o consequencialismo adveio em face do suposto esgotamento das técnicas hermenêuticas clássicas quando, em tese, inexistiria parâmetros decisórios na norma, propondo a consideração de projeções externas e vislumbradas no mundo fenomênico para solução do caso concreto. Evitar-se-ia por meio da análise consequencialista, a potencialização dos efeitos nefastos da decisão judicial. (SCHANOSKI, BURGATH e CHAICOSKI, 2019)

A decisão consequencialista ampara-se sobre três premissas, a saber, as diferentes alternativas da decisão; as consequências vinculadas a cada uma dessas alternativas e, por fim; um critério de valoração sob o qual os possíveis efeitos serão ordenados. Igualmente, o raciocínio consequencialista abarca duas dimensões, uma positiva, que procura os fatos por trás das normas, apontando seu impacto no comportamento dos indivíduos e outra normativa, que a partir de um referencial predefinido, realiza sua valoração, indicando os ganhos em eficiência. (LEAL et. al, 2019, P. 07)

No Brasil, a doutrina consequencialista ganhou destaque com a Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018), denominada Lei de Segurança para a Inovação Pública, que promoveu significativas alterações no Decreto-Lei nº 4.657/42 (BRASIL, 1942), a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Com a reforma, na hipótese de controle judicial dos atos administrativos, em apertada síntese, não poderá o magistrado decidir sem atentar-se para as consequências práticas da decisão.

Dentre os institutos advindos da doutrina consequencialista, sobreleva-se a análise de impacto regulatório, cerne deste ensaio e ferramenta amplamente utilizada pela atividade de regulação estatal no âmbito das Agências Reguladoras, temáticas que serão desenvolvidas no tópico seguinte.



3 AGÊNCIAS REGULADORAS

O estabelecimento das primeiras matrizes de infraestrutura no Brasil dera-se mediante investimentos públicos com exploração direta de atividades estratégicas por meio de empresas estatais e sociedades de economia mista, as quais concentraram esforços para o desenvolvimento dos mais variados setores econômicos, como energia elétrica, transportes, petróleo e saneamento. (CARVALHO e TONIN, 2019, p. 197)

Sob os moldes da descentralização administrativa, de início as obras de infraestrutura foram empreendidas integralmente pelo Estado com o fim de favorecer a industrialização do país, ao passo que a partir da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), consoante redação dos artigos 173 e 174, a exploração da atividade econômica foi legada eminentemente à iniciativa privada, competindo àquele as funções normativa e reguladora.

Ainda, conforme artigo 174 da Constituição Federal, ao Estado competiria as funções de fiscalização da atividade econômica, compreendida em seu sentido amplo, abarcando tanto serviços públicos de titularidade estatal, quanto a atividade econômica em sentido estrito, restrita à iniciativa privada; incentivo, composta de estímulos para persecução dos fins desejados e, por fim; planejamento, fixando metas e diretrizes para as relações de produção, comercialização, distribuição e consumo de bens e serviços. (BLANCHET e BUBNIAK, 2017, P. 06)

A partir da década de noventa, sob forte inspiração norte-americana, em que pese o insucesso do Estado intervencionista para arrefecer a crise econômica instalada no país e diminuir as desigualdades sociais, com a privatização de diversas empresas estatais, ativos de infraestrutura que estavam em posse do Estado passaram à tutela particular, impondo-se a criação de uma inédita metodologia de supervisão da atividade econômica, agora titular de grandes modais de infraestrutura, sistemática a qual se denominou, futuramente, regulação. (OLIVEIRA, 2017b, P. 3014)

O Estado regulador define-se pela difícil confluência entre os paradigmas do Estado liberal ou mínimo e o Estado de bem-estar social (VARELLA e DA SILVA JUNIOR, 2023, P. 05), uma vez que, distintamente do primeiro modelo, cede-se apenas parte do controle sobre matrizes econômicas relevantes, mantida a intervenção indireta e o dever de fiscalização, sem, contudo, asfixiar o setor como



sucedera no segundo modelo ante forte protagonismo estatal e demasiada ingerência na iniciativa privada.

Assim, o modelo do Estado empresário, com forte atuação direta da economia foi suprimido pelo Estado regulador, cuja ingerência se opera de modo indireto (VARELLA e DA SILVA JUNIOR, 2023, P. 05), tendo em vista ser, a rigor, um terceiro alheio às intencionalidades próprias do mercado, convocado apenas em caso de desvios, na impossibilidade de resolver-se por si e na estrita medida para remediá-los. (NABAIS e MORENO, 2023, P. 471)

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, instituído em 1995, ocupou-se de desburocratizar a atividade estatal, cedendo gradualmente a prestação direta dos serviços públicos à iniciativa privada, valorizando-se a concorrência com o fim de aumentar a eficiência do aparato estatal, promover a qualidade das decisões estratégicas de governo e aprimorar o caráter democrático da Administração Pública.

Nesse cenário, a regulação demanda governança distinta para estimular atividades privadas com menor interesse econômico e, noutro tanto, evitar excessos do particular em detrimento da sociedade, equilibrando os interesses particulares, do Estado e do agente econômico, além de proporcionar segurança institucional e jurídica ao mercado. (VARELLA e DA SILVA JUNIOR, 2023, P. 05 e 06)

Em uma perspectiva econômica, a regulação encontra fundamento quando a concorrência não atua de forma perfeita, carecendo-lhe os pressupostos de (a) grande quantidade de agentes econômicos, produtores e consumidores; (b) informação completa e acessível a todos e; (c) interação coordenada pelo sistema de preços objetivando a maximização dos interesses que, ao final, proporcionará o equilíbrio e bem-estar de todos os envolvidos. (BLANCHET e BUBNIAK, 2017, P. 03)

Não obstante a intervenção no domínio econômico fundamentada pela falha de mercado, assimetria de informações ou outra externalidade negativa, sobreleva-se que a estruturação da ordem econômica pátria, nos moldes do artigo 170 da Constituição Federal, sucedera não somente a partir da livre iniciativa, mas, ademais, a partir da valorização do trabalho, tendo por fim assegurar existência digna aos cidadãos, conforme os ditames da justiça social, observados, inclusive, princípios como a defesa do consumidor e do meio-ambiente, de modo que a regulação justificasse-se, igualmente, para a consecução dos objetivos constitucionais aqui dispostos.

Assim, o Estado Regulador se aproxima do Estado Garantista ao prestar-se não somente a disciplinar o funcionamento da atividade econômica, mas, sobretudo,



proteger determinados bens de maior relevância, tais como os direitos e garantias fundamentais.

Pondere-se que a regulação não se traduz somente no desempenho de função administrativa pelo Estado, proferida por meio de decretos regulamentares, resoluções, e portarias, mas, outrossim, em atividade legislativa e jurisdicional, visto que se trata do exercício de competências normativas primárias nos moldes no artigo 59 da Constituição Federal, tal como expressas pela criação do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico, conforme artigos 5º, inciso XXXII e 173, §4º, da Constituição Federal. (BLANCHET e BUBNIAK, 2017, P. 06)

Contudo, a regulação estatal que se pretende examinar será aquela realizada pelo Poder Executivo por meio de entidades da administração indireta.

Isso porque com a desestatização das empresas públicas e a descentralização da atividade administrativa, para o exercício desse novo padrão institucional advindo com a Reforma Gerencial e garantir a proteção do capital privado recém-investido, irrompe significativa figura desenvolvida a partir do modelo norte-americano, intituladas Agências Reguladoras, que, dotadas de independência funcional exercerão as funções de regulamentação, normatização e fiscalização das matrizes econômicas a cargo da iniciativa privada, sofrendo maior ou menor ingerência estatal a depender do momento político, ordenação que perdura até os dias atuais.

Algumas medidas permitiram a inserção das Agências Reguladoras ao ordenamento jurídico brasileiro, como (a) a abertura ao capital estrangeiro estabelecida no artigo 171 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que permitiu a pesquisa e a lavra de recursos minerais e aproveitamento dos potenciais energéticos sem exigência de controle do capital nacional; (b) a atenuação dos monopólios estatais por meio das Emendas Constitucionais nº 5, 8 e 9 de 1995, que permitiram aos Estados membros o estabelecimento de concessão às empresas privadas para exploração do serviço público de gás canalizado, a permissão de delegação dos serviços de telecomunicações também à entidades privadas, criando-se, ainda que de forma embrionária, uma espécie de órgão regulador e, a permissão de contratação de empresas privadas pela União para exploração de petróleo e, por fim; (c) o Programa Nacional de Desestatização instituído pela Lei 8.031/90 (BRASIL, 1990), substituído pela Lei 9.491/97 (BRASIL, 1997). (OLIVEIRA, 2017b, P. 3028)



Assinale-se que muito embora o constituinte haja determinado expressamente a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, deixou a criação das Agências Reguladoras ao legislador ordinário, ressalvadas apenas a autorização para criação de órgãos reguladores específicos para o setor de telecomunicações e petróleo, que se deram por meio das Emendas Constitucionais nº 8 e 9 de 1.995 (BRASIL, 1995).

Nesses moldes, a partir da década de noventa operou-se a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, por meio da Lei 9.427/96 (BRASIL, 1996); da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, por meio da 9.472/97 (BRASIL, 1997); da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, por meio da Lei 9.478/97 (BRASIL, 1997); da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, por meio da Lei 9.961/00 (BRASIL, 2000), entre inúmeras outras que se sucederam. (OLIVEIRA, 2017b, P. 3045)

Organizadas sob a forma autarquia submetidas a regime jurídico especial, conforme artigo 3º da Lei nº 13.848/2019 (BRASIL, 2019), sua natureza distinta caracteriza-se pela ausência de tutela ou subordinação hierárquica, autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira, bem como pela investidura a termo de seus dirigentes com estabilidade dos mandatos. Essa autonomia reforçada justifica-se pela proteção contra mudanças políticas e consequente risco de captura por eventuais maiorias, evitando-se a politização do setor regulado ao priorizar a tecnicidade da agência e a segurança jurídico-institucional para investidores concessionários e cidadãos.

Porquanto dotadas de acentuada autonomia normativa e funcional, o modelo instituído pelas Agências Reguladoras representou maior segurança jurídica e institucional para o setor econômico recém-privatizado, equilibrando os interesses do Estado e dos agentes econômicos, cujo fundamento reside na necessidade de adaptação à dinâmica econômica capitalista, que exige respostas técnicas e céleres, tendo em vista a impossibilidade de o legislador adentrar em temas de alta especificidade. (VARELLA e DA SILVA JUNIOR, 2023, P. 06)

O modelo instituído pelas agências reguladoras inspira-se, ademais, nas boas práticas de governança ao propiciar constante diálogo institucional entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além do diálogo social, ao permitir a participação popular, garantindo-se eficiência e legitimidade aos atos regulatórios, prescrevendo mecanismos de liderança, estratégia e, frise-se, controle da tomada de decisão



estatal, facilitando-se o monitoramento da execução de políticas públicas e a prestação de serviços de interesse da sociedade. (VILLAC e CADER, 2022, p. 18-23)

Boas práticas de governança conferirão, outrossim, segurança jurídica e previsibilidade regulatória às contratações administrativas, ressalvando-se que deverão ser adotadas não somente pela Administração Pública, a quem incumbirá atuar com transparência e integridade nas contratações, mas por todos os atores sociais presentes no diálogo institucional, asseverando-se que uma gestão pública eficiente será aquela assentada sobre valores constitucionais.

Nesses moldes, por meio do instituto em comento, o Estado materializa o modelo institucional regulador prescrito pelo artigo 174 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), consoante o qual exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, de forma determinante para o setor público e indicativa para o setor privado.

Em desfecho, relevante instituto presente no âmbito das agências reguladoras e que também se vale de boas práticas de governança, a análise de impacto regulatório, será, apenas com fins didáticos, examinado no tópico adiante.

4 ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

Produto do consequencialismo jurídico, concebida para ser um instrumento de eficiência da Administração Pública, a análise de impacto regulatório tem sua implantação no Brasil influenciada pela doutrina norte-americana e pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, que há tempos debatem acerca da sistematização da investigação dos custos e benefícios prováveis da atividade regulatória, abordando-se os possíveis efeitos de uma nova medida ou a sua reforma, utilizando-se de estratégias de *compliance* e processos de monitoramento e avaliação. (CARCHEDI, 2019, P. 04 e 05)

Cumprе rememorar que a escola consequencialista aponta para a necessidade de exame das consequências da decisão estatal e, a análise de impacto regulatório provê ao administrador mecanismos procedimentais para coletar informações idôneas à ponderação entre os custos e benefícios da proposta normativa, viabilizando uma governança mais eficiente e atenta aos interesses do mercado ou concessionário de serviço público e dos cidadãos ou usuários do serviço.



Ademais, ao ponderar as factíveis consequências, tomando-se em consideração apenas as consequências certas ou prováveis, bem como imediatas e futuras, desconsideras aquelas não plausíveis e remotamente futuras, o pragmatismo consequencialista sugerido prestigia o contexto e aproxima a norma da realidade, garantido, dessa forma, mais efetividade ao ordenamento jurídico. (OLIVEIRA, 2021a, P. 03-05)

Nota-se que a abordagem consequencialista, preocupada com o resultado da regulação no plano concreto, dedica-se especialmente ao princípio da eficiência, exposto no artigo 37 da Constituição Federal, cuja efetivação ocorre em três etapas. A primeira corresponde ao planejamento, elaboração de planos de ação e exame das prioridades e do orçamento; a segunda, à execução das medidas para satisfação dos resultados objetivados e, por fim; a terceira sintetiza-se no controle da atividade estatal, atentando-se para que não se restrinja ao mero controle de legalidade formal, mas, prioritariamente, dedique-se ao exame dos resultados objetivos no plano concreto. (OLIVEIRA, 2021a, P. 07)

A análise de impacto regulatório surge para conferir eficiência à atividade regulatória ao identificar antecipadamente os ônus e benefícios das normativas propostas, bem como apurar seus possíveis efeitos comparando-se alternativas verossímeis, justificada a intervenção estatal no domínio privado apenas se as futuras benesses superarem os custos, asseverando-se que será mais eficiente a política regulatória que melhor promover a participação dos interessados e desenvolver o processo decisório com transparência, além de estimular novos negócios e fomentar a inovação. (VARELLA e DA SILVA JUNIOR, 2023, P. 04-08)

Além do princípio da eficiência e da busca pelo melhor resultado, a análise de impacto regulatório utiliza-se também de elementos de governança para ultrapassar déficit de efetividade normativa, consagrando a democracia participativa, bem como reforça a racionalidade do controle social e institucional do ato regulatório.

Por meio da análise de impacto regulatório deixa-se de atentar-se exclusivamente para a intensidade da regulação, mas, primordialmente, para qualidade da medida regulatória, constituindo, outrossim, espécie de procedimento administrativo no qual o administrador obriga-se a expor os motivos de sua decisão de modo transparente e controlável, compondo-se interesses colidentes para obtenção da solução mais adequada dentre as alternativas possíveis, superando-se,



dessa forma, o caráter unilateral da Administração Pública. (OLIVEIRA, 2021a, P. 08 e 15)

A institucionalização inicial da análise de impacto regulatório no direito pátrio dera-se por meio do Programa de Gestão e Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão da Regulação (PRO-REG) no âmbito federal, conforme Decreto nº 6.062/2007 (BRASIL, 2007), o qual, dentre outras finalidades, promoveu a expansão desse instrumento para efetivação da qualidade regulatória.

No âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, por exemplo, as primeiras preocupações com a temática manifestaram-se na Nota Técnica nº 73/2011-SRD-CGA-ASS-SPG-SGE-SPE-SMA/ANEEL e, da preocupação com a qualidade da decisão regulatória, somada às experiências do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), estabeleceu-se o projeto-piloto de aplicação da análise de impacto regulatório na Agência. Ao final do processo, por meio da Portaria nº 2.867/2013, substituiu-se a previa Comissão Técnica de Apoio à Análise de Impacto Regulatório (CTREN) pela Comissão Técnica de Apoio às Boas Práticas Regulatórias. (SANTOS, 2021)

Não obstante a progressiva adoção da análise de impacto regulatório pelas Agências Reguladoras, conforme diretrizes estabelecidas pelo PRO-REG e, posteriormente, pelo CTREN, a sua obrigatoriedade adveio tão somente com a Lei nº 13.848/2019 (BRASIL, 2019), que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das Agências Reguladoras, ao ordenar a sua observância imperativa a todos os órgãos e entidades da Administração Pública. (VARELLA e DA SILVA JUNIOR, 2023, P. 10 a 12)

No caso, determinou-se que a alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços, deverá ser precedida, imperiosamente, pela respetiva análise de impacto regulatório, abordando-se os possíveis efeitos da medida. A técnica foi, inclusive, estendida aos demais órgãos e entidades da Administração Pública Federal por meio da Lei 13.874/2019 (BRASIL, 2019). Contudo, conquanto a imposição da obrigatoriedade, o modelo regulatório brasileiro caracteriza-se pela fragmentariedade, inexistindo uniformidade entre as agências. (VARELLA e DA SILVA JUNIOR, 2023, P. 12)

Em seu artigo 6º, a Lei nº 13.848/2019 (BRASIL, 2019) assenta a competência regulamentar para definição do procedimento, metodologia e operacionalização da



análise de impacto regulatório, o qual deverá dispor expressamente acerca das hipóteses de dispensa, acompanhando-se de nota técnica ou documento equivalente.

De forma a alcançar a racionalidade decisória, repise-se que a análise de impacto regulatório não pode amparar-se exclusivamente sobre critérios econômicos, atentando-se, outrossim, aos objetivos sociais da medida. Ou seja, as consequências da decisão devem ser compatíveis com a Constituição Federal e encontraram-se inseridas nos parâmetros legislativos da própria entidade.

Por fim, para robustecer a decisão regulatória e conferir maior segurança ao procedimento, acredita-se que o risco de judicialização deva ser objeto da análise de impacto regulatório, tendo em vista a possibilidade de revisão judicial da normativa proposta pela Agência ou, de forma mais drástica, a decretação de nulidade e completo afastamento da regulação. (VARELLA e DA SILVA JUNIOR, 2023, P. 03-04)

Nesses termos, impõe-se o questionamento acerca da aptidão - ou inaptidão - da análise de impacto regulatório, não obstante a consideração das possíveis consequências casuísticas, para obstar a cassação ou reforma judicial da medida regulatória.

5 PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E REVISÃO JUDICIAL DA MEDIDA REGULATÓRIA

Dentre os poderes concedidos às agências reguladoras, a competência para editar atos administrativos normativos é o mais controverso.

A primeira controvérsia resume-se na suposta inconstitucionalidade, que, para parte da doutrina clássica violaria os princípios da separação dos poderes e da legalidade, uma vez que a Constituição Federal veda a criação de direitos e obrigações por meio do exercício de competência regulamentar. Para essa corrente, a Constituição Federal conferiu poderes normativos primários ao Executivo tão somente no caso de medidas provisórias e leis delegadas, impondo às agências reguladoras que seus atos normativos se restrinjam à sua organização e funcionamento interno. (OLIVEIRA, 2017b, P. 3096)

Noutra banda, entende-se pela constitucionalidade do poder normativo diferido das agências reguladoras, desde que respeitados os parâmetros legais, uma



vez que não são fruto de delegação inominada nem detêm a natureza de regulamento autônomo, colhendo fundamento na lei instituidora. (OLIVEIRA, 2017, P. 3109)

Cuida-se do fenômeno da deslegalização, o qual, amparado pela doutrina francesa do *domaine de l'ordonnance* ou, delegação com parâmetros - *delegation with standards* - conforme a doutrina americana, assenta que em razão da complexidade técnica de determinadas atividades, somada a impossibilidade de o Legislativo abarcar as especificidades dos mais variados setores da economia com a diligência necessária, retira-se a competência normativa sobre determinadas matérias do domínio da lei, transferindo-a ao domínio regulamentar, desde que autorizado pelo próprio legislador. (CARVALHO FILHO, 2008, P. 48-49)

Ou seja, transfere-se a competência normativa para regulamentação apenas das matérias compostas de alta especificidade técnica, obedecidos os parâmetros dispostos na lei autorizadora, não se tratando, evidentemente, de regulamentos autônomos advindos de delegação ilimitada e integral. Não se olvide, outrossim, que matérias as quais o constituinte destinou à reserva legal, não poderão ser objeto do exercício de competência normativa pelas agências reguladoras, porquanto somente admitem veiculação por meio de lei em sentido formal.

Ainda, com o desígnio de ultrapassar o déficit democrático ínsito ao poder normativo em questão, porém imprescindível ante a alta especificidade técnica dos mais variados setores regulados, prestigia-se a participação dos atores envolvidos para conferir a legitimidade necessária às decisões regulatórias. (BLANCHET e BUBNIAK, 2017, P. 05 e 06)

Ultrapassada a controvérsia inicial e filiando-se à segunda corrente, admitida, por conseguinte, a constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras, cumpre questionar se a adoção da análise de impacto regulatório, ponderados os possíveis efeitos concretos da medida, será apta a afastar a revisão judicial.

A medida regulatória difere do ato administrativo em sentido estrito porque a escolha regulatória não corresponde à mera expressão da vontade do administrador, mas, contudo, trata-se do corolário de uma decisão técnica tomada a partir de ferramentas procedimentais conducentes ao melhor resultado para todos os agentes envolvidos, a dizer, Estado, mercado e sociedade (LEITÃO e DE GOUVEA, 2019, P. 06). Não será, evidentemente, escolha guiada por critérios de conveniência e oportunidade, pois altamente sistematizada pelo regimento da agência, cujo juízo atenta para a solução de falhas em determinado setor econômico.



Ocorre que, acrescentando contornos ainda mais polêmicos à controvérsia, o produto do exercício da competência normativa das agências reguladoras, precedido ou não da análise de impacto regulatório, poderá, porventura, ampliar ou restringir direitos e obrigações afetos aos agentes regulados ou, a depender da complexidade da matéria, a toda a sociedade, transbordando a competência regulatória e adentrando na competência legislativa, restrita, portanto, à reserva legal,

O imbróglio tem sido levado ao Judiciário tanto por meio de processos subjetivos, questionando-se a validade da medida regulatória em si, quanto por meio de ações constitucionais, debatendo-se a constitucionalidade formal do novo regramento da agência reguladora.

A reforma ou anulação judicial de atos administrativos em sentido amplo, aqui abarcada a decisão regulatória, encontra limites na Lei de Introdução às Normas de Direito brasileiro, em especial nas mudanças introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018). No caso, deverá o magistrado examinar as consequências práticas da decisão que reforma ou decreta a nulidade demonstrando a necessidade e a adequação da medida regulatória ou da sua invalidação, inclusive em face das alternativas possíveis.

Determina-se ainda para a decretação judicial de nulidade, a indicação expressa das consequências jurídicas e administrativas, vedada a imposição de excessivo ônus aos agentes atingidos, evitando-se resultados sociais exageradamente danosos.

Contudo, não obstante a diligência do julgador ao ponderar os possíveis efeitos de sua decisão, o direito consiste em um conjunto sistematizado de regras que não admite juízo de causalidade a partir de consequências nem sempre previsíveis, permitindo-se concluir que o expediente apontado pela Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018), tal qual a análise de impacto regulatório, colhe parâmetros na doutrina consequencialista, impondo-lhe o mesmo limite, qual seja, a impossibilidade de aferição prévia de todas as decorrências potenciais do caso concreto.

Diante do nebuloso cenário, premente rememorar que muito embora a regulação exista, inequivocadamente, para corrigir falhas de mercado, também assenta seus fundamentos sobre a tutela de direitos e garantias fundamentais, na medida que quanto maior a autonomia concedida aos agentes econômicos ativos no mercado, mais robustecidos serão os deveres e responsabilidades jurídicas correlatos à atividade regulatória. (PROSSER *apud* NABAIS e MORENO, 2023, P. 472)



Frise-se que a regulação não está a serviço do mercado e, em se tratando de atividade jurídica, em que pese a autonomia do Direito, esse, na realidade, é um bem a ser protegido pelo Estado, dirigido e orientado à persecução de valores e fins jurídico-constitucionais, operando-se sob os estritos moldes da juridicidade negativa ao vedar o exercício de atividade econômica atentatória ao ordenamento. (NABAIS e MORENO, 2023, P. 472)

Tendo em vista a República Federativa do Brasil constituir-se na forma de um Estado Democrático de Direito, não poderá a medida regulatória e, por conseguinte, a prévia análise de impacto regulatório, afastar-se desse mister, devendo colher seus fundamentos dentro do próprio ordenamento, indeferindo-se à regulação amparar-se unicamente sobre critérios consequencialistas e extrajurídicos. Noutras palavras, a regulação será, indubitavelmente, uma atividade jurídica e gozará de legitimidade ao perseguir os fins últimos estabelecidos pela Constituição Federal, não se subordinando a vieses alheios ao ordenamento.

Conclui-se que a análise (consequencialista) de impacto regulatório será apta a obter a reforma ou decretação de nulidade da medida regulatória pelo Judiciário, problemática que poderá ser compreendida, inclusive, dentre as possíveis externalidades negativas da regulação, se, para além da presunção dos efeitos da proposta, eleger aquela que melhor conflua os interesses estatais e do mercado em conjunto com a materialização de direitos e garantias fundamentais.

Logo, ao deparar-se com um pedido de revisão ou afastamento de determinada medida regulatória, de plano, cumprirá ao Judiciário atentar-se para o cerne da regulação, que, a priori, colhe seus fundamentos no próprio ordenamento jurídico e tem por fim a consecução dos objetivos republicanos, cabendo seu afastamento apenas no caso de violação manifesta àquele.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora controverso, o poder normativo das Agências Reguladoras revela-se mandatário diante alta especificidade técnica dos setores regulados e, para robustecê-lo e conferir eficiência às políticas públicas setoriais, inspirando-se nas lições de Richard Posner, a análise de impacto regulatório será importante ferramenta para investigar os custos e benefícios prováveis da reforma ou adoção de nova



proposta, avaliando os impactos sociais decorrentes e as prognoses de cada alternativa.

Para arrefecer as tensões entre o poder normativo em comento e o eventual controle judicial das medidas regulatórias, a análise de impacto regulatório, quando sistematizada pelas normas da agência e amparada sobre os princípios da ordem econômica dispostos no artigo 170 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), prestar-se-á a outorgar legitimidade democrática à proposta, especialmente quando englobar mecanismos de participação social.

A análise de impacto regulatório, mais que um exercício de futurologia, porquanto não se trata de atividade discricionária, mas de processo administrativo de caráter legal e obrigatório com o advento das Leis nº 13.874/2018 (BRASIL, 2018) e 13.848/2019 (BRASIL, 2019), respeitado, por conseguinte, o princípio da legalidade, contribuirá para a segurança jurídica da atividade regulatória e estabilidade do mercado, de modo a, senão obstar, impor parâmetros ao controle judicial.

Logo, pode-se afirmar que a atividade regulatória exercida sob os estritos limites do ordenamento jurídico, que não infrinja, por corolário, os valores constitucionais, não será passível de reforma ou anulação judicial, respeitando-se a autonomia das Agências Reguladoras.

Por fim, a complexidade dos dilemas presentes na atividade regulatória encontrou melhor solução na deslegalização de determinadas matérias, descentralizando-se a tomada de decisão e despolitizando o setor regulado, metodologia que, a despeito de censuras, presta-se ao atendimento das finalidades estatais contemporâneas que demandam tratamento jurídico não subordinado ao Poder Legislativo.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 1009, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 nov. 2022.



BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Diário Oficial da União, 20 set. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm. Acesso em: 12 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de julho 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. Diário Oficial da União, 25 jun. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm. Acesso em: 13 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.655/2018, de 25 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. Diário Oficial da União, 25 abr. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 13 jan. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 6.062/2007.** Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 26 jul. 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato20072010/2007/decreto/D6170impessao.htm. Acesso em: 12 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.** Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Diário Oficial da União, 29 jan. 2000. Disponível em: <https://encurtador.com.br/MghAR>. Acesso em: 13 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Diário Oficial da União, 07 ago. 1997. Disponível em: <https://encurtador.com.br/WKqNh>. Acesso em: 13 jan. 2024.



BRASIL. **Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997.** Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 10 set. 1997. Disponível em: <https://encurtador.com.br/UaV0n>. Acesso em: 13 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.427, 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. Diário Oficial da União, 27 dez. 1966. Disponível em: <https://encurtador.com.br/3t12r>. Acesso em: 13 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990.** Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 abr. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031impressao.htm. Acesso em: 13 jan. 2024.

BLANCHET, Luiz Alberto; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. **Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação.** Pensar-Revista de Ciências Jurídicas, v. 22, n. 3, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

CARVALHO, J. E.; TONIN, M. G. JUSTEN FILHO, M. (org.); SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (org.). **Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes.** 1. Ed. Belo Horizonte: Forum. 2019.

LEAL, Fernando. **Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer.** PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords). Direito e Economia: Diálogos. Rio de Janeiro: FGV Editora, p. 85-113, 2019.

LEITÃO, Rômulo Guilherme; DE GOUVEIA, Alessandro Samartin. **Escolha regulatória, controle judicial e a nova LINDB.** Revista de Direito Administrativo, v. 278, n. 2, p. 97-130, 2019.

NABAIS, José Caldas e MORENO, Natália. **Estado Fiscal e Estado Regulador – Uma relação fundacional do Estado de Direito.** In: ROCHA, Fábio Amorim da Rocha. Temas relevantes no direito de energia elétrica. Tomo X. Editora Synergia, Rio de Janeiro, RJ, 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Análise de impacto regulatório e pragmatismo jurídico: levando as consequências regulatórias a sério.** Revista Quaestio Iuris, v. 14, n. 01, p. 463-480, 2021a.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Novo perfil da regulação estatal. Administração pública de resultados e análise de impacto regulatório. Edição do Kindle. Forense. 2017b.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito, justiça e eficiência: a perspectiva de Richard Posner. **Fundação Getúlio Vargas. Direito GV, São Paulo, 2008.**



SANTOS, Enos Paulo Nascimento. **O poder normativo das agências reguladoras: a implementação da análise de impacto regulatório (AIR) no âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica-ANEEL.** 2021.

SCHANOSKI, Daiana El Omairi; BURGATH, Odilon Rogério; CHAICOSKI, Simone Alexandra Damas. **O consequencialismo jurídico e os reflexos de sua utilização na sociedade brasileira.**

VARELLA, Marcelo Dias; DA SILVA JUNIOR, Francisco Moreira. **A avaliação do risco de judicialização na análise de impacto regulatório da Aneel.** Revista de Direito Administrativo, v. 282, n. 1, p. 261-289, 2023.

VILLAC, T.; CADER, Renato. **Governança e Sustentabilidade.** 1. Ed. Belo Horizonte: Forum. 2022.

