

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB

Faculdade de Direito

SIDNEY AMORIM DOS SANTOS

**AS ANÁLISES DE IMPACTO REGULATÓRIO NA AGÊNCIA
NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC: UMA MEDIDA
DE EFICIÊNCIA JURÍDICO-ECONÔMICA.**

*Regulatory Impact Analysis In The National Civil Aviation Agency – Anac:
A Measure Of Legal-Economic Efficiency.*

Brasília/DF

2024

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**AS ANÁLISES DE IMPACTO REGULATÓRIO NA AGÊNCIA NACIONAL
DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC: UMA MEDIDA DE EFICIÊNCIA
JURÍDICO-ECONÔMICA**

Autor: Sidney Amorim dos Santos

Orientador: Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Mestrado Profissional em Direito Regulação e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília linha de pesquisa regulação e políticas públicas.

Brasília, 8 de maio de 2024.

FOLHA DE APROVAÇÃO

SIDNEY AMORIM DOS SANTOS

**As Análises de impacto regulatório na Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC:
uma medida de eficiência jurídico-econômica**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa regulação e políticas públicas.

Aprovada em: 8 de maio de 2024.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes

(Orientador – Presidente)

Profa. Dra. Inez Lopes Matos Carneiro de Farias

(Membro interno)

Prof. Dr. Gabriel de Mello Galvão

(Membro externo)

Prof. Dr. Henrique Araújo Costa

(Suplente)

Agradecimentos

A Deus e a Seu filho Jesus, autor de tudo o que conhecemos e aprendemos.

Aos meus familiares, pelos meses que sacrificaram com minha ausência.

Ao amigo e Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes, que me orientou com maestria e precisão, mostrando o melhor caminho para chegar até aqui.

FICHA CATALOGRÁFICA

AMORIM, SIDNEY

AS237s DOS SANTOS / SIDNEY AMORIM; orientador OTHON DE AZEVEDO LOPES; co-orientador MARCIO IORIO ARANHA. -- Brasília, 2024. 98 p.

Tese (Mestrado em Direito) -- Universidade de Brasília, 2024.

1. Direito. 2. Economia. 3. Regulação. 4. Eficiência. 5. Análise de impacto regulatório.

I. LOPES, OTHON DE AZEVEDO, orient.

II. ARANHA, MARCIO IORIO, co-orient. III. Título.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

DOS SANTOS, Sidney Amorim. 2024. As análises de impacto regulatório na Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC: uma medida de eficiência jurídico-econômica. Dissertação de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 97p.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 – ABORDAGEM JURÍDICO-ECONÔMICA DA REGULAÇÃO E DA EFICIÊNCIA	14
1.1 A regulação e o panorama da atividade regulatória no Brasil	14
1.1.1 A história da regulação nacional	14
1.1.2 A atividade regulatória nacional	24
1.2 A eficiência e suas dimensões regulatórias	29
1.2.1 A dimensão jurídico-doutrinária da eficiência	30
1.2.2 A dimensão econômico-regulatória da eficiência	33
CAPÍTULO 2 – A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO – AIR	42
2.1 O histórico e a importância da AIR	42
2.2 A AIR e a atual legislação brasileira	49
2.3 A AIR e a eficiência	56
2.4 Três ponderações finais importantes sobre a AIR	60
CAPÍTULO 3 – A EFICIÊNCIA DAS ANÁLISES DE IMPACTO REGULATÓRIO – AIRs NA ANAC	64
3.1 A Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC	65
3.2 As AIRs na ANAC	67
3.3 A pesquisa do nível de eficiência das AIRs na ANAC	69
3.3.1 Os critérios objetivo e subjetivo na análise da eficiência das AIRs	71
3.3.2 As análises da eficiência das AIRs na ANAC	78
3.3.2.1 O critério objetivo da eficiência das AIRs na ANAC	78
3.3.2.2 Os critérios subjetivos da eficiência das AIRs na ANAC	81
3.3.3 O cálculo parcial e total do coeficiente de eficiência das AIRs na ANAC	85
CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	94

RESUMO

A presente dissertação apresentou um histórico e a literatura acerca do fenômeno regulatório e das agências reguladoras, identificou a importância de um de seus instrumentos mais importantes, que é a Análise de Impacto Regulatório – AIR e analisou a eficiência dessas AIRs em uma dessas agências, a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, com o propósito de não só propor uma medida de eficiência que considere essa literatura e a legislação vigente, como também descobrir em qual patamar de eficiência eles atualmente se encontram. Entendeu-se que havia uma necessidade de mensurar a eficiência das AIRs por meio de uma abordagem jurídico-econômica do próprio fenômeno regulatório em geral, que foi feito através de uma parca literatura e recente legislação, e cujo terreno ainda é um tanto árido, partindo do geral para o específico. Assim, de forma pontual e específica, após discorrer sobre a história da regulação nacional e em outros países, e explanar um panorama da atividade regulatória no Brasil, buscou-se escrutinar o instituto/princípio da eficiência não só em seus aspectos gerais já conhecidos, mas também, e a partir daí, explorar dimensões mais profundas que pudessem viabilizar um padrão de medição de natureza regulatória que integrasse Direito e Economia. Essas dimensões, desenvolvidas nesta dissertação, que são as jurídico-doutrinária e econômico-regulatória da eficiência, procuraram dar subsídios ao método aplicado por meio dos aspectos objetivos (quantitativos) e subjetivos (qualitativos) em sua mensuração, a fim de que se transformasse em números, percentuais e coeficientes de eficiência as AIRs pesquisadas na amostragem. Tal instrumento de gestão, que analisa o impacto de medidas regulatórias através de normativos, já utilizado em outros países desde os anos 1950 e no Brasil desde 1990, tornou-se obrigatório por aqui somente em 2019 e tem sido aperfeiçoada dentro de cada agência reguladora através de normativos internos. Essa dissertação se justifica tendo em vista a importância das AIRs dentro do Estado Democrático de Direito e, especificamente, do Direito Regulatório, que procura, dentre os vários desafios que enfrenta, fortalecer a teoria da Análise Econômica do Direito – EAD e estabelecer um comportamento jurídico-econômico que maximize o resultado, ou seja, o produto da eficiência das AIRs na ANAC pesquisadas. Assim, os números, percentuais, indicadores e coeficientes de eficiência as AIRs pesquisadas na amostragem foram exibidos ao final da dissertação por meio de tabelas, cálculos e fórmulas, evidenciando os pontos em que as AIRs demonstraram eficiência regulatória satisfatória e os que revelaram espaços consideráveis para aprimoramentos em seu nível de eficiência regulatória, a ser novamente analisado e conferido em futuras pesquisas e estudos.

PALAVRAS CHAVE: Direito Regulatório, Economia, Eficiência, Análise de Impacto Regulatório (AIR).

ABSTRACT

This dissertation presented a history and literature about the regulatory phenomenon and regulatory agencies, identified the importance of one of its most important instruments, which is the Regulatory Impact Analysis – RIA and analyzed the efficiency of these RIAs in one of these agencies, the National Civil Aviation Agency – ANAC, with the purpose of not only proposing an efficiency measure that considers this literature and current legislation, but also finding out what level of efficiency they currently find themselves at. It was understood that there was a need to measure the efficiency of AIRs through a legal-economic approach to the regulatory phenomenon itself in general, which was done through little literature and recent legislation, and whose terrain is still somewhat barren, starting from the general to the specific. Thus, in a punctual and specific way, after discussing the history of national regulation and in other countries, and explaining an overview of regulatory activity in Brazil, we sought to scrutinize the institute/principle of efficiency not only in its already known general aspects, but also, and from there, explore deeper dimensions that could enable a measurement standard of a regulatory nature that integrates Law and Economics. These dimensions, developed in this dissertation, which are the legal-doctrinal and economic-regulatory dimensions of efficiency, sought to provide support to the method applied through objective (quantitative) and subjective (qualitative) aspects in its measurement, so that it could become a numbers, percentages and efficiency coefficients of the AIRs researched in the sample. This management instrument, which analyzes the impact of regulatory measures through regulations, already used in other countries since the 1950s and in Brazil since 1990, became mandatory here only in 2019 and has been perfected within each regulatory agency through of internal regulations. This dissertation is justified in view of the importance of AIRs within the Democratic Rule of Law and, specifically, Regulatory Law, which seeks, among the various challenges it faces, to strengthen the theory of Economic Analysis of Law – EAD and establish legal behavior-economic that maximizes the result, that is, the product of the efficiency of the AIRs in ANAC researched. Thus, the numbers, percentages, indicators and efficiency coefficients of the AIRs researched in the sample were displayed at the end of the dissertation through tables, calculations and formulas, highlighting the points in which the AIRs demonstrated satisfactory regulatory efficiency and those that revealed considerable room for improvements in its level of regulatory efficiency, to be analyzed again and checked in future research and studies.

KEYWORDS: Regulatory law, Economy, Efficiency, Regulatory Impact Analysis (RIA).

Lista de Figuras

Figura 1	-	Conceitos de eficiência escola de Chicago.	38
Figura 2	-	A Eficiência e a AIR na governança regulatória.	58
Figura 3	-	Número de resoluções na ANAC.	69
Figura 4	-	Pesquisa das AIRs nas resoluções da ANAC.	70
Figura 5	-	Resoluções de 2022 e 2023 na ANAC.	71
Figura 6	-	Objeto das AIRs pesquisadas na ANAC.	71
Figura 7	-	Critério objetivo das AIRs – menção à eficiência.	72
Figura 8	-	Critério objetivo das AIRs – menções à eficiência e contextos.	73
Figura 9	-	Critério subjetivo 1 das AIRs – legislação e doutrina.	75
Figura 10	-	Critério subjetivo 2 das AIRs – economia/regulação.	77
Figura 11	-	Critério subjetivo das AIRs – economia/regulação (contexto das menções).	78
Figura 12	-	Coeficiente de eficiência objetivo das AIRs.	87
Figura 13	-	Coeficiente de eficiência subjetivo 1 das AIRs.	87
Figura 14	-	Coeficiente de eficiência subjetivo 2 das AIRs.	88
Figura 15	-	Coeficiente de eficiência subjetivos 1 e 2 das AIRs.	88
Figura 16	-	Coeficiente de eficiência geral	89

Lista de Siglas e Abreviaturas

ACB	Análise de Custo-benefício
ACE	Análise de Custo-Efetividade
AED	Análise Econômica do Direito
AGEMAN	Agência Municipal da cidade de Manaus
AGERGS	Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul
AIR	Análise de Impacto Regulatório
AM	Amazonas
ANA	Agência Nacional de Águas
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional de Cinema e Audiovisuais
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANM	Agência Nacional de Mineração
ANP	Agência Nacional de Petróleo
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ARR	Avaliação do Resultado Regulatório
CF	Coeficiente Final
CF/1988	Constituição Federal de 1988
CI	Coeficiente Individual
CO2	Dióxido de carbono
COVID-19	<i>Coronavirus disease</i> 2019 (Doença por coronavírus 2019)
CVR	<i>Content Validity Ratio</i> (Taxa de Validade de Conteúdo)
DASP	Departamento Administrativo do Setor Público
DNPM	Departamento Nacional de Produção Mineral

EC	Emenda constitucional
EUA	Estados Unidos da América
FAPAN	Formulário de Análise para Proposição de Ato Normativo
IN	Instrução Normativa
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MARE	Ministério de Administração e Reforma do Estado
NT	Nota Técnica
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
P	Página
PP	Páginas
PRO-REG	Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão da Regulação
RES	Resolução
SEI	Sistema Eletrônico de Informações

INTRODUÇÃO

As Agências Reguladoras são órgão estatais responsáveis pela regulamentação dos setores produtivos do país, pela normatização e emulação da concorrência entre as empresas de todos esses setores, e pela fiscalização das suas atividades em prol de interesses públicos e coletivos, notadamente em relação à qualidade dos produtos e serviços oferecidos aos cidadãos que, em última análise, são os seus clientes e consumidores. Toda essa cadeia de atores – Estado, empresas e sociedade – forma uma vasta e complexa rede mercadológica que precisa funcionar de modo a promover crescimento econômico e desenvolvimento social com qualidade e segurança.

Utilizada desde a década de 50 no exterior, importada pelo Brasil na década de 90 e tornada obrigatória nas agências reguladoras nacionais desde 2019, a Análise de Impacto Regulatório (AIR) é uma espécie de parecer prévio que subsidia a tomada de decisão da autoridade regulatória ao editar atos normativos, os quais impactam nas atividades citadas, diariamente. Sendo um instrumento de verificação hoje imprescindível à segurança normativa, essa dissertação se propôs a medir a eficiência dessas AIRs, quantitativa e qualitativamente, tanto no aspecto jurídico quanto no aspecto econômico.

O primeiro capítulo vai explicar o que é o fenômeno regulatório e sua historiografia, que iniciou-se nos EUA e na Europa ainda na década de 1950, a princípio para estabelecer controles e *accountability* nos órgãos governamentais, mas que foi expandindo-se para as empresas estatais e desembarcando no Brasil na década de 1990, em um ambiente de expansão e abertura para o mercado externo e seus investimentos, reduzindo as atividades econômicas do Estado para exercer a fiscalização dos diversos setores da economia. Assim, o mercado de regulação e suas agências reguladoras emergiam no cenário brasileiro, com todas as suas complexidades, pressão dos regulados e desafios na emulação concorrencial.

E o fenômeno regulatório, que a rigor utiliza-se do Direito e da Economia para desenvolver seu arcabouço e envolve vários atores sociais, assim como qualquer ramo de atividade, necessita de acompanhamento que mensure a sua eficiência neste específico quesito regulatório, vale dizer, não só jurídico mas também econômico. Neste sentido, este primeiro capítulo avança para propor o escopo da eficiência nas dimensões jurídico-doutrinária e econômico-regulatória, uma vez que, enquanto o aspecto jurídico sublinha toda normativa presente no ordenamento pátrio e seus institutos, o aspecto econômico contempla a perspectiva empresarial e dos usuários/cidadãos – os motores de todo desenvolvimento humano e social.

Já o segundo capítulo debruça seus estudos sobre um dos institutos mais importantes do Direito Regulatório, que é a Análise de Impacto Regulatório, considerado nesta dissertação o seu objeto principal de estudo e pesquisa, respectivamente neste segundo e no terceiro capítulo. Aclamado como item de

pontuação em *rankings* de países membros da OCDE¹ e recebimento de notas em classificações de risco que subsidia o mercado global de investimentos pelo Banco Mundial², a AIR possui inicialmente esse aspecto *macro*, ou seja, na redução dos riscos e incertezas que permeiam todo um desenvolvimento sustentável que, ao longo das últimas décadas, transitou pelo Estado Mínimo, passando pelo *Welfare State* e desaguando neste atual Estado Regulador.

Além deste aspecto macro, o aspecto micro é talvez o mais importante nesta dissertação uma vez que a AIR não só possui previsão legal e é um procedimento obrigatório por lei, como também é uma ferramenta de natureza econômica vez que avalia a viabilidade financeira e de custo-benefício de medidas regulatórias, analisa outros fatores como questões sociais e políticas públicas em vigor, e imprime legitimidade às decisões do regulador. Além disso, sua relação com a eficiência é notável porque representa um veículo prático do desdobramento não só do Estado Democrático de Direito como da integração Direito-Economia a fim de medir a eficiência e, com isso, construir uma visão panorâmica da situação e obter resultados mais precisos e reflexivos.

E no terceiro e último capítulo, procura-se inicialmente conhecer o suficiente sobre a ANAC³, sua importância, funcionamento, área de atuação e, notadamente, o trabalho de elaboração das AIRs na criação e atualização de seus atos normativos, que já se encontram, inclusive, implementados desde 2012, ou seja, antes de sua obrigatoriedade, que iniciou-se em 2019. No principal, este capítulo final vem apresentar a pesquisa realizada e os resultados alcançados em termos de eficiência regulatória nas AIRs da ANAC através de uma amostragem temporal das Resoluções publicadas, buscando analisar os anos de 2022 e 2023, tanto em termos quantitativos como qualitativos, como por exemplo as menções à eficiência e seus derivados e o contexto em que foram mencionadas.

Os resultados obtidos no que diz respeito à eficiência regulatória das AIRs na ANAC foram desenvolvidos e apresentados tanto em forma percentual como estatística, reconhecido internacionalmente como método de estabelecer a validade de conteúdos em atributos e critérios, com pesos proporcionais à sua importância, em fórmulas e coeficientes, aferidos nas centenas de páginas analisadas. De forma que se espera ser uma contribuição significativa para o Direito Regulatório e seus vários e vastos estudos sobre as agências reguladoras em sua missão institucional em prol não só do crescimento como também do desenvolvimento econômico e social do país.

¹ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Disponível em <https://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/ria.htm>. Acesso em: 10 jan 2024.

² Disponível em <https://rulemaking.worldbank.org/en/ria-documents>. Acesso em: 10 jan 2024.

³ Agência Nacional de Aviação Civil.

CAPÍTULO 1

UMA ABORDAGEM JURÍDICO-ECONÔMICA DA REGULAÇÃO E DA EFICIÊNCIA

1.1 A regulação e o panorama da atividade regulatória no Brasil

1.1.1 A história da regulação nacional

A cultura das boas práticas fiscalizatórias das atividades as mais diversas, no setor público e privado, de produtos e serviços, passa a pavimentar seu terreno no Brasil a partir da década de 1990, com a criação das chamadas agências reguladoras de setores sensíveis da economia, como telecomunicações, petróleo e gás, transporte, recursos hídricos e medicamentos. A regulação, portanto, sendo um fenômeno tanto jurídico como econômico, pode ser inicialmente conceituado como a administração conjuntural das leis⁴.

O maior desafio dos estudiosos do assunto é desenvolver e estabelecer relações entre essas duas áreas do conhecimento – direito e economia, a fim de matizar o fenômeno regulatório e conceber valores, princípios e conceitos que possam transitar nesses dois campos do saber. Em que pese já existir o ramo do Direito Regulatório e da Economia Regulatória (ou de Regulação) nas cátedras de várias universidades, um intercâmbio entre as duas disciplinas – e áreas do saber – parece ser um terreno profícuo para que o fenômeno regulatório seja mais compreendido.

Na verdade, é importante conscientizar-se de que o Direito possui aspectos econômicos tanto quanto a Economia possui aspectos jurídicos – e no meio dessa simbiose se encontra o fenômeno interdisciplinar da regulação, o qual emerge como necessária atuação do Estado frente aos vultosos interesses econômicos de um sistema capitalista com base em uma dinâmica essencialmente liberal. Na complexa e pluridimensionada sociedade contemporânea, onde as relações são notadamente marcadas pelos critérios econômicos ditados pelo mercado, se faz essencial que o

⁴ ARANHA, Márcio Iorio. Teoria jurídica da regulação: entre a escolha pública e captura. Revista de Direito Público, Edição especial, v. 16, 2019, p.11.

Estado seja o emulador da concorrência em benefício da sociedade como um todo – essencialmente seus cidadãos⁵.

A Regulação é, neste contexto, uma atividade estatal que aproxima o Direito da Economia, com o objetivo de emular o mercado em suas práticas, políticas e inovações, para o desenvolvimento de uma salutar relação com os consumidores em suas necessidades e direitos. Mas a prática regulatória, por ser fenômeno interdisciplinar, ainda é *um campo árido*⁶ para a aplicação de teorias que tendem a unir juristas e economistas, ainda mais se for considerar que elas se utilizam de metodologias acentuadamente diferentes⁷.

Maior expoente nos estudos acerca da regulação estatal das atividades de mercado, o economista americano George Stigler, da chamada Escola de Chicago, tem especial relevância na construção da chamada Teoria Econômica da Regulação, *pela qual a atividade regulatória estatal se evidencia como produto da influência dos atores econômicos mais empoderados do mercado*⁸. Para ele, as decisões estatais sobre regulação são difíceis e complexas, e por isso eivadas de parcialidade, evidenciando disputas por poder, tensões e interseções na relação entre o Estado Regulador e os atores regulados.

Neste sentido, ARANHA (2019), pesquisando vários estudos sobre o que chamou de *mercado da regulação*, mostra que nesta relação entre o ator regulador (o Estado) e os atores regulados (o mercado) há muitos desafios, pressões e complexidades a serem enfrentadas e adequadamente administradas pelo Estado Regulador, principalmente no que se refere à tomada de decisões político-regulatórias:

A influência dos atores regulados sobre o processo regulatório fora anteriormente antecipada por cientistas políticos e historiadores preocupados com a manipulação do Estado e, em particular, das agências reguladoras pela indústria regulada (Wilson, 1913; Huntington, 1952; Bernstein, 1955; Kolko, 1963; Lowi, 1969), ou mesmo por estudos do próprio Stigler da década de 1960, revelando o descompasso entre a regulação e os seus objetivos no controle de preços de utilidades públicas a partir de casos do setor de energia elétrica (Stigler e Friedland, 1962), ou o descasamento entre atuação regulatória no mercado de seguros e métodos de avaliação de seus resultados (Stigler, 1964).

⁵ REZENDE E ASSIS. *O direito em seu aspecto econômico*. Revista Brasileira de Direito Comercial, n. 52 – Abr-Maio/2023, p.12.

⁶ ARANHA, Márcio Iorio. *Ibid*, p.12.

⁷ REZENDE E ASSIS. *Ibid* p.90.

⁸ PAGLIARINI, A.C.; SILVESTRE, J.A.L. *Infraestrutura econômica, Estado e mercado: tensões e interseções segundo a Teoria Econômica da Regulação*. Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance. n. 13. ano 4. p. 165-166. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2020.

[...]

A partir daí, toda uma corrente de estudos preocupou-se com a relação entre as motivações da tomada de decisão político-regulatória e a racionalidade econômica pertinente ao mercado da regulação, com incursões, por exemplo, na competição entre grupos de pressão por influência política (Becker, 1983).

[...]

Ela também se apresenta como uma teoria de escolha pública, pois pressupõe racionalidade na tomada da decisão política (Stigler, 1971, p. 4) e, como hipótese geral, parte da assertiva de que a indústria atuará como um ator racional à procura da obtenção de regulação voltada ao controle de entrada no mercado regulado (Stigler, 1971, p. 5). (ARANHA, pp. 25-27).

O autor e pesquisador afirma que a regulação, para Stigler, seria

um insumo adquirido pela indústria (acquired regulation), moldado e operacionalizado mormente para o benefício da indústria regulada (1971, p. 3), algo justificado pela excepcional existência de regulação onerosa sobre determinado setor industrial e instrumentalizado pelo pressuposto de que os processos políticos seguiriam uma agenda racional (1971, p. 10) pautada pela demanda de partidos políticos por votos e recursos em troca da oferta de regulação (1971, p. 12) e de legislação (1971, p. 16), em frontal oposição a uma visão idealista sobre a regulação pública.

Ao propor uma abordagem de oferta de regulação remunerada por votos e recursos da indústria, Stigler (1971, p. 17) conclui pela ineficácia de medidas que pretendam alterar o comportamento de diretores de agências para que sigam o interesse público em última análise estranho à sua condição de ofertante de regulação em troca de votos e recursos. (ARANHA, p. 26).

As Agências Reguladoras nos EUA já existem e funcionam há mais de 100 anos, e por isso a importância de estudar a experiência e o modelo americana quando se fala de regulação e mercado regulatório. Esses estudiosos vivenciaram essas pressões e complexidades na regulação dos mercados na terra do Tio Sam e perceberam, segundo esse pesquisador, que a solução para esse descolamento político da regulação *seria a de alteração da forma como se dá o apoio político à agência e mediante recompensas aos seus diretores desconectadas dos serviços que prestam à indústria regulada.*

Assim, para ele,

O direito público percorre precisamente esse caminho ao, por exemplo, enunciar mandatos fixos e protegidos aos diretores de agências e ao qualificar uma agência reguladora como autarquia especial, com independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, estabilidade de seus dirigentes, autonomia financeira e corpo técnico de servidores públicos.

A teoria econômica da regulação, portanto, contempla pontos de contato com a teoria jurídica publicista. Enquanto a teoria econômica da regulação procura explicar o comportamento coletivo e a sua racionalidade, esclarecendo que a regulação é meramente um produto de um mercado estruturado pelo processo político (Carrigan e Coglianese, 2015, p. 288), a teoria do direito público parte do pressuposto de constante interferência do interesse privado nos rumos prescritos pelos princípios publicistas e que dito interesse deve ser compensado por métodos de disciplina jurídica especial da Administração Pública encarnados no regime de direito público, em especial por intermédio dos conceitos de processo, função pública e regime jurídico de entidades de direito público. (ARANHA, p. 27).

Desta forma, Direito e Economia se unem para uma abordagem jurídico-econômica da regulação. Uma teoria jurídica da regulação e uma teoria econômica da regulação. Há pontos de conflito, sim, mas pelos estudos realizados pelo autor, *eles são de cunho ideológico, não de cunho científico*. E a conjugação dessas abordagens é o caminho que se percorre para o assentamento do fenômeno regulatório

Ainda que hajam vozes contrárias à regulação, ARANHA (2019) mostra que

Várias são as razões para regulação: controle de monopólios; controle de benefícios auferidos por produtores e proprietários, mas desvinculados de sua eficiência; desconexão entre o aumento de custos e o preço de bens ou serviços; correção de assimetria de informações; competição excessiva; correção de exposição a risco gerado pelo problema agente-principal; falta de incentivos mercadológicos para o planejamento industrial, inclusive fusões, voltadas a dar maior eficiência empresarial; desequilíbrio do poder de barganha entre as partes; escassez; paternalismo estatal, entre outras. (ARANHA, p. 32)

O importante é considerar o fenômeno regulatório sob diversos enfoques, e nesse sentido tanto a teoria jurídica quanto e teoria econômica conjugam esses esforços.

Em artigo que trata da teoria da regulação no direito digital, PEIXOTO (2020) afirma que o mercado tem a propriedade de possibilitar o enriquecimento de uma nação, mas que tal mercado *pressupõe atores e estratégias para além do âmbito econômico*.

Da interação entre as esferas econômica e jurídico-política resultam os modos de regulação. A ilusão de uma economia pura, totalmente independente do âmbito jurídico-político, deve ser abandonada. Existe, então, uma importância determinante às relações Estado/economia (BOYER, 2009: 48). (PEIXOTO, p. 28).

Peixoto também destaca cinco formas institucionais na abordagem da regulação e entende que tal arcabouço garante *a viabilidade de determinado padrão de crescimento (...) em um espaço específico e por um determinado período*, e que quando esse regime ou modo de regulação entra em crise *dá-se início a um período de mudança institucional, que pode originar um novo tipo de capitalismo*. São eles a moeda⁹, a concorrência¹⁰, a relação salarial¹¹, o Estado e a inserção internacional¹².

⁹ “Trata-se da primeira instituição básica de uma economia mercantil. O invento dos bancos centrais reforça o imperativo de um ator não movido pelo lucro mercantil e com função de vigiar o sistema de pagamentos, constantemente ameaçados por crises e anormalidades.”

¹⁰ “Essa instituição envolve o processo de formação dos preços. Se, porventura, a forma de concorrência for delegada aos procedimentos estratégicos das empresas, evidentemente ocorrerá alianças e acordos por oligopólios e até monopólios, lesando os consumidores.”

¹¹ “No mercado de trabalho, os assalariados são contratados mediante uma remuneração sem risco ao empresário, submetendo-se a uma relação de subordinação com inegáveis conflitos de produção por interesses contraditórios”.

Assim, na conjunção dessas formas, o autor cita vários pesquisadores e traça um histórico desde a revolução industrial para demonstrar os momentos pelos quais passou a regulação, o qual foi se amoldando e oferecendo mudanças à vista. Assim, da produção mecânica e artesanal, passando pela eletricidade e linhas de montagem, chegando à década de 1960 com a era digital e do computador e aportando no século XXI com a inteligência artificial, criptomoedas e tecnologias quânticas, o autor pondera que essa quarta e última revolução industrial

(...) caracteriza-se pela velocidade (ritmo exponencial em relação às revoluções industriais anteriores), amplitude e profundidade (mudanças de paradigma sem precedentes na economia, nos negócios, na sociedade e nos indivíduos) e impacto sistêmico (transformações de sistemas inteiros). Entre alguns exemplos de pontos de inflexão: bilhões de pessoas conectadas por celulares, acesso ao conhecimento sem precedentes, inteligência artificial, robótica, internet das coisas, veículos autônomos, nanotecnologia, impressão em 3D, biotecnologia, armazenamento de energia, computação quântica etc. Existe, então, uma nítida mudança de paradigma que exige a reformulação dos *stakeholders* (governos, instituições, empresas, universidades e sociedade civil) e afeta economias, setores e pessoas (SCHWAB, 2016: 11-13). (PEIXOTO, pp. 33-34).

A reflexão do autor sobre a regulação, neste atual presente e num futuro que está ali, no dia seguinte, traz à tona perguntas interessantes sobre aquelas cinco formas de regulação já citadas: *qual será o papel dos bancos centrais na regulação? Como ocorrerá a regulação da concorrência nas dinâmicas das plataformas digitais e aplicativos?* Além, é claro, da preocupante questão dos *empregados tornando-se autônomos* e sem proteção social¹³, *a preocupação estatal com o impacto sistêmico da desigualdade* e o *lento crescimento econômico e mundial [como] consequência do envelhecimento da população* em contraposição à *expectativa de maior produtividade associada à evolução exponencial da tecnologia e inovação*.

A interessante relação entre regulação e era digital explorada no artigo de Peixoto lembra que *o direito e a economia devem se adaptar às inovações tecnológicas*, e que *a nova dinâmica da segunda revolução digital exigirá um Estado cada vez mais ágil na regulação*.

A governança eletrônica promoverá maior transparência, responsabilização e compromisso com os cidadãos. Se antes existiam barreiras de proteção às autoridades públicas, hoje os governados estão mais bem informados e cada vez mais exigentes em suas expectativas.

¹² “Essa instituição envolve a globalização econômica e os seus efeitos nos Estados”.

¹³ “[gerando] um “precariado”, isto é, uma classe social de trabalhadores sem qualquer proteção legal e com grande potencial de exclusão social, agitação e instabilidade política.”

Cada vez mais, os governos serão vistos como centros de serviços públicos, avaliados por suas capacidades de entregar seus serviços de forma mais eficiente e individualizada. A capacidade de adaptação dos governos determinará sua sobrevivência (SCHWAB, 2016: 72-73).

Nesse raciocínio, os regulamentos desempenharão um papel decisivo na adaptação e difusão de novas tecnologias e do conseqüente florescimento econômico. Como poderiam, então, os legisladores e reguladores oferecer apoio aos avanços tecnológicos sem sufocar a inovação, preservando-se os interesses dos consumidores e do público em geral? (SCHWAB, 2016: 73-75). A resposta é simples, exigir do Estado-regulador uma postura resiliente de garantir, ao mesmo tempo, o progresso das inovações e a minimização dos riscos. (PEIXOTO, p. 38)

É claro que a tecnologia já existente e disponível precisa, obviamente, ser utilizada na regulação para minimizar riscos e aumentar a agilidade na prestação de seus serviços, principalmente em uma acirrada economia de mercado como a do Brasil e a da maioria dos países do mundo. A economia de mercado é, de fato, *o sistema econômico que impera no mundo capitalista da atualidade*¹⁴, mas nesse livre mercado há uma série de desequilíbrios que afetam os consumidores em seus direitos e garantias, prejudicando o interesse coletivo – daí a importância da Regulação para administrar as relações entre o mercado e a sociedade/consumidores e corrigir as chamadas de falhas de mercado¹⁵.

Para Aragão (2021)¹⁶:

A regulação da economia é um fenômeno multifacetário, dotado de grande heterogeneidade, não apenas ao longo da história, mas também dentro dos Estados singularmente considerados, que empregam distintas estratégias regulatórias em função das necessidades concretamente verificadas na sociedade e na economia.

[...]

Há, portanto, três poderes inerentes à regulação: aquele de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir as infrações.

A regulação, sob quaisquer destas formas, possui três principais searas: (a) a regulação dos monopólios, quando a competição é restrita ou inviável, evitando que eles lesem a economia popular, controlando os preços e a qualidade dos serviços ou produtos; (b) regulação para a competição, como forma de assegurar a livre concorrência no setor privado e, no caso de atividades econômicas sensíveis ao interesse público, o seu direcionamento na senda deste; e (c) regulação dos serviços públicos, assegurando a sua universalização, qualidade e preço justo.

Bem de se ver, assim, que a regulação, de fato, não é uma atividade simples e nem fácil de se dimensionar, pois possui várias facetas, desempenha vários papéis e,

¹⁴ MARQUES, José Roberto. Conheça quais são os tipos de economia de mercado. Instituto Brasileiro de Coaching, 15 dez. 2020. Disponível em: <https://www.ibccoaching.com.br/portal/conheca-quais-sao-os-tipos-de-economia-demercado/>. Acesso em: 16 jun 2023.

¹⁵ De acordo com a doutrina, as principais falhas de mercado são a concorrência imperfeita, os monopólios naturais, as externalidades, os bens públicos e a assimetria de informações, as quais não serão analisadas nesta dissertação.

¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Conceito jurídico de regulação da economia. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Curitiba: Juruá, ano 2, n. 6, p. 59-74, 2001. p. 62-63. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/750/558>. Acesso em: 11 jun 2023.

quando bem vislumbrada por agentes políticos dotados de espírito público e coletivo, adquire um valor imensurável no sentido de promover uma sociedade mais livre, mais justa e mais solidária, como preceituado na Carta Constitucional. Afinal, o mercado não pode dominar a cena pública, e sim fazer parte dela, de modo a que haja desenvolvimento em todas as suas formas, notadamente o desenvolvimento econômico e social.

Dada a sua importância para os mercados, SIMÕES (2022)¹⁷ alerta para os perigos de um sistema regulatório que pode ser capturado por interesses privados, deixando de servir aos interesses sociais e de emulação da concorrência:

[...] é possível inferir, sobre a ótica da economia, que, quando essas agências, motivadas por pressões políticas ou de interesses privados acabam regulamentando ou intervindo em situações as quais os próprios agentes econômicos teriam ou deveriam ser capazes de resolver de maneira eficiente e dentro de sua liberdade de atuação (interferiu onde não deveria), diz-se que há, no presente caso, uma falha de governo, caracterizada pela chamada *captura da agência reguladora*. (Simões, 2022, p. 194)

Trata-se de uma captura que pode existir sob várias óticas e sentidos, mas principalmente de forma econômica e política pelas grandes empresas e conglomerados que lutam pelo monopólio das atividades em sua esfera de atuação. Esses interesses privados, se não houver uma densa e estratégica política de enfrentamento, pode comprometer a independência e a capacidade regulatória da agência e trazer sérios prejuízos à sociedade como um todo, notadamente em relação à eficiência dos serviços prestados e dos produtos oferecidos.

Embora haja muitos que inclusive são muito céticos em relação ao modelo regulatório e principalmente no modelo regulatório nacional, de que *a melhor alternativa seja simplesmente não criá-las pois a existência de um modelo regulador capturado pode ser muitas vezes pior que nenhuma regulação*¹⁸, fato é que a literatura majoritária entende que as agências devem, ao contrário de serem excluídas, serem constantemente aprimoradas, pois do contrário geraria sérios problemas não só de ordem econômica mas também social.

¹⁷ SIMÕES, Robert Wagner Conceição. *Análise Econômica do Direito e as Falhas de Mercado e Regulação*. Revista Brasileira de Direito Comercial Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Ano VIII – Nº 47, Jun-Jul 2022.

¹⁸ MAUAD, João Luiz. *Captura regulatória*. Instituto Ordem Livre, 12 dez. 2012. Disponível em: <http://ordemlivre.org/posts/captura-regulatoria>. Acesso em: 10 jun 2023.

Concluindo – mas não esgotando o assunto – no que tange ao instituto da regulação, Othon de Azevedo Lopes faz uma importante associação entre a sociedade, o mercado e a construção do papel regulador realizado pelo Estado:

O Estado Regulador tem suas claras raízes na implementação de uma ideia de liberalismo avançado de governo que é uma ‘reformulação da interface do Estado e sociedade na forma de algo como um mercado de segunda ordem de bens e serviços governamentais’. Nessa ordem de ideias (...) a liberdade econômica apresenta-se como fundadora, como reguladora e como limitadora do Estado, apresentando-se o mercado como princípio interno de regulação do Estado.

Há, no entanto, uma dissociação entre economia de mercado e o *laissez-faire*. O mercado não é um dado, mas algo a ser construído pelo Estado como uma estrutura ativa não dirigista, em que se assegure a concorrência e o mecanismo de preço. Sabe-se também que a concorrência é desagregadora e carece de quadro institucional que gere um ambiente de cooperação. Nessa linha, a concorrência precisa ser produzida por uma tecnologia governamental ativa.

A intervenção não é na estrutura dos mecanismos da economia de mercado, mas nas condições de mercado, agindo sobre dados que não são diretamente econômicos, mas que influenciam a economia de mercado. A interferência não deve ser sobre preços, mas em elementos como a população, técnicas, aprendizagem, educação, regime jurídico, etc. (LOPES, 2018, pp. 151-152).

Assim, e como já foi dito, além da regulação não ser uma atividade simples, nem fácil de se dimensionar, e possuir imensurável valor no sentido de promover direitos individuais, coletivos e sociais insculpidos na Constituição Federal, essa atividade estatal consubstancia-se, numa abordagem moderna, na própria dinâmica construtiva do da sociedade e do mercado, onde o papel do Estado é assegurar a sua simbiose neste sentido mesmo, construtivista, e não desagregadora.

No plano jurídico, a Constituição Federal de 1988, depois de alicerçar o Estado Brasileiro no fundamento da livre iniciativa¹⁹ e, num de seus objetivos, garantir o desenvolvimento nacional²⁰, estabeleceu a política de exploração direta de atividade econômica no âmbito da ordem econômica e financeira da República Brasileira, que tem por base ser realizada precipuamente pela iniciativa privada:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

A Carta Política também consagrou o Estado como único agente regulador e as empresas privadas como principais prestadoras dos serviços públicos, mormente denominadas Concessionárias:

¹⁹ Art. 1º, IV.

²⁰ Art. 3º, II.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

(...)

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; 4

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

E o artigo 21, incisos XI e XII, da CF/1988, diz que é competência do Poder Executivo criar e organizar as Agências Reguladoras para fiscalizar concessões e permissões no âmbito dos serviços públicos e de setores privados da economia (energia elétrica, telecomunicações, petróleo e gás, alimentos e medicamentos, saúde, água e transportes, cinema, dentre outros).

Dessa forma, ficou delineado na Constituição Federal não só o regime de regulação do Estado e de atuação da iniciativa privada na prestação dos serviços públicos, como também determinou a edição de leis ordinárias para regulamentar alguns de seus dispositivos nesta área das atividades econômicas.

Assim, no plano infraconstitucional, há leis importantes que guardam relação com o setor de regulação. A Lei n. 8.987/1995 dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição Federal. Já a Lei n. 9.986/2000 traz normas de transição das agências até então criadas e de recursos humanos. Recentemente, duas novas leis entraram em vigor, que tratam da liberdade econômica e do livre mercado (Lei n. 13.874/2019), e a importante Lei n. 13.848/2020, que é considerada a Lei Geral das Agências Reguladoras, uma vez que dispõe sobre a sua gestão, organização, processo decisório e controle social, além de alterar vários dispositivos das leis que criaram as 11 agências nacionais já referidas.

É sob a competência constitucional do Poder Executivo Federal para instituir agências reguladoras que irão surgir as atuais Agências Nacionais de Energia Elétrica (ANEEL), de Telecomunicações (ANATEL), de Petróleo, Gás e Biocombustíveis

(ANP), de Vigilância Sanitária (ANVISA), de Saúde Suplementar (ANS) de Águas (ANA), Transportes Terrestres (ANTT), Aquaviários (ANTAQ) e de Aviação Civil (ANAC), de Cinema (ANCINE) e de Mineração (ANM), todas elas com sua lei própria de criação, direção e funcionamento. São 11 agências reguladoras federais ao total, atualmente.

A ANEEL foi a primeira agência reguladora a ser criada no Brasil, através da Lei n. 9.427/1996, regulando o setor de energia elétrica e o uso de potenciais energéticos, como funções precípua. Sua autonomia ainda era restrita e vinculada ao ministério competente. No ano seguinte a ANATEL veio a ser criada pela Lei n. 9.472/1997, para implementar a política nacional de telecomunicações, celebrar contratos de concessão e normatizar a outorga de serviços públicos à iniciativa privada. Sua autonomia já é mais ampla, vedando a destituição *ad nutum* de seus gestores.

Ainda em 1997 é criada a ANP por meio da Lei n. 9.478/1997, e em 1999 surge a ANVISA através da Lei n. 9.781/1999, regulando grandes áreas da iniciativa privada como combustível, medicamentos, equipamentos e alimentos. Em 2000 é criada a ANS pela Lei n. 9.961/2000 para regular o vasto de setor de planos e empresas de saúde, e no mesmo ano surge a ANA através da Lei n. 9.984/2000, a fim de implementar a política nacional de gerenciamento de recursos hídricos e regular a operação de reservatórios públicos e privados.

Em 2001 duas agências reguladoras emergem na mesma Lei n. 10.2333/2001, na área de transporte terrestres e aquaviários – a ANTT e a ANTAQ, e no ano seguinte surge a ANCINE na Lei n. 10.454/2002, a fim de fomentar a produção cinematográfica regional como atribuição principal. A ANAC é criada pela Lei n. 11.182/2005, para regular a aviação civil e a infraestrutura aeroportuária e fiscalizar outorgas de serviços de aviação (empresas aéreas) e infrações de ordem coletiva e econômica. Por fim, a ANM é instituída através da Lei n. 13.575/2017 para regular toda a exploração mineral, concessão do solo e subsolo e manutenção do meio ambiente sustentável e equilibrado.

É claro que, pelo princípio da simetria constitucional, todos os 26 estados federados e o Distrito Federal, bem como os 5.568 municípios brasileiros²¹ podem igualmente instituir suas agências reguladoras estaduais e municipais nos mesmos moldes e pelo mesmo processo de criação legislativa.

Neste particular, assim, pode-se destacar a AGERGS (Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul), que é uma enorme entidade que regula todo o sistema de saneamento, transporte energia, rodovias e gás canalizado, dentre outros serviços²², e a AGEMAN, agência municipal da cidade de MANAUS/AM que regula todos os serviços públicos delegados da capital, principalmente os relacionados ao saneamento básico, transporte público, iluminação pública e estacionamentos rotativos²³.

Assim, bem se vê que o arcabouço constitucional-normativo acerca da regulação e de sua materialização nas agências reguladoras é bem robusto e permite um cenário promissor na relação delas com a iniciativa privada regulada e a própria sociedade consumerista. E tendo sido dito o suficiente neste trabalho sobre a história da regulação no Brasil, é a vez de se tratar acerca do panorama da atividade regulatória no país.

1.1.2 A atividade regulatória nacional

Quanto ao panorama da atividade regulatória no Brasil, é certo que de sua gênese, na ideia de um modelo gerencial que se inicia ainda na segunda metade da década de 1960 com a primeira reforma gerencial²⁴ e se dissemina na década de 1990 com a criação de um ministério específico para a sua implantação, o MARE²⁵, até os

²¹ Disponível em <https://www.ibge.gov.br/geociencias/organizacao-do-territorio/estrutura-territorial/15761-areas-dos-municipios.html#:~:text=Trata%2Dse%20do%20reprocessamento%20anual,do%20recebimento%20das%20atualiza%C3%A7%C3%B5es%20territoriais>. Acesso em: 11 nov 2023.

²² Disponível em: <https://agergs.rs.gov.br/inicial>. Acesso em: 11 nov 2023.

²³ Disponível em: <https://ageman.manaus.am.gov.br/>. Acesso em: 11 nov 2023.

²⁴ O Decreto-Lei n. 200/67, editado no Governo Militar e ainda em vigor, disciplina em parte a organização da Administração Federal e é considerada um marco no Direito Administrativo Brasileiro.

²⁵ Ministério da Administração e reforma do Estado, capitaneado inicialmente por Bresser Pereira.

dias de hoje, já foram criadas mais de 11 Agências Reguladoras Federais²⁶, afora as estaduais e até mesmo municipais²⁷ espalhadas pelo país.

Não há, neste escopo de estudo e pesquisa, que se aprofundar nas raízes históricas das agências reguladoras, que como bem se sabe, remontam o final do século XIX nos Estados Unidos, na época da evolução da burocracia norte-americana em um período progressista de governo, a fim de combater os monopólios que surgiram com as estradas de ferro e indústrias de todo tipo.

De lá para cá, muitos foram os avanços e aperfeiçoamentos destas agências reguladoras no fortalecimento e amadurecimento da economia estadunidense, até serem consagrados como modelos mundialmente utilizados – e como não poderia deixar de ser, segundo GUERRA (2021) *não há dúvidas de que o modelo de agenciificação nacional está próximo ao sistema de agências reguladoras independentes dos Estados Unidos da América*²⁸.

É claro que as agências reguladoras americanas são bem diferentes em termos de estrutura e independência, das agências reguladoras brasileiras, até mesmo – e para ficar só neste exemplo – no que se refere à sua vinculação ou subordinação a outros poderes da República, como leciona GUERRA (2021):

Diferentemente do sistema norte-americano, que inspirou a criação de entidades regulatórias sem categorizações ou vinculações, o sistema administrativo brasileiro é altamente categorizado. (p. 127).

As agências reguladoras, no Brasil, são Autarquias em regime especial, integrantes da Administração Indireta, incumbidas de dar mais eficiência à Administração Pública através da especialização e por meio de uma independência funcional de seu corpo diretivo. Há outras entidades da Administração Indireta, como bem se sabe, que são as Fundações Públicas, as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista, também criadas pelo Decreto-Lei 200/1967, mas aqui apenas citadas para registro acerca da organização da Administração Pública Brasileira atual.

²⁶ Além das 11 agências reguladoras já referidas, foi criada em 2022 pela Medida Provisória n. 1.124/2022 a Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD), como autarquia de natureza especial.

²⁷ As mais antigas são a Agência Municipal de Regulação de Serviços Públicos de Teresina (Arsete) e a Agência Municipal de Serviços Públicos Delegados de Campo Grande (Agereg), ambas criadas em 2006. As mais recentes são a SP Regula, criada pelo município de São Paulo, ainda em julho de 2020, e a ARM, de Anápolis, criada em março de 2021. Artigo disponível em <https://portal.connectedsmartcities.com.br/2022/04/25/criar-ou-nao-criar-uma-agencia-reguladora-municipal-eis-a-questao/>. Acesso em: 02 jul 2023.

²⁸ GUERRA (2021, p. 41).

Embora o recorte histórico-administrativo, no Brasil, seja a Reforma Gerencial da década de 1990, o qual é viabilizada em grande parte pela mudança de regime político que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e aperfeiçoada pela Emenda Constitucional n. 19/1998 (EC 19/98) – que foi a última Reforma Administrativa – resta evidente que todas as demais reformas ocorridas no século XX pavimentaram o caminho para se chegar até as atuais Agências Reguladoras como se conhece hoje em dia. Caminho que superou as fases patrimonialista e burocrática, muito embora não as tenham eliminado por completo, bem se sabe.

No caso da EC 19/98, VILLATORE, CUSTÓDIO E ADDOR (2018) analisaram que

além de conferir a positivação do princípio da eficiência, reiterando o foco no resultado das reformas, também foi de enfatizar o papel regulador do Estado, por meio de suas agências, constituindo-se como mecanismos de controle dos resultados estatais e integrando a Administração Pública Indireta. (p. 169).

E analisando o cenário da época, evidenciaram que

[...] a onda de privatizações que marcou o Brasil na década de 1990, sobretudo em setores de infraestrutura, estabeleceu diversas entidades reguladoras no País, o que intensificou o debate sobre a melhor forma de conciliar as atividades de regulação setorial e a regulação geral. (Ibid, p. 164).

Segundo Carvalho Filho (2011), elas funcionam como Autarquias de controle, possuindo como função primária controlar “*as entidades que prestam serviços públicos ou atuam na área econômica por força de concessões e permissões de serviços públicos*”. A atribuição de fiscalizar e controlar deverá corresponder de forma legítima a alguns princípios constitucionais-administrativos, como ocorre no caso da eficiência, que deve ser aplicado no combate aos problemas da regulação brasileira.

Ressalte-se que as Agências Reguladoras, por serem Autarquias em regime especial, como já dito, possuem autonomia em vários campos, constituindo-se numa entidade estatal com competências voltadas à fiscalização, aplicação de sanções, ajuste de condutas e fixação de critérios especiais, dentre outros.

O Estado Regulador é pautado no objetivo de garantir o equilíbrio e a estabilidade nas relações entre mercado regulado, usuários e Governo, para alcançar este desiderato, as Agências Reguladoras devem atuar de forma imparcial, conquistando a credibilidade das partes envolvidas (MELO, 2010, p. 33).

O Direito Regulatório, para LOPES (2018, p. 60) surge como “um fenômeno normativo”, capaz de enquadrar ou até mesmo “corrigir” deficiências, com fim em alcançar os interesses públicos. E tais deficiências do sistema regulatório, por certo, se referem aos problemas regulatórios como definidos na literatura especializada, e como já mencionado na introdução deste trabalho.

Neste sentido, MACIEIRA (2006) discorre sobre o que ele afirma serem os três principais problemas da regulação brasileira, os quais surgem a partir do descompasso entre o órgão regulador e seus regulados. São eles a assimetria de informações, a captura do regulador e o monitoramento imperfeito.

Enquanto a assimetria de informações é um fenômeno concorrencial em que o regulado se apropria de mais fatos e dados do que o próprio regulador possui, para auferir vantagens muitas vezes indevidas, a captura do regulador, como o próprio nome diz, além de ser uma das consequências do primeiro problema, é o seu resultado, ou seja, onde o regulador acaba se comportando pelos interesses privados e políticos dos regulados. Já o monitoramento imperfeito possui relação com os sistemas de controle das atividades dos regulados, os quais estão sempre se aprimorando sem o acompanhamento devido das agências.

Os problemas da regulação brasileira, em geral, situam-se num cenário em que ainda perdura a dicotomia, a polarização, a dualidade, e a ideia de que o Estado, ao fazer as necessárias intervenções regulatórias nos setores sensíveis da economia, notadamente no âmbito dos serviços públicos, a fim de fazer valer os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, atrapalha o mercado e suas iniciativas, empreendimentos e investimentos – o que é uma ideia que precisa ser superada.

E nessa quadra de situações, ideias e circunstâncias, os problemas da regulação nacional tendem a se avolumarem. Afinal de contas, os mercados vão sempre buscar seu lugar ao sol dentro de uma sociedade de consumo, na busca por clientes, lucros e entrega de seus produtos e serviços, garantindo assim a sua sobrevivência. E qualquer dificuldade que enfrentem – e o Estado, atualmente burocrático e fisiológico, infelizmente, ainda é um deles, – a iniciativa privada vai buscar meios para superá-los, e nesses cenários emergem problemas – daí a assimetria de informações, a captura do regulador e a imperfeição dos monitoramentos.

SIMÕES (2022) alerta que

embora possa ser vista com bons olhos, **a intervenção estatal** nos agentes econômicos como forma de regulamentar, acompanhar, fiscalizar e corrigir eventuais falhas geradas pelos mercados com intuito de melhor garantir o interesse econômico nacional, sem deixar de lado as questões relevantes de interesse social, muitas vezes, por interesses privados ocultos, **se for mal sucedida, poderá, além de não resolver os conflitos existentes, gerar outras imperfeições** e agravar ainda mais a situação, **gerando**, portanto, uma situação de **ineficiência**. (Grifos do mestrando).

Assim, este Estado Regulador – que já existe no Brasil desde a década de 1990 – parece ainda não ter conseguido jogar, vale dizer, trabalhar com os mercados, em prol de uma sociedade mais próspera e solidária. E o pior dos jogos é o chamado jogo de soma zero, onde um ganha e o outro perde. Já o jogo ideal é o jogo de ganhadores, ou seja, aquele jogo em que todos ganham. E nos problemas da regulação é preciso que se jogue o jogo em que todos ganham, significando dizer que é preciso superar a ideia de que o Estado é o vilão e o mercado busca desviar-se das amarras da regulação.

Dito de outra forma, não há Estado melhor que o mercado, e tampouco o inverso dessa ideia, e a necessidade parece girar em torno da ideia de que cada ator faça o seu papel para que a sociedade produza riqueza, consagrando o princípio da eficiência regulatória. É o Estado Regulador possui esse inovador papel de emular e estimular esse processo no jogo dos mercados, reduzindo assim os principais problemas da Regulação já referidos.

Aliás, além da falsa ideia de que o Estado é assimetricamente superior ao mercado no sentido de abusar de seu poder estatal e ser um empecilho ao seu desenvolvimento, há situações em que o mercado é mais essencial na sociedade do que o próprio Estado. Contudo, esse conceito ainda escandaliza a prática regulatória, tendo em vista que ainda vigora o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Dito isso acerca do fenômeno regulatório e do panorama da atividade regulatória no Brasil – o que, por evidente, não esgota esse vasto assunto – impende observar que há problemas neste setor e que parte da proposta deste estudo pretende trazer uma visão que pode jogar luz no caminho das possíveis soluções que aparecem vez por outra. Essa visão situa-se na premissa da eficiência em suas dimensões regulatórias, que são a

dimensão jurídico-doutrinária e a dimensão econômico-regulatória, os quais serão tratados, em seus pormenores, no próximo tópico.

1.2 A eficiência e suas dimensões regulatórias

Tendo em vista que as agências reguladoras possuem como atribuição principal controlar, fiscalizar e emular os setores do mercado em suas várias ramificações de atuação, e considerando que os mercados – os setores regulados – possuem como atribuição principal auferir lucros através das vendas de seus produtos e serviços aos consumidores/cidadãos, é preciso compreender como funciona a questão da eficiência nessa relação entre o Direito e a Economia.

A compreensão dessas associações que existem – e muito – entre Direito e Economia é estudada e pesquisada pela chamada Análise Econômica do Direito), uma teoria econômica que busca utilizar, segundo BERTRAN (2019) as *ferramentas da economia para investigar as normas, as decisões jurídicas e os arranjos criados pelo Direito*²⁹. Para GICO JUNIOR (2014), a AED é

(...) a aplicação do instrumental analítico e empírico das ciências econômicas, utilizando principalmente a microeconomia e a economia do bem-estar social para tentar compreender, explicar e prever as consequências fáticas do ordenamento jurídico, não deixando de fora a racionalidade jurídica.

Assim, e antes de se adentrar de maneira específica nas dimensões da eficiência a que se propõe esse capítulo inicial no âmbito do fenômeno regulatório, é importante essa breve introdução acerca da AED, uma vez que essa teoria busca conscientizar a importância de um comportamento jurídico-econômico que maximize o resultado, que é o produto da eficiência em ambos os saberes.

No magistério de MIMARY (2021)

A Análise Econômica do Direito tem a função de interpretação, de buscar a compreensão do mundo jurídico utilizando pressupostos e valores pertencentes ao universo econômico, que podem ser utilizados tanto na criação das normas jurídicas, como também na sua concretização, segundo critérios de maximização de eficiência econômica.

²⁹ P. 187.

No escopo deste trabalho, e considerando a AED, a eficiência assume duas dimensões relevantes. É a eficiência como princípio jurídico e doutrinário, isto é, dentro do arcabouço normativo brasileiro e dos juristas especializados acerca de sua significação, e a eficiência como medida de valor mercadológico, vale dizer, um importante item de maximização de algum bem. A ideia é, portanto, estabelecer um conceito de eficiência regulatória a partir de duas de suas dimensões, que são a eficiência jurídico-doutrinária e a eficiência econômico-regulatória. Vai-se a elas.

1.2.1 A dimensão jurídico-doutrinária da eficiência

A Constituição Federal consagrou o princípio da eficiência em seu art. 37, *caput*³⁰, o qual foi incluído pela Emenda Constitucional n. 19/1998³¹ no contexto de uma ideia neoliberal (doutrina do Estado Mínimo). Muito embora não tenha conceituado o termo, a ideia relaciona-se, como assevera NOHARA (2023) com um conceito de Administração Pública se aproxime, em termos de eficiência, o mais próximo possível da iniciativa privada – a chamada Administração Gerencial. Contudo, para ela,

Ocorre que a eficiência presente na administração privada não pode ser transplantada simplesmente para a administração pública, pois enquanto aquela objetiva lucro e, para tanto, as empresas devem se esmerar na permanente tarefa de adequação às exigências cambiantes do mercado, esta se preocupa, no mais das vezes, com a consecução dos interesses públicos e também com a permanente prestação de serviços públicos.

Já na legislação infraconstitucional, esse atributo administrativo já se encontrava, em 1967, na chamada Lei Orgânica da Administração Pública³² em relação à Administração Indireta, e, na década de 1990 ele é elencado como princípio expresso na Lei do Processo Administrativo Federal³³. Também na década de 1990 é editada a Lei das Concessões e Permissões e o termo *eficiência* já se relaciona com a prestação de serviços públicos³⁴. A última aparição da eficiência em legislações federais ocorreu recentemente, em 2021, com a Lei do Governo Digital, elencando-o como atributo a ser

³⁰ A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

³¹ No projeto da emenda, ele foi inicialmente denominado de princípio da 'qualidade do serviço prestado'.

³² Decreto-Lei n. 200/1967, art. 26 - No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: (...) III – A eficiência administrativa.

³³ Art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da (...) eficiência.

³⁴ Lei n. 8.987/1995, art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado (...). § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de (...), eficiência (...).

perseguido e ampliado³⁵, e com a nova Lei de Licitações como princípio expresso a ser observado para as compras e contratações públicas³⁶.

O princípio da eficiência, neste modelo jurídico-doutrinário, remete à ideia da qualidade, da economicidade e da rapidez no desempenho e na realização de atividades públicas, possuindo outros aspectos dentro do próprio princípio, segundo RODRIGUES (2012) como produtividade, presteza, desburocratização e flexibilização também³⁷. Visa o bem-estar da população, o qual pode – e deve – exigir a efetividade não só de serviços públicos essenciais (saúde, educação e segurança) como de serviços próprios das atividades regulatórias, a exemplo das telecomunicações, transportes, água e energia.

Erigido constitucionalmente como princípio, a eficiência emerge sob dois prismas, que são o do agente público e o da Administração Pública. Assim, do agente público se exige o melhor desempenho possível, e da Administração Pública uma prestação de serviços o mais racional possível, em todas as suas atividades.

Aliás, a tríade da boa administração encontra-se na Eficiência-Eficácia-Efetividade, de largo conhecimento na Ciência da Administração³⁸. Em outras palavras, é a ideia da administração pública como direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão eficiente (ISMAIL FILHO, 2018).

Por se tratar de um princípio jurídico, não pode ser invocado para resolver conflitos, pois não é dotado de um conteúdo casuístico ao sabor das circunstâncias e necessidades. Assim, segundo JUSTEN FILHO (2018),

É necessário examinar a situação do mundo real, considerar todos os princípios aplicáveis e tomar em vista as regras constitucionais e infraconstitucionais. A decisão só será válida quando refletir esse processo de ponderação abrangente de todas as circunstâncias. (p. 110).

³⁵ Lei n. 14.129/2021, art. 1º - Esta Lei dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o aumento da eficiência da administração pública, especialmente por meio da desburocratização, da inovação, da transformação digital e da participação do cidadão.

³⁶ Lei n. 14.133/2021, art. 5º - Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, (...).

³⁷ Pp. 91-99.

³⁸ Segundo a clássica Ciência da Administração, enquanto **a eficiência** denota a boa realização de uma tarefa, utilizando-se dos recursos disponíveis da melhor forma possível, e relaciona-se ao modo, ou ao meio, de se realizar as atividades, em uma relação direta de custo/benefício: fazer o mais com menos (CF/88, arts. 74, II, e 144, §7º), **a eficácia** infere a realização de uma atividade ou tarefa da forma correta, atingindo resultados e metas, relacionando-se, assim, ao cumprimento dos objetivos. Ser eficaz é cumprir a meta, a cota, os prazos, atingir os objetivos (CF/88, arts. 74, II). Já **a efetividade** é o impacto das ações, programas e projetos realizados, a verificação das mudanças ou avanços obtidos na realidade das pessoas e dos processos. É, em última análise, os resultados práticos do que se fez ou do que se pretendia fazer (CF/88, arts. 41 (estágio probatório), 145, §1º (Tributos), e 225, §1º (Meio-ambiente)).

Para ele, a eficiência sob essa dimensão jurídica possui também uma importante ligação com a economia:

Um dos temas mais controversos no âmbito da Economia é a eficiência. Em termos simplistas, a eficiência pode ser considerada como a utilização mais produtiva de recursos econômicos destinada à satisfação das necessidades coletivas. É necessário obter o máximo de resultados com a menor quantidade possível de desembolsos.

Assim o impõe a concepção republicana de organização do poder político, que estabelece que todas as competências estatais têm de ser exercitadas do modo mais satisfatório possível. Portanto, o próprio princípio da República já impõe o dever de utilização eficiente dos recursos públicos. (p. 108).

Para uma parte da doutrina, além de ser considerado um direito fundamental³⁹, a eficiência administrativa é sinônimo de uma boa administração – expressão importada inclusive do Direito Italiano, como leciona BANDEIRA DE MELLO (2023):

O fato é que o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da “boa administração”. Este último significa, (...) desenvolver a atividade administrativa do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto. (P. 106).

Se a boa administração talvez seja um termo deveras genérico, DI PETRO (2023) lembra da materialidade deste princípio, até mesmo em relação às agências reguladoras, ao exemplificar que

É com esse objetivo que estão sendo idealizados institutos, como os contratos de gestão, as agências autônomas, as organizações sociais e tantas outras inovações com que se depara o administrador a todo momento. (P. 96).

E como não poderia deixar de ser, boa parte dos chamados publicistas criticam a guindagem da eficiência a princípio constitucional uma vez que inexiste precisão no termo, não se podendo definir quando que uma atividade administrativa foi eficiente ou não. A esperança, para muitos, era a sua regulamentação, como inclusive consta no §3º⁴⁰ do art. 37 da CF/88, o que até agora, mais de 35 anos depois, sequer existe projeto de lei. CARVALHO FILHO (2022) contextualiza essa importante questão:

(...) de nada adianta tal princípio, se não houver uma disciplina precisa e definida sobre os meios de assegurar os direitos dos usuários, a qual, diga-se por oportuno, já há muito deveria ter sido instituída, se tivesse sido regulamentado o art. 37, §3º, da Constituição Federal, que, mesmo antes da

³⁹ FREITAS, 2009, p. 42.

⁴⁰ A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços.

alteração introduzida pela mencionada emenda constitucional, previa expressamente a edição de lei para regular as reclamações relativas à prestação de serviços públicos. Fora daí, o princípio, tanto quanto tem sido esse último mandamento, tornar-se-á letra morta. (p. 26)

De toda sorte, não resta dúvida de que a dimensão jurídico-doutrinária da eficiência é um importante arcabouço normativo com vistas a embasar o fenômeno regulatório, mas não é tudo. É preciso uma outra lente, que vai fazer interseções importantes neste entendimento de que a emulação dos mercados regulados não passa só pela normatização, mas também pelo olhar econômico que toda a atividade regulatória exige, pois se trata de recursos nacionais e investimentos estrangeiros para todo o complexo conjunto de Estado, mercados e cidadãos, todos eles dotados de direitos, sim, mas também de deveres.

É o que se verá no próximo subtópico.

1.2.2 A dimensão econômico-regulatória da eficiência

A eficiência da Administração Pública foi motivo de várias reformas administrativas desde tempos idos, ainda na década de 1930⁴¹, passando pela crítica à burocracia centralizadora na qual desaguou na Reforma Desenvolvimentista de 1960⁴² que trouxe a figura de um Estado mais descentralizador e profissionalizante para poder fazer frente às inúmeras demandas operacionais (VILLATORE, CUSTÓDIO E ADDOR, 2018). Contudo, essa eficiência era vista mais sob o aspecto da administração e das leis do que econômica ou financeira.

Com a Constituição Federal de 1988 e a posterior onda de privatizações ocorrida na década de 1990, surgem as agências reguladoras para controlar e fiscalizar as empresas públicas recém privatizadas, principalmente nas áreas de telecomunicações e energia, que posteriormente estendeu-se para água, saneamento e transportes. Nesse momento o fenômeno regulatório intensifica-se e cobra do Direito e da Administração Pública um viés mais econômico para a modernizar a sua gestão – daí a dimensão econômico-regulatória da eficiência.

⁴¹ O Departamento Administrativo do Setor Público – DASP foi criado pelo Decreto-Lei n. 579/1938.

⁴² Ocorreu com a edição do Decreto-Lei n. 200/1967, considerada A Lei Orgânica da Administração Pública e ainda vigente.

Para ARANHA (2018) foi somente com o fenômeno regulatório e o surgimento das primeiras Agências Reguladoras no Brasil que surgiram os primeiros manuais de Direito Administrativo-Econômico, significando uma mudança de perspectiva, que fez essa área incorporar, também, o aspecto econômico.

Segundo LOPES (2018) a eficiência no âmbito do fenômeno Regulatório é um critério de legitimidade da própria atividade regulatória e tem relação direta com a entrega de resultados, vale dizer, de produtos e serviços à população diretamente interessada ou relacionada à área de atividade. Neste sentido, a eficiência regulatória faz aumentar a riqueza social, maximizar o bem-estar da coletividade/consumidor, e desafia a atual ideia de dicotomia e antagonismo entre o órgão regulador e a empresa regulada.

De fato, tanto a autoridade regulatória quanto a empresa regulada desejam a eficiência, e por isso precisam caminhar juntos na construção de uma coexistência pacífica, inteligente e próspera entre Estado, sociedade e mercado, tendo o Estado Regulatório o papel de emular e induzir um ambiente concorrencial de uma forma artificialmente produzida, e a empresa regulada o papel público de oferecer produtos e serviços que atendam o consumidor/cidadão a contento.

Muitos pensam que a atividade regulatória é uma forma de mitigação do exercício da livre iniciativa ao condicionar e limitar atividades produtivas, da livre iniciativa empresarial nos seus diversos setores do mercado. Contudo, as funções das Agências Reguladoras – como um dos papéis do Estado Regulador – a fim de que se promova desenvolvimento social e crescimento econômico, são, ao mesmo tempo, proporcionar produtos e serviços de qualidade aos consumidores, e garantir o retorno de capital das empresas reguladas.

Sendo assim, entende-se que dessas duas funções dependem toda a atividade regulatória, e o princípio da eficiência vai legitimar tais atividades, entregando resultados, ou seja, entregando produtos e serviços nos termos previstos na Constituição Federal e em toda legislação e normatização infraconstitucional, de forma adequada e de modo a proporcionar, na outra via, paralelamente, que todo empreendimento privado tenha seu retorno também garantido.

Ainda nesta dimensão, ou seja, de que o aspecto econômico é crucial para compreender a *eficiência regulatória* – consubstanciada na legitimidade de sua atuação

por meio da entrega de resultados – é importante sublinhar que a economia possui uma característica muito porosa, porque permeia todo o Estado, a sociedade e os próprios mercados. É por isso que ela precisa ser administrada pelo Estado de forma a contemplar tanto o interesse público quanto a perspectiva empresarial, que, em última análise, é o motor de todo desenvolvimento humano e social.

A dimensão econômico-regulatória do princípio da eficiência também se faz notar quando ganha força num cenário relacionado com a redefinição do papel do Estado, na América Latina, a partir do século XX, notadamente no Brasil. A ideia de um Estado mais eficiente promove um programa de desestatização que vai impulsionar a atividade privada, e a alocação destas receitas públicas vão ser redirecionadas para investimentos em áreas que não possuem interesse privado, mas sim de promoção de outros direitos fundamentais da população.

Desta forma, bem se vê que o fundamento da regulação se ampara na eficiência, entendida, num prisma econômico, pela maximização de riquezas. Assim, na junção do Direito com a Economia foi desenvolvida a teoria da Análise Econômica do Direito (AED) (já tratada no início deste subtópico) cujo conceito de eficiência se desloca, obviamente, para um viés econômico – a *eficiência econômica* dentro de uma *eficiência regulatória*.

POSNER (2010) igualmente atribuiu a eficiência à maximização da riqueza, uma vez que, para ele, a riqueza é a soma dos valores econômicos de todas as coisas, sejam elas materiais ou imateriais:

O valor econômico de algo consiste no quanto alguém está disposto a pagar por isso ou, se já o possui, na quantidade de dinheiro que pede para se livrar dele.

(...)

Riqueza é o valor em dólares ou moeda equivalente (...) de tudo na sociedade. É medido pelo quanto as pessoas estão dispostas a pagar por algo ou, se já o possuem, pelo que exigiriam em dinheiro para se desfazerem dele. A única preferência que conta num sistema de maximização da riqueza é, portanto, aquela que está apoiada em dinheiro, ou seja, aquela que está registrada no mercado. (pp. 29-30).

O jurista, idealizador do que mais tarde seria conhecido pela *teoria econômica da regulação*, também foi citado por DIAS (2008) quando abordou a relação entre a eficiência e a maximização de riquezas:

Bastante clara a explicação de Dworkin sobre a maximização proposta por Posner: “**A maximização da riqueza, tal como definida, é alcançada quando bens e outros recursos estão nas mãos dos que a valorizam mais**, e alguém

valoriza mais um bem se puder e estiver disposto a pagar mais em dinheiro (ou no equivalente em dinheiro) para possuí-lo”.

A partir da concepção da maximização da riqueza, **a Administração Pública será eficiente se, com sua atuação, permitir que os bens e outros valores permaneçam ou sejam distribuídos às pessoas que mais os valorizam.**

Posner defende a aplicação desta concepção de eficiência para todas as áreas de atuação da Administração Pública e do Estado, incluindo Executivo, Legislativo e Judiciário.

Para Posner, tudo deve ser reduzido ao seu equivalente em dinheiro, partindo dos valores que cada pessoa atribui ao bem, recurso ou situação, e **a soma de tudo, a partir dos valores atribuídos por seus titulares, resulta na riqueza social que deve ser maximizada pela atuação da Administração Pública,** através da manutenção ou da redistribuição destes bens e recursos para as pessoas que mais os valorizam. (p. 81). (Grifos do mestrando).

Tanto a leitura do artigo quanto a percepção do autor da obra confirmam a necessidade de contemporizar a sua teoria de maximização de riqueza/eficiência, uma vez que ele também defende, sob o ponto de vista econômico, a inexistência de programas sociais ou de distribuição de renda à população vulnerável – exceto por motivos éticos – por, segundo dados que apresentou⁴³, reduzir a riqueza social – o que é próprio das políticas liberais. Aliás, é de um Estado Liberal a visão de que o Estado deve ser mínimo, e a proposta deste trabalho é mostrar a importância e a necessidade de um Estado Regulador sem ignorar a realidade social e outras peculiaridades do país.

Essa tendência preocupante, de dar uma amplitude à eficiência econômica que desconsidere realidades sociais e peculiaridades próprias no Brasil, foi expresso também por DIAS (2008), pois *o mais grave é que este lucro exigido é o meramente econômico, não existindo maior preocupação com os eventuais lucros ou prejuízos sociais advindos das atividades estatais*⁴⁴, que muitos economistas sociais chamam de políticas compensatórias⁴⁵.

Ele também ponderou que

Esta nova concepção do princípio da eficiência equipara os países a grandes empresas, passando a exigir-lhes viabilidade econômica, a qual seria apurada através da cotação de seus títulos da dívida pública, ou mesmo pelo índice de risco de neles investir.

Assim, tal qual as empresas de capital aberto, que tem sua viabilidade econômica avaliada a partir da cotação de suas ações nas diversas bolsas de valores mundiais, **também os países passaram a se submeter ao mercado mundial,** que passou a exigir o desenvolvimento de sua capacidade em gerar lucros econômicos, o que, em tese, provocaria a riqueza de a sociedade.

(...)

A governabilidade de um país passou a ser associada à sua eficiência econômica, **libertando-se de mandamentos anteriormente apregoados pelo**

⁴³ Para cada dólar transferido, vinte e três cents se perdem pelos custos de transferência.

⁴⁴ DIAS, 2008, p. 82.

⁴⁵ MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

Estado do Bem-Estar Social, na qual caberia ao poder estatal suprir as necessidades de seus cidadãos. (p. 82). (Grifos do mestrando).

Na verdade, trata-se da doutrina liberal americana em ver, na regulação pública, uma mera e desnecessária intervenção do Estado na atividade econômica, em que pese toda essa tecnologia ter sido, de forma pioneira, desenvolvida nos Estados Unidos – o berço da atividade regulatória desde a segunda metade do século XIX. Contudo, há que se temperar as propostas e as ideias até aqui apresentadas com a realidade e as peculiaridades históricas, políticas, culturais, sociais e econômicas do Brasil, a fim de se fazerem as adaptações e os ajustes que se amoldam ao que se é possível realizar.

Na chamada Economia Clássica, o conceito de *eficiência econômica* foi estabelecido em dois parâmetros principais, que são A Eficiência de Pareto e a Eficiência de Kaldor-Hicks. BERTRAN (2019) ilustrou um resumido quadro comparativo⁴⁶:

Dois Conceitos de Eficiência	
Eficiência de Pareto	Eficiência de Kaldor-Hicks ou “maximização de riqueza”
Considera-se que houve eficiência se:	
Um indivíduo ficou em melhor situação e nenhum indivíduo ficou em pior situação.	Um indivíduo ganhou mais do que a perda dos outros. Há eficiência se a sociedade como um todo ganhou, ainda que alguns indivíduos tenham perdido.

Os conceitos clássicos apresentados na tabela trazem parâmetros para avaliar níveis e graus de eficiência a depender das diversas situações em que se precisa mensurá-las. Para a Escola de Chicago⁴⁷, mesmo, *como regra, quando [esses] autores (...) falam em eficiência, eles estão falando da eficiência Kaldor-Hicks*⁴⁸.

⁴⁶ BERTRAN, 2019, p. 198.

⁴⁷ A Escola de Chicago tornou-se célebre pelas publicações de artigos e obras de um notável grupo de professores, a partir da década de 1920, os quais defendiam o livre mercado, a redução da intervenção estatal na economia e das políticas de redistribuição de renda, a extinção natural dos monopólios, dentre outras ideias neoliberais.

⁴⁸ BERTRAN (2019), p. 198.

MIMARY (2021) também menciona os conceitos clássicos de eficiência econômica e sua importância na atualidade:

A proposição de Vilfredo Pareto (...) dispõe que se considera **uma mudança socioeconômica eficiente** quando alguém fica melhor do que sua posição anterior em relação a alguma atribuição de bens, sem que ocorra a piora na situação de ninguém, ou seja, **quando a nova conjuntura fosse superior a anterior, sem** que houvessem **perdas aos indivíduos envolvidos**. (p. 118). (Grifos do mestrando).

E esclarece também a pesquisadora que quando externalidades, nessa mesma conjuntura, afetam terceiros, não sendo mais possível alcançar um resultado eficiente em Pareto – como por exemplo o impacto de um derramamento de dejetos poluentes num rio – e se exigir alguma negociação mais complexa ou com altos custos:

Neste contexto, a pesquisa conhecida por “Princípio da Compensação de Kaldor e Hicks”, (...) defende a ideia de que **se os favorecidos por novas situações compensarem os prejuízos causados com a mudança**, haveria um fundamento para o interesse da sociedade na mudança.

(...)

Dessa forma, a Análise Econômica do Direito **é ampliada para um grande número de situações** onde os custos de transação ou as externalidades inviabilizem o atingimento de resultados Pareto eficientes, no entanto, estando valorizada a importância dos ganhos da sociedade como um todo. (p. 119). (Grifos do mestrando).

Bem se vê que não se trata de visões antagônicas, mas complementares, uma vez que onde a Eficiência de Pareto consegue resultados satisfatórios, a de Kaldor-Hicks é desnecessária, pois esta é utilizada em questões mais complexas, *tais como as originadas pelas questões ambientais*⁴⁹, e por isso mesmo amplamente aceita pela AED. Uma análise desse porte aplica-se igualmente às normas jurídicas e até mesmo às decisões judiciais, todas elas perseguindo a ideia de *alcançar a maior eficiência ou maximizar a riqueza no caso concreto*⁵⁰.

Essa mesma pesquisadora aborda a eficiência econômica e sua aplicação no Direito, mostrando que essa eficiência não se aplica só à iniciativa privada e também não se relaciona apenas a uma medida de valor. Para ela

A eficiência para a economia está atrelada à **maximização de riqueza** e, conseqüentemente, aos critérios de custo-benefício e de melhor destinação dos recursos, **a mais adequada forma** de utilizar um bem ou desempenhar uma atividade.

(...)

⁴⁹ MIMARY (2021) p. 119.

⁵⁰ Ibidem.

Diante da realidade da **escassez de recursos**, somos levados a preferir as **opções** que extraem do uso dos fatores de produção o máximo de produtividade.

(...)

A eficiência liga-se à ideia de **evitar o desperdício** (...) em um universo onde os recursos são escassos, o desperdício é muito injusto.

(...)

A visão econômica percebe o Direito como uma instituição que **precisa promover a eficiência**, contribuindo para **ampliar o bem-estar social**. (pp. 116-117. (Grifos do mestrando).

Importante ressaltar que a eficiência econômica se insere numa tríade de *conceitos basilares* utilizada para explicar o comportamento econômico do mercado, que são *a maximização, o equilíbrio e a eficiência*. A maximização é uma escolha racional na tomada de uma decisão, onde o agente elege *a melhor alternativa permitida pelas restrições*. Já o equilíbrio é um padrão de interação entre a maximização e a limitação de *forças externas*, cujo comportamento dos agentes *tendem a equilíbrio* a depender do *sistema de incentivos da conjuntura analisada*⁵¹:

Quando o mercado chega ao **equilíbrio**, fala-se que ele é **eficiente** (...). (p. 116). (Grifos do mestrando).

É significativo envolver e relacionar princípios da Economia com o Direito quando se trata de um Estado Democrático de Direito, onde há direitos e deveres de cidadãos e empresários. Como foi dito, o Direito precisa promover a eficiência, e o fenômeno regulatório pretende, neste sentido, o desenvolvimento econômico e social a fim de ampliar o bem-estar do indivíduo.

A fórmula do bem-estar social é uma medida de **adição dos níveis de utilidade** de todos os indivíduos de uma sociedade. A forma de agregação mais comumente utilizada é uma soma simples. Em outras palavras, **somamos os níveis de utilidade de cada um dos membros da sociedade** sob exame.

(...)

Portanto, declarar que **o conceito de eficiência está ligado à maximização da fórmula do bem-estar social**, é dizer que será considerada eficiente toda medida que tiver como efeito a maior satisfação do maior número de indivíduos de uma sociedade⁵². (Grifos do mestrando).

É bem verdade que há críticas quanto à realidade prática da AED, pois a abordagem dos economistas quanto à eficiência é muitas vezes bem diferente da dos operadores do Direito. Para DWORKIN (2001) [*haveria*] *sérios conflitos no uso do termo eficiência* e critica os critérios utilizados na interpretação da eficiência⁵³:

⁵¹ Ibidem, pp. 116-117.

⁵² Ibidem, p. 118.

⁵³ Ibidem, p. 121.

A análise econômica do Direito, que torna central o conceito de maximização de riqueza, deve, portanto, ser distinguida da análise do Direito dos economistas, isto é, da **aplicação a contextos jurídicos da noção de eficiência dos economistas, que é a eficiência de Pareto**. Quando o economista pergunta se uma norma de Direito é eficiente, **geralmente quer saber se a norma de Direito é eficiente segundo Pareto**, não se ela promove maximização de riqueza. (pp. 355-356). (Grifos do mestrando).

O desafio parece ser o de conciliar e/ou de alguma forma se afastar desta aparente dicotomia entre Direito e Economia, e a AED *é uma alternativa eficiente que pode ser utilizada para avaliação de normas e regras, podendo ser aplicada (...) para criação de novas normas que atendam as exigências da sociedade*⁵⁴. De toda sorte, não parece restar dúvidas de que os parâmetros clássicos da eficiência aqui abordados, ainda que de forma perfunctória e sem aprofundamentos técnicos, são bastante factíveis, atuais, e se aplicam no contexto da eficiência sob o fenômeno regulatório.

BERTRAN (2019) também conhecia as críticas existentes sobre a AED e a própria regulação estatal dos mercados, vindas de autores mais liberais, mas lembrou que *as leis não são inimigas da eficiência!*⁵⁵, e explica que *um tipo de visão liberal acredita que o mercado é o melhor regulador de si próprio*⁵⁶:

“Laissez-faire, laissez passer, le monde va de lui même”, é uma expressão que significa “deixe fazer, deixe passar, o mundo segue por si mesmo”. Por essa lógica, o mercado não deveria ter restrições normativas. **O mercado** deveria se regular a si mesmo, **com total liberdade de atuação**. As eventuais **restrições viriam da competição** em cada área. **Por esta lógica**, se os agentes que atuam em determinado setor não agissem bem, **seus concorrentes naturalmente os excluiriam**, como propugnaria uma visão tradicional da Escola de Chicago. (p. 205). (Grifos do mestrando).

BERTRAN (2019) também cita um artigo⁵⁷ de AKERLOF (2010), Nobel de Economia em 2001, considerado um dos mais importantes trabalhos de AED, resumindo que *em completa oposição ao laissez-faire, o trabalho defende que a regulação é indispensável para que as relações de troca sejam melhores para todos*⁵⁸. Esse artigo faz uma espécie de *case* interessante com o mercado de carros usados para demonstrar que a concorrência *de per se* está longe de resolver falhas de mercado, e que é preciso, sim, leis, regulação, e de forma eficiente.

⁵⁴ Ibidem, p. 123.

⁵⁵ BERTRAN (2019), p. 205.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ AKERLOF, George. The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *Quarterly Journal of Economics*. Vol. 84, No. 3, Aug., 1970. pp. 488-500.

⁵⁸ BERTRAN (2019), pp. 205-206.

Os riscos de comprar um carro usado são muitos (...). A despeito de todos estes riscos, o preço dos carros normalmente é definido apenas por seu modelo e ano de fabricação. (...)

Na prática, o proprietário de um carro que sabe que o seu é melhor que os outros de mesmo ano e modelo, prefere não se desfazer dele jamais. (...) [E] os compradores também percebem que os bons carros usados não estarão à venda e deixam de ter expectativas quanto à qualidade.

(...)

A concorrência não é solução para este problema. A solução para este problema é a regulação estatal. É indispensável que existam **leis que inibam o oportunismo** e garantam ao mercado **padrões mínimos de qualidade e segurança** de produtos.

(...)

Caso as leis exijam o estabelecimento de garantias mínimas de segurança dos produtos, informação adequada e verídica e proibição de práticas abusivas, todos sairão ganhando. (p. 206). (Grifos do mestrando).

Bem se vê que a dimensão econômico-regulatória da eficiência se encontra na contextualização de todos estes institutos citados até aqui, dispostos em teias – Estado, Direito, Economia, Administração, sociedade, mercado, cidadão/consumidor – numa simbiose que, ao mesmo que é complexa, é necessária para um desenvolvimento minimamente civilizatório, ou seja, de forma equânime e proporcional dentro da sociedade brasileira atual.

A rigor, portanto, a eficiência no âmbito regulatório, como o que vem acontecendo no Brasil há algumas décadas, é, em grande parte, de natureza econômica. E essa é a dimensão pela qual se precisa ampliar a visão da atividade regulatória: não só como fiscalizador da atividade privada em setores econômicos, mas também – e em grande medida – como indutor de políticas econômicas concorrenciais que impulsionem uma adequada entrega de produtos e serviços à população, que fomentem os investimentos e que seja um ponto de ligação – e não de muro de contenção – entre o Estado e o Mercado.

CAPÍTULO 2

A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO – AIR

2.1 O histórico e a importância da AIR

A AIR é uma ferramenta de gestão utilizada há muitos anos e em muitos países cuja atividade regulatória já é mais robusta, como o Canadá, a Inglaterra e o próprio Estados Unidos, sua prática é realidade em muitas organizações, públicas e privadas, e é reconhecida internacionalmente por organismos multilaterais como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o Banco Mundial.

Para a OCDE⁵⁹,

A Análise de Impacto Regulatório (RIA) é uma abordagem sistêmica para avaliar os efeitos positivos e negativos dos regulamentos propostos e existentes e dos regulamentos não regulamentares alternativas. Tal como utilizado nos países da OCDE, abrange uma série de métodos. É um importante elemento de uma abordagem baseada em evidências para a formulação de políticas.

O órgão também recomenda que as regulações em geral devam “*produzir benefícios que justifiquemos seus custos, levando em conta a distribuição dos efeitos por toda a sociedade*”⁶⁰ .;

De maneira mais específica, para a OCDE, a AIR é

(...) uma ferramenta sistemática de política usada para examinar e medir os benefícios, os custos e os efeitos prováveis de uma regulação nova ou inexistente. É um relatório analítico para auxiliar tomadores de decisão e sua estrutura central deve conter, tipicamente, os seguintes elementos: o título da proposta, o objetivo e o efeito político pretendido da política regulatória, a avaliação do problema político, a consideração de opções alternativas, a análise de todos os seus impactos distributivos, os resultados de consulta pública, as estratégias de *compliance* e os processos para monitoramento e para avaliação.⁶¹

De fato, uma pesquisa empreendida pelo sítio permite perceber a importância que dão à AIR, inclusive estabelecendo níveis de prioridade em países-membros desde 1995, e adotando pontuação em *ranking* de vários itens, como instrumentos de governança, por exemplo. Há pesquisas que apontam que todos os países-membros já realizam, de maneira rotineira, alguma forma de AIR para a introdução de novas regulações antes de publicá-las⁶².

⁵⁹ Disponível em <https://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/ria.htm>. Acesso em: 10 jan 2024.

⁶⁰ OCDE, Recomendação sobre Melhoria da Qualidade Regulatória. In: Guia Orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório (<http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/anexo-v-guia-air.pdf>).

⁶¹ OCDE, 2008, p.14.

⁶² SOUSA, Renan Martins de. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) e o papel do Tribunal de Contas da União na avaliação da regulação setorial. Revista do Tribunal de Contas da União, n. 123, p. 105, 2012.

Na década de 1990 a OCDE produziu farto material onde indica e orienta o uso das metodologias de AIR nos processos regulatórios por seus países membros⁶³. Em um relatório sobre reforma regulatória feito pela Casa Civil da Presidência da República ainda em 2008⁶⁴, há uma outra definição de AIR elaborada pela OCDE, como sendo

Uma ferramenta que examina e avalia os prováveis benefícios, custos e efeitos das regulações novas ou alteradas. Ela oferece aos tomadores de decisão dados empíricos valiosos e uma estrutura abrangente na qual eles podem avaliar suas opções e as consequências que suas decisões podem acarretar. Um escasso entendimento dos problemas em questão ou dos efeitos indiretos da ação governamental podem debilitar os incentivos regulatórios e resultar em falha regulatória. A AIR é utilizada para definir os problemas e garantir que a ação governamental seja justificada e apropriada.

Sobre a OCDE e seu papel na estruturação da AIR como instrumento de governança, MENDONÇA E TOSTES (2021) corroboram tal importância dentro de um contexto de governança regulatória:

O tema se solidificou no contexto brasileiro com o auxílio da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, cujas recomendações para o desenvolvimento nacional salientavam a importância socioeconômica da melhoria do arranjo regulatório⁶⁵

LIMA (2022) atesta igualmente que “os países desenvolvidos [da] OCDE foram pioneiros na adoção de uma ferramenta de planejamento que se propõe a sistematizar esse processo de decisão, conferindo-lhe qualidade e eficiência [AIR]”⁶⁶, e também expressa a sua compreensão sobre a AIR como sendo

uma ferramenta que propicia a escolha da melhor decisão possível no processo de realização de políticas regulatórias (...), como ferramenta para a atividade de produção normativa e também como instrumento preparatório, de auxílio às decisões tomadas acerca de políticas regulatórias em geral. (pp. 74-75).

Para o Banco Mundial⁶⁷, “a AIR é uma ferramenta utilizada para preparar, consultar e avaliar os impactos da regulamentação proposta”.

VALENTE (2010), em sua dissertação de mestrado informa que

Para o Banco Mundial, a “análise de impacto regulatório é um processo de tomada de decisão baseado em evidências para identificar se uma regulação é necessária e qual solução é a mais apropriada. Estruturalmente, AIR é um processo que compreende fazer as perguntas corretas num formato estruturado que dê suporte a um debate mais aberto e transparente. Além disso, AIR é uma análise sistemática e consistente de potenciais impactos que possam resultar da atividade ou inatividade governamental. AIR é também o meio de

⁶³ DIAS, B. F. Análise de Impacto Regulatório: notas sobre a OCDE e sobre o Brasil. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 1, p. 71-98, 2015. p. 81. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/85316>. Acesso em: 10 jan. 2024.

⁶⁴ Análise de impacto Regulatório OCDE (1997): as melhores práticas nos países da OCDE, Paris, *apud* OCDE, Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento – Relatório sobre reforma regulatória feito pela Casa Civil da Presidência da República, 2008, p. 62.

⁶⁵ HEINEN, Juliano (Organiz.), 2021, p 35.

⁶⁶ LIMA, 2022, p. 17.

⁶⁷ Disponível em <https://rulemaking.worldbank.org/en/ria-documents>. Acesso em: 10 jan 2024.

comunicação entre os tomadores de decisão e aqueles que serão afetados pela medida.”

Um excelente apanhado do conhecimento e do uso da AIR pelo mundo é feito por LIMA (2022) pois *um número cada vez maior de países em desenvolvimento vem implantando essa ferramenta nos seus sistemas de governança regulatória*.⁶⁸ Segundo seus estudos estatísticos:

Nos últimos 30 anos, o procedimento tem sido intensamente promovido por organizações internacionais, como o Banco Mundial e a OCDE. De acordo com estudos do Banco Mundial divulgados em 2019, 33 dos países de alta renda membros da OCDE realizam AIR, e mais de 800 avaliações de impacto foram realizadas desde 2003 no âmbito da Comissão Europeia. Seguindo essa iniciativa, 92 dos 185 países pesquisados realizam um a avaliação de impacto da regulação proposta (WORDL BANK, 2018a, p. 1;3).

A Europa e a Ásia são as regiões onde o uso da AIR é mais difundido, com 23 dos 25 países realizando pelo menos algum tipo de impacto. No entanto, existe uma lacuna evidente entre as economias de alta renda da OCDE, da Europa e da Ásia Central, e o resto do mundo. Na América Latina e no Caribe, por exemplo, 43% dos países realizam AIRs. No leste da Ásia e no Pacífico, apenas 32%, e no sul da Ásia, 29%. Nas regiões da África Subsaariana, do Oriente Médio e do Norte da África, a prática de avaliação regulatória é bastante esporádica, verificando-se que menos de um quarto dos países realiza qualquer tipo de avaliação de impacto (WORLD BANK, 2018a, p.3)

E sobre a história da AIR, a pesquisadora também é sucinta e precisa:

Em breve histórico, uma forma precursora de AIR foi identificada na Dinamarca, já em 1966, nos esforços do país para avaliar os impactos econômicos e administrativos da regulação do setor público e as consequências administrativas para cidadãos e empresas. A AIR formal e explícita conta, contudo, com cerca de 45 anos, com a inclusão da análise de custo-benefício na Análise de Impacto Inflacionário nos Estados Unidos, seguidos pela Finlândia e pelo Canadá até o final da década de 1970. Austrália, Reino Unido, Países Baixos e Alemanha adotaram a AIR em meados da década de 1980, e dez anos depois, cerca da metade dos países-membros da OCDE já adotavam a metodologia. A tendência acentuou-se em 1997 e 1999, na fase inicial do programa de reforma regulatória da OCDE. A União Europeia, com sua agenda de *'better regulation'* [para uma melhor regulação], também foi impactada com a adesão de países remanescentes desde 2002 (JACOBZONE; CHOI; MIGUET, 2007, p. 35).

É claro que a questão da metodologia no que tange à elaboração das AIRs possui um sentido mais genérico quando se fala de seu uso nos diversos países mencionados, uma vez que *o desenho e a evolução dos sistemas de AIR dependem do contexto institucional, social, cultural e legal de cada país ou jurisdição*⁶⁹. Sobre isso, o próximo capítulo tratará da legislação da AIR no Brasil, bem como suas nuances e peculiaridades.

⁶⁸ LIMA, 2022, p. 83.

⁶⁹ LIMA, 2002, p. 85.

Bem se vê, assim, que a preocupação dos países e destas instituições internacionalmente reconhecidas com a AIR revela o nítido caráter econômico-financeiro, mais do que jurídico-normativo deste instrumento de regulação. Uma vez que a AIR *tem por escopo os possíveis efeitos positivos e negativos da regulação*⁷⁰ – notadamente os reflexos na economia do país – ela acaba por representar a interdisciplinaridade que marca todo o Direito Regulatório. No caso do aspecto econômico-financeiro, o fundamento desta preocupação em fortalecer o uso da AIR reside na redução de risco e de incertezas no desenvolvimento sustentável de toda uma sociedade.

A AIR também se insere no âmbito de um processo de controle do fenômeno regulatório que, nos Estados Unidos⁷¹, remonta ainda a década de 1950, e que ao longo do tempo foi ganhando cada vez mais espaço devido à transição do Estado Mínimo, Estado de Bem-Estar Social (ou Estado Empresário) e ao final para o Estado Regulador. Esse estágio atual, que foi alcançado não só no Brasil de década de 1990 mas no mundo todo graças ao modelo gerencial implantado pelos EUA de Ronald Reagan e Inglaterra de Margareth Thatcher nas décadas de 1970 e 1980, vão fazer da AIR o instrumento de gestão e controle que hoje se destaca no âmbito regulatório em toda a Administração Pública.

Segundo VALENTE (2010):

Foi nesse cenário que ocorreu, ao longo da década de 1990, a reforma do Estado brasileiro. Nesse período de desestatizações, privatizações e flexibilização de monopólios, o modelo de Estado empresário, calcado em forte intervenção direta na economia, foi substituído pelo modelo de Estado regulador, cuja intervenção opera-se de modo indireto.

BINENBOJM (2008) imprime um olhar bem estratégico ao afirmar que

era preciso vender o Brasil como um bom negócio, garantindo aos investidores a manutenção dos contratos celebrados e o direito de propriedade. Nisso reside, fundamentalmente, a razão da escolha pelo modelo de agências reguladoras: entidades com grau reforçado de autonomia, investidas de funções técnicas e, sobretudo, imunizadas das ingerências político-partidárias (p. 253).

A AIR desponta, assim, como uma ferramenta de natureza econômica, voltada a avaliar a viabilidade financeira e de custo-benefício na tomada de decisões pelos agentes reguladores a fim de não prejudicar os diversos atores envolvidos e submetidos às normas regulatórias, como os empresários, os consumidores e a sociedade civil em geral. Ousadamente chegam a admitir que a AIR contribui para dar legitimidade às decisões do agente regulador e até mesmo possui a capacidade de avaliar o nível de eficiência do próprio Estado Regulador⁷². Não à toa, nos EUA, a AIR era antigamente

⁷⁰ CARDOSO E SOARES, 2022, p. 145.

⁷¹ SUNSTEIN, Cass R. Risk and reason: safety, law and the environment, Cambridge University Press, Chicago, 2002, p. 9.

⁷² VALENTE, 2010, pp. 20-22.

conhecida como análise de custo-benefício e, segundo POSNER (2001), mesmo se não fosse obrigatória, as agências americanas iriam realizá-las devido à sua natureza preponderantemente econômica⁷³.

BINENBOJM (2020), mais recentemente, conceituou AIR:

A Análise de Impacto Regulatório (AIR) é um procedimento administrativo preparatório à tomada de decisão baseado na coleta de informações e análise sistemática de possíveis ou efetivos efeitos de uma medida regulatória, já em vigor ou a ser editada, mediante sopesamento de seus custos, benefícios e efeitos colaterais, distribuídos pelas empresas, consumidores, Estado e terceiros eventualmente afetados. (p. 155)

É bem verdade que a AIR não pode ser tão somente uma avaliação de custo-benefício no sentido econômico-financeiro, mas deve também analisar outros fatores, a depender da questão regulatória que se põe na mesa do agente regulatório, como questões sociais, étnicas, culturais, e das diversas políticas públicas em engenharia de trânsito, segurança pública, saúde, etc. VALENTE (2010) constatou que *enquanto nos Estados Unidos a análise é baseada na quantificação e sopesamento dos custos e benefícios, nos países da Europa em geral a avaliação também abrange outros fatores que não apenas aquele relativo à análise econômica das alternativas*⁷⁴.

Recentemente, aliás, abriu-se campo para que um outro aspecto pouco explorado seja analisado por meio de AIR, que é o risco de judicialização das normas aprovadas pelas agências reguladoras. Para VARELA E SILVA JUNIOR (2023):

A análise do risco de judicialização deve ser um dos objetos da análise de impacto regulatório já que o exercício da atividade de regulação é comumente objeto de questionamento judicial. O controle judicial de políticas públicas, inclusive daquelas derivadas das agências reguladoras, é aceito sem muitas divergências nos tribunais brasileiros (...).

(...)

Como a judicialização das normas regulatórias tem o potencial de trazer efeitos sobre a certeza de sua aplicação, repercutindo na segurança (jurídica) do ambiente regulado, podemos deduzir que seu risco se insere no conceito de risco regulatório, devendo, em princípio, compor a AIR. Esse problema se potencializa em função da falta de conhecimento de membros da magistratura em relação ao direito administrativo. De modo geral, não há uma especialização da magistratura federal em questões administrativas, ao contrário de outros países, onde existe inclusive uma justiça especializada

(...)

O risco da regulação, num conceito amplo, abrange a possibilidade de judicialização da proposta normativa a ser implementada, haja vista a potencialidade de o questionamento judicial afetar diretamente a segurança da regulação, diante de uma excessiva litigiosidade e/ou pela revisão ou anulação da norma regulatória instituída. (Pp. 262, 277 e 284)

⁷³ POSNER, 2001, p. 1.163.

⁷⁴ VALENTE, 2010, pp.34-35.

Esse artigo demonstra com propriedade a importância da prática regulatória nas agências reguladoras, pois é o cotidiano das atividades, da tomada de decisões e das avaliações de impacto das normas, que o leque vai se abrindo, expandido horizontes que até então não se vislumbravam no desenvolvimento dessa ferramenta de gestão. Foi nesse sentido que o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão da Regulação – PRO-REG⁷⁵ inseriu, dentre outros objetivos, a expansão da AIR, onde consideraram como sendo elemento central na busca de uma maior qualidade regulatória, e desenvolveu projetos-piloto em várias agências regulatórias⁷⁶.

O PRO-REG, assim, entre 2008 e 2016, realizou um importante trabalho de difusão de conhecimentos referente à AIR, ministrando treinamentos de forma constante e criando, dessa forma, uma certa cultura de realização de AIRs⁷⁷. E com o apoio dos organismos internacionais já referidos, como a OCDE e o Banco Mundial, o PRO-REG promoveu *uma crescente profissionalização das carreiras dos técnicos e analistas das agências reguladoras, que contribuiu para a criação de um ‘ethos’ que contribuiu para o amadurecimento das análises no Brasil*⁷⁸. Contudo, o que se observou foi que cada agência desenvolveu um modelo próprio de AIR, sem a uniformidade que era esperada, e assim houve um movimento de fragmentarização naquele que poderia ser um modelo padrão de AIRs, ainda que cada autarquia tenha as suas peculiaridades.

Por falar em riscos, fala-se muito também no chamado ‘viés do regulador’, que é a subjetividade com que se pode fazer uma AIR (influenciando seu resultado) e permitindo, por exemplo, a limitação de fatores que se consideram custos e benefícios de uma ação regulatória, *pois sempre haverá uma linha de corte entre os impactos a serem considerados como efeito direto e imediato da regulação, e outros eventuais efeitos secundários, a serem desconsiderados*⁷⁹. Contudo, a depender da seriedade com que se conduz o procedimento, haverá espaços para evidenciar essas subjetividades, como nas audiências públicas, *pois pode permitir que a inclusão de custos e benefícios até então ignorados pelo Estado, evidenciando quem ganha e quem pagará a conta com a medida*⁸⁰.

Há outras críticas sobre a dificuldade em elaborar AIRs com base em custo-benefício, as quais mencionam a dificuldade em monetizar bens preciosos, como a vida e a saúde⁸¹ e até mesmo como sendo, a AIR, um instrumento antidemocrático ao permitir distribuir ônus e bônus em medidas regulatórias de forma diferenciada, a facilitar o *lobby* de interesse privados em detrimento do interesse público.

⁷⁵ Programa instituído pelo Decreto Federal n. 6.062/2007.

⁷⁶ CRISTÓVAM, 2020, p. 356.

⁷⁷ GABARDO e GRANER (2020), p. 279.

⁷⁸ VARELA e SILVA JUNIOR (2023), p. 271.

⁷⁹ BINENBOJM, 2020, p. 159.

⁸⁰ Ibid, p. 180.

⁸¹ ACKERMAN, Frank; HEINZERLING, Liza. Pricing the priceless: Cost-benefit Analysis of Environmental Protection. University of Pennsylvania Law Review, May 2002.

No entender de MENDONÇA E TOSTES (2021) a AIR também oferece riscos de natureza financeira, estrutural:

Em primeiro lugar, pode ossificar a regulação, ao criar requisitos e/ou custos muito altos para regular: acrescenta-se complexidade ao ofício dos agentes reguladores, que podem ser estimulados ao tentar menos. Além disso, os departamentos normativos de agências reguladoras nem sempre possuem estrutura para pôr em prática as metodologias necessárias. Em segundo lugar, a AIR pode servir como canal para a captura: a obtenção de informações para as análises pode alavancar os agentes regulados que delas dispõem.⁸²

E além da questão da judicialização e do fenômeno da captura – que é uma das falhas de governo – há outros riscos, chamados de *desafios institucionais* por LIMA (2022), que são mensurados para que se conduza a AIR com o cuidado necessário a fim de não desvirtuá-la, como mensura assevera a pesquisadora:

Nesse panorama, as instabilidades institucionais estatais consistem em circunstâncias danosas para o planejamento regulatório, lícitas ou ilícitas, decorrentes de interferências ocorridas no exercício das competências públicas durante o curso da execução de uma política regulatória, por influência de fatores políticos, jurídicos, sociais ou econômicos conjunturais, manejados por grupos de interesse, que prejudicam a implementação de políticas regulatórias baseadas em boas práticas. Consideram-se, nessa perspectiva, fatores propiciadores de instabilidade institucional, por exemplo, o uso político de setores regulados, a corrupção, a descontinuidade de políticas públicas em razão da alternância de mandatos políticos, a judicialização de conflitos regulatórios e a participação social deficiente nas decisões públicas. (p. 173)

Importante ressaltar que essa crítica é bem mais profunda se se considerar que já na década de 1970 a famosa Escola de Chicago⁸³ afirmava, com base na teoria econômica da regulação por eles desenvolvida, que as agências reguladoras possuem prerrogativas que podem interessar financeiramente a todo um mercado regulado, o qual se une e se articula em prol dessa indevida aproximação com os agentes públicos em várias esferas e níveis, num processo danoso à sociedade em geral, o qual acaba não se beneficiando, nem de longe de todo esse arranjo regulatório que serve exatamente para o bem-estar da população.

Bem de se ver que LIMA (2022), ao analisar o artigo de STIGLER (2017), expõe uma realidade que precisa ser desnudada e combatida dentro do fenômeno regulatório:

Seguindo esse pensamento, George Stigler (2017, p. 31-43) escreveu em artigo publicado em 1971 que, em regra, a regulação é adquirida pela indústria regulada, sendo concebida e operada fundamentalmente em seu benefício (regulação benéfica), isto é, o Estado tem poderes que podem aumentar a lucratividade do setor regulado, pelo oferecimento de políticas regulatórias

⁸² HEINE, Juliano (Coord.), 2021, p. 36.

⁸³ MATOS, 2017, pp. 23-25.

traduzidas em subvenção direta em dinheiro, controle sobre a entrada de novos concorrentes, controle sobre produtos substitutivos e complementares e fixação de preços, tudo mediante um custo para se obter essa regulação, representado pelas duas coisas que o revendedor apropriado (o partido político) do poder político precisa: votos e recursos financeiros. (p. 164)

E contextualiza o papel da AIR nesse arcabouço teórico-regulatório:

O procedimento de AIR, nesse contexto, vem imprimir um caráter metodológico técnico-científico no curso da decisão administrativa regulatória, de forma a se alcançar, entre as soluções lícitas e razoáveis, no epicentro da discricionariedade técnica, a melhor opção, suficientemente justificada pelo estudo realizado com a participação dos *stakeholders*, especialmente os cidadãos afetados, possibilitando o maior controle possível da atuação pública, tornando, assim, mais compreensíveis os motivos da decisão, com a redução da assimetria de informações entre os agentes reguladores e os órgãos de controle, facilitando a sindicância de eventuais desvios do agir estatal. (p.81)

De todo modo, críticas inúmeras à parte, propõem a AIR, como instrumento de governança regulatória, combater e minimizar tais riscos e desvios, uma vez que já restou demonstrado ao longo da história recente a sua importância para a evolução do fenômeno regulatório. Com efeito, *identifica-se a AIR como ferramenta que propicia a escolha da melhor decisão possível no processo de realização de políticas regulatórias*⁸⁴ que, ao fim e ao cabo, é uma política pública de promoção da cidadania em seu sentido amplo, objetivando a dignidade da pessoa humana – o consumidor de bens e serviços, emulados pelo Estado e produzido pelos mercados.

2.2 A AIR e a atual legislação brasileira

Em que pese já ser prática a elaboração de AIR no âmbito interno de alguns órgãos públicos, esse importante instrumento regulatório só foi regulamentado em junho de 2019, com o advento da Lei n. 13.848 (que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das Agências Reguladoras). Em setembro do mesmo ano, foi promulgada a Lei n. 13.874, também chamada Lei da Liberdade Econômica, pois estabeleceu normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício da atividade econômica, bem como algumas disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador.

No caso da lei das Agências Reguladoras, a AIR se insere logo no capítulo I, que trata do processo decisório destas autarquias em regime especial, informando os casos em que ela se faz necessária, e que um regulamento detalharia seu conteúdo e metodologia, dentre outras instruções, *in verbis*:

⁸⁴ LIMA, 2022, p.73.

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

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

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

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

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

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

Já a Lei de Liberdade Econômica contemplou um capítulo próprio para tratar da AIR, muito embora tenha tido somente replicado, como na lei anterior, os casos em que se faz necessária e que um regulamento detalhará outras questões importantes, senão vejamos:

CAPÍTULO IV

DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

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

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

O regulamento de que trata as duas leis é o mesmo. Trata-se do Decreto n. 10.411/2020, que dispõe especificamente da AIR em seus 24 artigos, o qual, notadamente, traz seu conceito, objetivos, metodologias específicas, casos de dispensa e outras regras importantes, conforme a seguir:

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

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 conterà informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão;

(...)

V - relatório de AIR - ato de encerramento da AIR, que conterà os elementos que subsidiaram a escolha da alternativa mais adequada ao enfrentamento do problema regulatório identificado e, se for o caso, a minuta do ato normativo a ser editado; e

(...)

Art. 3º A edição, a alteração ou a revogação de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, por órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional será precedida de AIR.

(...)

§ 2º O disposto no caput não se aplica aos atos normativos:

I - de natureza administrativa, cujos efeitos sejam restritos ao âmbito interno do órgão ou da entidade;

II - de efeitos concretos, destinados a disciplinar situação específica, cujos destinatários sejam individualizados;

III - que disponham sobre execução orçamentária e financeira;

IV - que disponham estritamente sobre política cambial e monetária;

V - que disponham sobre segurança nacional; e

VI - que visem a consolidar outras normas sobre matérias específicas, sem alteração de mérito.

(...)

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

I - urgência;

II - ato normativo destinado a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias;

III - ato normativo considerado de baixo impacto;

IV - ato normativo que vise à atualização ou à revogação de normas consideradas obsoletas, sem alteração de mérito;

V - ato normativo que vise a preservar liquidez, solvência ou higidez:

a) dos mercados de seguro, de resseguro, de capitalização e de previdência complementar;

b) dos mercados financeiros, de capitais e de câmbio; ou

c) dos sistemas de pagamentos;

VI - ato normativo que vise a manter a convergência a padrões internacionais;

VII - ato normativo que reduza exigências, obrigações, restrições, requerimentos ou especificações com o objetivo de diminuir os custos regulatórios; e

VIII - ato normativo que revise normas desatualizadas para adequá-las ao desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos do disposto no Decreto nº 10.229, de 5 de fevereiro de 2020.

Art. 7º Na elaboração da AIR, será adotada uma das seguintes metodologias específicas para aferição da razoabilidade do impacto econômico, de que trata o art. 5º da Lei nº 13.874, de 2019:

I - análise multicritério;

II - análise de custo-benefício;

III - análise de custo-efetividade;

IV - análise de custo;

V - análise de risco; ou

VI - análise risco-risco

(...)

§ 1º A escolha da metodologia específica de que trata o caput deverá ser justificada e apresentar o comparativo entre as alternativas sugeridas.

§ 2º O órgão ou a entidade competente poderá escolher outra metodologia além daquelas mencionadas no caput, desde que justifique tratar-se da metodologia mais adequada para a resolução do caso concreto.

(...)

Art. 15. A autoridade competente do órgão ou da entidade responsável pela elaboração do relatório de AIR deverá se manifestar (...).

§ 1º **O relatório de AIR tem o objetivo de subsidiar a tomada de decisão pela autoridade competente do órgão ou da entidade que o elabore.**

§ 2º O relatório de AIR não vincula a tomada de decisão de que trata o § 1º (...).

(...)

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. (Grifos do mestrando).

O inciso I traz seu conceito, informando que se trata de um procedimento (e não um processo, o que é tecnicamente diverso) que se inicia a partir da definição de um problema regulatório, o qual vai suscitar uma análise prévia dos atos normativos, e informa também seu conteúdo, que são informações e dados sobre os prováveis efeitos, adversos ou não, a fim de verificar se o impacto da medida prevista no ato regulatório é razoável, e que tal análise, que se materializa sob a forma de um relatório de AIR (art. 15) irá subsidiar a tomada de decisão da autoridade competente. BANDEIRA DE MELO (2023) acrescenta que a AIR *vai aferir o “problema regulatório”, edificar as possíveis soluções para resolução do “problema regulatório” e especificar os prováveis reflexos caso a solução proposta seja adotada*⁸⁵.

Já o artigo 15, §1º, traz seu objetivo principal que é o de subsidiar a tomada de decisão da autoridade competente do órgão – qualquer ente despersonalizado, como ministérios, por exemplo – ou da entidade que o elabore – no caso as próprias agências reguladoras. Foi dito sobre o objetivo principal porque o inciso I, que traz o conceito de AIR, parece trazer um segundo objetivo, que é o de verificar a razoabilidade do impacto da medida ou ato regulatório, que seria uma espécie, sim, de objetivo secundário, mas não menos importante.

Sobre a metodologia a ser utilizada na elaboração da AIR, o legislador previu que tal quesito será escolhido por cada agência reguladora dentre as previstas no Decreto, e até outras metodologias – desde que justificadas –, o que parece razoável de conceber, pois cada autarquia especial emula um nicho de mercado bem diferente um do outro, demandando metodologias apropriadas. BINENBOJM (2020) trata com propriedade as metodologias mais utilizadas, dentre as seis metodologias de avaliação previstas no artigo 7º do Decreto n. 10.411/2020:

Existem alguns métodos de avaliação de impactos regulatórios praticados mudo afora, tendo destaque a análise de custo-benefício (ACB), e a análise de custo-efetividade (ACE). **Na ACB** são levantados todos os possíveis custos decorrentes da medida (para o Estado, empresas, consumidores e terceiros, eventualmente), e sopesados com os potenciais benefícios para toda a sociedade. **O desafio da análise é que custos e benefícios devem ser monetizados, de maneira a permitir uma efetiva comparação.** Sua utilidade está em lançar luz **sobre o quanto a sociedade está disposta a pagar** para ter acesso a certos benefícios, permitindo escolhas públicas mais informadas.

Já **na ACE, há uma comparação entre custos e benefícios**, mas entre os custos de medidas alternativas e seus potenciais resultados (e.g., o número de vidas salvas, a redução da incidência de doenças, redução da evasão escolar, etc), **sem a monetização** destes últimos. **A vantagem da ACE sobre a ACB é que os resultados não precisam ser monetizados**, permitindo que as escolhas recaiam sobre a medida que apresentar melhor desempenho na sua maximização. **De outra parte, a ACE não consegue fugir de certa subjetividade** na escolha dos objetivos públicos da regulação, isto é, do

⁸⁵ MELO, 2023, p. 154.

estabelecimento *a priori* de uma finalidade que será apenas otimizada pela comparação entre possíveis alternativas (Grifos do mestrando).

Para GUERRA (2021), ao ponderar sobre a regulamentação das AIRs trazidas pelo Decreto n. 10.411/2020, informou que o normativo

definiu a AIR como sendo procedimento a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos, que conterá informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar tomada de decisão.

Com a entrada em vigor da normativa regulamentar, a cúpula diretora de cada entidade regulatória, por meio de norma regulatória, disporá sobre o teor do relatório de AIR, notadamente acerca da adequação ou não da proposta de edição de norma vis-à-vis os objetos pretendidos. Neste sentido, deverá indicar os impactos esperados em cada caso, seguindo seguintes metodologias: análise multicritério, análise de custo-benefício, análise de custo-efetividade, análise de custo, análise de risco, análise risco-risco ou outra que achar adequada desde que motivadamente. (p. 235)

Quanto aos 8 casos de dispensa de AIR previstos no art. 4º, primeiramente é preciso observar a existência de 6 casos de inexigibilidade de AIR, ou seja, situações em que a análise de impacto regulatório não pode sequer ser realizada, por imposição regulamentar. Assim, as AIRs não se aplicam, notadamente aos atos normativos de natureza administrativa (interna), de efeitos concretos, ou que disponham sobre execução orçamentária/financeira, política cambial e monetária, sobre assuntos de segurança nacional ou sem alterações de mérito.

Já os casos de dispensa, esses sim, podem ser objetos de AIR, mas são dispensados nos casos ali previstos, notadamente nas hipóteses de urgência e de atos normativos de baixo impacto regulatório – muito embora não haja uma definição do que sejam esses casos e esses atos. Tais casos, por subjetivos que se apresentam, podem ser mal utilizados, e daí a necessidade de permanente fiscalização dos órgãos de controle.

Em relação às regras, restou uma preocupação quanto ao disposto no art. 21, que parece relativizar a importância da AIR, ao estabelecer que sua ausência não invalidará o processo regulatório, pois informa que a norma editada sem AIR não acarreta a invalidade da proposta de alteração de ato normativo e nem significa o seu descumprimento. BANDEIRA DE MELO (2023) chega inclusive a questionar a sua constitucionalidade:

Este salvo-conduto fixado pelo decreto – que supostamente não fulmina a validade da atividade de regulamentação levada a efeito sem a AIR ou com o reconhecimento de sua prescindibilidade – nos soa inconstitucional. Com efeito, o art. 6º da Lei n. 13.848 prevê que a regulamentação a ser positivada pelas agências reguladoras federais será, nos termos do regulamento, precedida da realização de AIR. Ora, o art. 84, IV, da CF, assinala que o decreto regulamentar expedido pelo Chefe do Poder Executivo para fiel execução da lei. Neste contexto, é indubitavelmente ilegítima a passagem do Decreto n. 10.411 que verte uma obrigação legal e uma faculdade regulamentar. Apesar deste inconstitucional salvo-conduto, a Lei de Liberdade Econômica atenua essa exceção. Isto porque, na hipótese de regulamentação efetivada pelas agências reguladoras federais reverberar no campo da incidência da Lei

de Liberdade Econômica, o art. 5º, caput, da Lei n. 13.874/2019 impõe a realização de AIR, salvo na hipótese da sua motivada desnecessidade. (pp. 154-155)

De todo modo, é importante frisar que a AIR é um instrumento de governança regulatória, e deixar de utilizá-la pode representar ato temerário da autoridade competente e até mesmo prejuízos aos usuários de bens e serviços regulados. A doutrina majoritária entende que a regra é a sua utilização, e as chamadas ‘brechas’ na legislação precisam ser bem monitoradas a fim de que esse instrumento não caia em desuso. Como já se disse anteriormente, os casos de *urgência* e *baixo impacto* regulatório, por se situarem numa perigosa zona cinzenta, de indefinição conceitual, podem ser capturadas pelos mercados regulados a fim de lhes beneficiarem ou até mesmo mal utilizadas pelos próprios agentes públicos responsáveis pela sua elaboração.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – Decreto-Lei n. 4.657/1942, com os acréscimos dados pela Lei n. 13.655/2018, introduziu os artigos 20 e 22 em seu texto, os quais possuem relação com a atividade regulatória na medida em que adere à doutrina consequencialista, vale dizer, comprometida com os resultados práticos de toda norma:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos **sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.**

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.**

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 expresso 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.**

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, **serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor** e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (grifos do mestrando).

MENDONÇA E TOSTES (2021) enxergam com bons olhos os novos dispositivos da LINDB e da Lei da Liberdade Econômica, pois *exemplificam incorporação da atenção com governança regulatória no ordenamento brasileiro, ao exigirem normas baseadas em ‘consequências práticas’ e justificativas empíricas para a regulação.* Para os professores e pesquisadores em Direito Público, a AIR é, sem dúvida, uma ferramenta de governança regulatória que assume papel de destacada relevância no Direito Administrativo contemporâneo.

Já para CARDOSO E SOARES (2022), embora atestem que a AIR é um instrumento salutar para a promoção da eficiência na administração pública, observam que a sua legislação acaba mais revelando do que normatizando a duvidosa qualidade da regulação no país:

A imposição da AIR por meio de lei é uma resposta à baixa qualidade da atividade regulatória nos mais diversos setores da regulação estatal, provocando crises econômicas e sociais a partir da edição de regulamentos que deveriam, ao revés, conferir estímulo e dinamismo à atividade econômica, regulando-a conforme as necessidades do mercado regulado, sempre, à luz do interesse público. A edição de lei formal denota que instrumentos técnico-científicos não vêm sendo utilizados a contento, com a edição de atos regulatórios com baixa qualidade, ainda que sua produção tenha sido pretensamente neutra, isto é, sem a intenção de favorecer ou prejudicar quem quer que seja. (pp. 129-130)

Embora tangencie a questão – mas não menos importante – ressalte-se que os agentes públicos que elaboram as AIRs, para além de qualificação básica exigida em torno dos conhecimentos básicos e habilidades elementares em torno de suas funções, precisam também de conhecimentos específicos a depender da área em que se insere a análise. Isso envolve uma avaliação dos diferentes impactos de uma decisão regulatória sobre vários atores envolvidos, e tal especialidade seria desejável e até mesmo aferível para fins de eficiência jurídico-econômica, quiçá até mesmo uma importante temática para uma outra dissertação.

De fato, é sempre importante uma análise jurídica, como comumente ocorre nas AIRs. Contudo, *um estudo amplo e completo (...) abordaria aspectos relativos a outras áreas do conhecimento, como ciências sociais, economia e ciência política*⁸⁶. Assim, é desejável que o agente responsável pela elaboração da AIR tenha uma formação que se relacione ao conteúdo da decisão a ser tomada, como engenharia, economia, medicina, farmácia, etc. Como dito, um assunto vasto para pesquisas e que mereceria futura análise de eficiência regulatória.

Ainda nesse assunto, BINENBOJM (2020) reiterou a importância de que a AIR seja elaborada com *emprego de pessoal qualificado e infraestrutura por parte da Administração Pública*, uma vez que a exigência da AIR *importa elevados custos pois consiste em revelar pontos cegos [e] ampliar o horizonte dos impactos causados pela regulação*. Ele também asseverou que *por envolver (...) tempo significativo e emprego de pessoal, a AIR deve ser compreendida como um recurso escasso, cuja utilização deve justificar os benefícios que dela possam advir para a sociedade*. Ele até sugeriu, antes da edição do Decreto n. 10.411/2020, que esse regulamento, *em alguns casos (...) possa exigir uma AIR ‘simplificada’, deixando a AIR ‘completa’ para situações cujo impacto econômico seja de fato muito relevante*.

Por outro lado, ele também tece ponderações muito sérias a respeito da importância da AIR e da necessidade de valorizá-la, a fim de não se transformar em

⁸⁶ VALENTE, 2010, p. 10.

mais uma mera peça decorativa no arcabouço de documentos irrelevantes nos processos administrativos:

A visão que se pretende transmitir é a de que instituto tem um grande potencial de contribuir para a racionalização e a melhora da eficiência regulatória no país. **Todavia**, eventuais erros de regulamentação **poderão reduzi-lo a uma peça formal – um formulário a mais**, como se disse – no já burocrático processo regulatório brasileiro (Grifos do mestrando).

Importante esclarecer que a AIR não é uma ferramenta de governo, mas à disposição do Estado, não podendo haver qualquer interferência política em sua elaboração, bem como *não se pode associar (...) à ideia de uma ferramenta ligada a uma preferência político-partidária ou a uma ideologia*⁸⁷. É bem verdade que ela serve de base para uma deliberação do agente regulador que pode, sim, ter contornos políticos na tomada de decisão, mas no âmbito da AIR, cabe ao responsável por sua elaboração a isenção necessária para evitar contaminações indesejadas durante todo o procedimento.

Em que pese não ser uma ferramenta de governo, a AIR é considerada uma ferramenta de governança regulatória, no magistério de MENDONÇA e TOSTES (2021). Para eles, o Poder Público é uma espécie de caixa de ferramentas, e a AIR é uma delas, e simboliza bem os atuais debates acerca das boas práticas regulatórias. Dessa forma, *a governança regulatória compreende debates relacionados à performance das entidades reguladoras e à qualidade de suas normas, buscando adequar os instrumentos jurídicos às dificuldades do ambiente organizacional/econômico/estatal*⁸⁸.

2.3 A AIR e a eficiência

No capítulo 1, em seu subtópico 1.2, foi tratado sobre a eficiência em duas de suas dimensões, que são a dimensão jurídico-doutrinária e a dimensão econômico-regulatória, e discorreu-se sobre a importância da primeira dimensão como sendo um importante arcabouço normativo a embasar o fenômeno regulatório. Propõe-se nessa dissertação que a referida dimensão jurídico-doutrinária se trata de um terreno preparatório para que se evidencie a dimensão econômico-regulatória que utilizaria-se de um de seus instrumentos de governança mais importantes, que é a AIR.

Especificamente, as agências reguladoras possuem duas funções, que são as de proporcionar produtos e serviços de qualidade aos consumidores/cidadãos, e garantir o retorno de capital das empresas reguladas. Para isso, é fundamental que a eficiência seja uma força-motriz de todo esse intrincado e complexo processo, uma vez que a regulação é uma área de atividade que envolve tanto o Direito quanto a Economia. Assim, processos e instrumentos eficientes acabam por legitimar tais atividades regulatórias e proporcionar a segurança jurídica necessária e a confiança econômica adequada para que triangulação Estado, economia e sociedade – ou em outras palavras, Agências

⁸⁷ Ibid, p. 26.

⁸⁸ HEINEN, 2021, p. 35.

Reguladoras, empresários e consumidores – caminhem em harmonia no crescimento e desenvolvimento do país.

VALENTE (2015) ao falar da importância da AIR na efetivação do Estado Democrático de Direito, enaltece a eficiência como baliza para harmonizar o fenômeno regulatório. Para ela,

(...) além da efetivação do Estado Democrático de Direito, a avaliação de impacto regulatório acrescenta um elemento fundamental para a satisfação do princípio constitucional da eficiência. (...) a leitura estritamente econômica deste princípio não era possível no contexto constitucional brasileiro, de forma que se propôs relativizá-la a partir da abordagem de outros aspectos que a ação da AIR acarreta ao Estado, como a *accountability* e o controle político do Estado regulador. Neste sentido, a eficiência é um ponto de intersecção entre os vértices que justifica a adoção dessa ferramenta (...). Assim, conclui-se que a AIR é um veículo patrocinador da eficiência do Estado regulador. (p. 162)

Assim, Estado, Economia e Sociedade, representando círculos sobrepostos, criam um ponto de intersecção como abaixo, formando uma área em comum, em que se situa a AIR como ferramenta que une esses atores e proporciona indiretamente o *accountability* e o controle político, sim, como dito no subtópico anterior, mas principalmente – e diretamente – como instrumento que promove eficiência na governança regulatória.

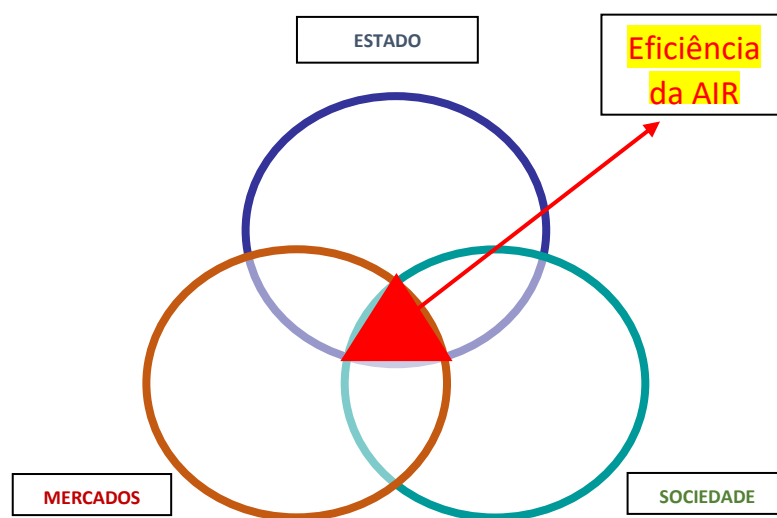


Figura 2

A AIR, portanto, é um desdobramento prático de uma dimensão econômico-regulatória do princípio da eficiência insculpido na Constituição Federal de 1988 e

perseguido por todos os administradores, públicos e privados. A partir da Carta Magna, que possui inspiração na iniciativa privada para inserir o princípio da eficiência no *caput* do artigo 37 como princípio basilar da Administração Pública⁸⁹, os direitos consumeristas ganham mais relevo pelos próprios conceitos já consagrados da eficiência na literatura econômica. MIMARY (2021) trata da eficiência de Pareto como sendo *uma mudança socioeconômica (...) quando alguém fica melhor do que sua posição anterior (...) sem que ocorra a piora na situação de ninguém, (...) sem que houvessem perdas aos indivíduos*⁹⁰.

Como foi dito no subtópico 1.2 do capítulo 1, a Análise Econômica do Direito (AED) está no centro do debate que envolve o fenômeno regulatório, que é complexo e precisa ao mesmo tempo atender os atores já referidos na figura anterior, que é a tríade Estado-Economia-Sociedade. A AED, assim, *é uma alternativa eficiente que pode ser utilizada para avaliação de normas e regras, podendo ser aplicada (...) para criação de novas normas que atendam as exigências da sociedade*, e a AIR se propõe não só ser o objeto da AED como um instrumento de agregação da tríade, pois se trata de um estudo de viabilidade jurídica e econômica de atos normativos e medidas regulatórias, e a eficiência deve ser a linha condutora desse documento que subsidiará e orientará a tomada de decisão pela autoridade regulatória.

Para VALENTE (2010) *procura-se, a partir dessa relação entre Direito e Economia, medir a eficiência das atividades regulatórias estatais, em busca do cumprimento constitucional da eficiência*⁹¹. E a AIR se comporta como um canal condutor nesta relação entre regulação e eficiência, promovendo interação e equilíbrio entre os atores envolvidos.

Dessa forma,

Propõe-se a avaliação de impacto regulatório como mecanismo que se vale de pressupostos econômicos (escassez de recursos) e de métodos de análise econômica (...) para não só medir a eficiência do Estado regulador, mas sobretudo torna-lo eficiente a fim de dar cumprimento ao princípio constitucional da eficiência. (p. 110)

A eficiência da AIR em sua dimensão econômico-regulatória precisa também ser considerada através dos *meios*, ou seja, os modos de elaboração de seus conteúdos obrigatórios e econômicos, e dos *fins ou resultados*, vale dizer, com a finalidade normativa que o legislador pretendeu. Se a eficiência jurídica se traduz na ideia de economicidade, de se fazer mais com menos, visando sempre o bem-estar do cidadão, a eficiência econômica da AIR ocorre de forma similar, ou seja, sopesando custos e benefícios da medida regulatória:

Vale lembrar que o conceito de eficiência por trás da *avaliação de impacto regulatório* corresponde à escolha de medidas regulatórias cujos benefícios, se não superem, pelo menos justifiquem os custos a serem incorridos pelo Estado, pelo mercado regulado, pelos usuários de bens e serviços desse mercado e pela

⁸⁹ O princípio da eficiência foi inserido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 somente em 1998, com a Emenda Constitucional 19 (EC 19/98).

⁹⁰ MIMARY, 2021, p.118.

⁹¹ VALENTE, 2010, p. 109.

sociedade em geral. A lógica de mensuração de custos e benefícios presente na análise econômica, uma das etapas da AIR, apresenta ligação com as dimensões apresentadas acima, na medida em que o procedimento administrativo previsto na realização da AIR oriente o agente regulador a aplicar, no caso concreto, o princípio constitucional da eficiência. Em outras palavras, por meio de métodos econômicos de quantificação e comparação, procura-se analisar em termos técnicos os possíveis e prováveis custos e benefícios, garantindo maior precisão para apontar o que seria mais ou menos eficiente, tendo em vista os objetivos pretendidos. (VALENTE, 2010, pp. 113-114)

Já a eficiência da AIR como *resultado* pode ser alcançada nos termos dos arts. 12 e 13 do Decreto n. 10.411/2020, que regulamenta essa ferramenta de governança regulatória, pois que estabelece outro instrumento chamado de *Avaliação de Resultado Regulatório* (ARR) – conceituado no artigo 2º, inciso III, como sendo *a verificação dos efeitos decorrentes da edição do ato normativo, considerando o alcance dos objetivos originalmente pretendidos e os demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação* –, senão vejamos:

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

Art. 13. Os órgãos e as entidades implementarão **estratégias para integrar a ARR à atividade de elaboração normativa** com vistas a, de forma isolada ou em conjunto, proceder à verificação dos efeitos obtidos pelos atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados. § 1º A ARR poderá ter caráter temático e ser realizada apenas quanto a partes específicas de um ou mais atos normativos.

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

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

I - ampla repercussão na economia ou no País;

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

III - impacto significativo em organizações ou grupos específicos;

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

V - vigência há, no mínimo, cinco anos.

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

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

Assim, a ARR se traduz na avaliação dos *resultados* da medida regulatória adotada, a qual foi orientada, dentre outras variáveis, pela AIR. A eficiência como *resultado* no âmbito da AIR impescinde, portanto, de uma ARR, que é um relatório a ser produzido sempre *a posteriori*, como forma de verificar os efeitos decorrentes do ato

normativo e seus impactos sobre a tríade já referida: Estado, mercados e sociedade. Contudo, apesar de ser um instrumento bem importante, mas tendo em vista ser um instrumento *a posteriori* e devido à amplitude e foco científico, as ARR não farão parte das pesquisas nesta dissertação.

A AIR, portanto, é instrumento prático, na forma de um documento, que para além de subsidiar a tomada de decisão sobre a adoção de um ato normativo, deve também ser utilizado para medir, nessa presente proposta, a eficiência *dos meios*, no modelo regulatório, dentro das dimensões propostas: jurídica e econômica. A sua qualidade e a destreza na sua elaboração requer, assim, uma detida análise de vários itens de natureza jurídico-doutrinária e elementos econômicos-regulatórios – o que se traduz em todo o estudo contido no Capítulo 3.

Exatamente por isso, ou seja, pela importância de um resultado eficiente das AIRs e a qualidade de seu conteúdo nas dimensões já exaustivamente referidas, o capítulo 3 se debruçará sobre a real medida de eficiência desse instrumento, através de pesquisa, levantamento e análise de dados que abarcará uma amostragem de AIRs de uma Agência Reguladora Federal, e isso por meio de várias tabelas, gráficos, cálculos, fórmulas e coeficientes. Com isso, espera-se construir uma visão panorâmica da situação e obter resultados que levem a reflexões sobre o conteúdo na elaboração das AIRs dentro das agências reguladoras.

2.4 Três ponderações finais importantes sobre a AIR

Fica claro, depois do histórico da AIR e de sua legislação no Brasil percorridas nos itens 2.1 e 2.2 deste capítulo, não só a importância desta ferramenta de governança regulatória como também a sua necessidade jurídico-econômica para que haja, respectivamente, mais segurança jurídica e crescimento/desenvolvimento econômico. Ainda assim, algumas ponderações se fazem importantes antes de partir para a pesquisa científica que demonstrará os percentuais de eficiência das AIRs nas dimensões já referidas, uma vez que há vários itens e elementos a serem mensurados dentro delas, de forma que tudo isso será posto à prova, a fim de que conclusões sejam definidas em relação a esse imprescindível procedimento regulatório.

A primeira ponderação se refere à ideia que a AIR é **uma medida de prevenção regulatória**. Semelhantemente às questões ambientais, onde se aprende sobre os princípios da precaução e da prevenção, no Direito Regulatório a prevenção é uma decorrência da própria contemporaneidade em que se vive, vale dizer, uma sociedade de riscos⁹². Mas, diferentemente da precaução ambiental, que determina sua aplicação em impactos conhecidos porém incertos, a prevenção regulatória, segundo GUERRA (2023),

⁹² A sociedade contemporânea e globalizada recebe, de alguns autores, a denominação de ‘sociedade de riscos’, expressão cunhada que representa toda a movimentação econômica mundial após a queda do muro de Berlim, em 1989. Ver BECK, GIDDENS E LASH (1997).

Corresponde à base para escolhas administrativas difíceis em sistemas regulados, no sentido de que o Estado se antecipe aos desafios decorrentes da complexidade cotidiana, que traz riscos à sociedade. (p. 300).

O jurista continua o raciocínio do que ele chama de primeira dimensão da reflexividade administrativa⁹³, que é a prevenção regulatória

(...) para a contenção dos perigos abstratos a que está submetida a sociedade. O conteúdo cautelar da prevenção se relaciona com a necessária detenção e disponibilização de informações certas e, na medida do possível, precisas sobre os riscos que podem afetar o subsistema regulado e, conseqüentemente, os usuários, consumidores e agentes regulados que prestam serviços públicos e exercem atividades econômicas reguladas.

Com base nessa dimensão, os reguladores devem se valer de instrumentos, tais como estudos científicos, pesquisas teóricas e empíricas, planejamento, parcerias e contratações, fomento, consultas e audiências públicas, **análise de impacto regulatório** – v.g. custos e benefícios – normatização técnica, agenda e revisão de estoque regulatório, fiscalização, sanção, elaboração de *guidelines*⁹⁴ e experimentalismos, a exemplo da *sandbox*⁹⁵ regulatória. (Grifos do mestrando).

Assim, a prevenção regulatória é um quase que um princípio basilar da AIR, por assim dizer, uma vez que, com base nessa premissa, se pode vislumbrar uma de suas principais características, que é a de emitir uma espécie de parecer sobre a atividade ou norma regulatória que se quer estabelecer: se boa ou ruim, se impactante ou irrelevante, se perigosa ou apropriada no contexto em que se insere.

A segunda ponderação diz respeito à **integração da AIR no conceito de *accountability***, uma vez que a transparência em sua elaboração e divulgação, bem como a necessidade de responsabilização caso não seja apropriadamente observado ou justificadamente relativizado são aspectos que não só unem AIR à *accountability* como também agrega eficiência na tomada de decisão regulatória. *A eficiência da AIR decorre sobretudo da transparência do processo de tomada de decisão regulatória e (...) da possibilidade de responsabilização dos agentes públicos (...) [que] dá-se o nome de accountability* (VALENTE, 2013, p. 129).

Em 2010, defendendo sua tese de mestrado, VALENTE (2010) já se referia ao *accountability* das AIRs dentro do contexto democrático:

A transparência e a responsabilização apresentam relação direta, pois a responsabilização do agente regulador implica em 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*. (p. 132).

⁹³ A reflexividade administrativa é o *nomen iuris* que o autor propõe para discricionariedade administrativa no âmbito do Direito Regulatório, onde são mitigados os institutos da *conveniência* e da *oportunidade*, por exemplo.

⁹⁴ *Guidelines* são diretrizes gerais no âmbito da regulação.

⁹⁵ *Sandbox* é um ambiente experimental, onde uma empresa possui um regime diferente das demais por um período a fim de testar as hipóteses e as teorias regulatórias, com vistas à inovação e desenvolvimento em setores econômicos.

Para LIMA (2022):

A AIR constitui-se, portanto, em procedimento útil para prestação de contas do agente público perante a sociedade e os órgãos de controle, possibilitando maior sindicância, não só da legalidade em sentido estrito, mas também da razoabilidade do juízo de discricionariedade técnica, se foram justificadas a intervenção e a escolha, do ponto de vista técnico e jurídico, se os critérios para a tomada de decisão foram observados e se não houve desvios ou favorecimentos (FURTADO, 2016, p. 925). Sob esse prisma, a ferramenta [AIR] exerce pressão na observância da imparcialidade e da moralidade do agir administrativo, aumentando a credibilidade e favorecendo uma percepção de lisura da atuação regulatória. (pp. 76-77).

E a terceira e última ponderação importante e final é **considerar a AIR como um instrumento de controle político dos agentes reguladores**, a fim de reduzir o *déficit* democrático do Estado Regulador, uma vez que há a participação não só da sociedade civil em sua formulação (audiências públicas com cidadãos e entidades da sociedade civil organizada) bem como um controle institucional tanto do Congresso Nacional quanto do Poder Executivo. Tal dimensão da AIR foi proposta por VALENTE (2010), pois para ela

A avaliação de impacto regulatório funciona como mecanismo de controle político do agente [regulador] pelo principal [sociedade, Congresso Nacional e Poder Executivo] na medida em que proporciona a redução da assimetria de informações sobre o mercado regulado. Dessa forma, possibilita que o principal minimize o chamado ‘risco da agência’ e garanta o comprometimento do agente às suas preferências políticas e aos seus agentes. (p. 148).

É claro que a AIR não se presta ao monitoramento das atividades regulatórias, mas ela acaba possuindo mais uma funcionalidade, que é a de ser *um instrumento institucional de controle político do principal*⁹⁶. Bem se vê que há uma grande variedade de atores que podem ser afetados por uma decisão regulatória, e para cada sujeito desses existe uma maneira peculiar e individualizada de compreender essa ferramenta da AIR em seu próprio âmbito de atuação e interesses. Nesse sentido, a AIR se consubstancia, igualmente, em *procedimento administrativo que permite a recomposição do déficit democrático próprio do Estado Regulador por meio do controle político*⁹⁷ dos atores já mencionados.

VALENTE (2010) citando POSNER (2001) ainda pondera que

Essa ferramenta altera significativamente a relação entre esses dois sujeitos. Com a AIR, passa-se de um estágio onde havia assimetria de informação do principal em relação ao setor e às atividades do agente, para outro com informação abundante. Sem essa ferramenta, por óbvio, o principal não está totalmente desamparado. Ele pode inferir que algumas medidas regulatórias têm potencial de beneficiá-lo ou prejudicá-lo. Todavia, com a AIR, o principal pode concordar ou discordar de uma medida baseado em evidências mais concretas e menos intuitivas. (p. 145)

⁹⁶ VALENTE, 2010, p. 148.

⁹⁷ Ibid, p. 141.

Cuida-se, portanto, de agregar valor ao papel da AIR, eis que, para além do que já fora dito, também monitora a qualidade e a eficiência dos atos normativos regulatórios, ainda que de forma indireta, reduzindo-se desta forma o *déficit* democrático existente entre a sociedade civil e os agentes reguladores e regulados.

Os papéis da AIR no âmbito do fenômeno regulatório parecem ser bem impactantes diante destas 3 ponderações. De fato, considerar a AIR uma medida de prevenção regulatória, um instrumento de controle político dos agentes reguladores e integrar o conceito de *accountability* são atribuições que pairam sobre o instituto em estudo de forma não só fulcral como necessária para que seja devidamente valorizada e utilizada de forma abrangente, técnica e eficiente pelos órgãos e entes da Administração Pública.

CAPÍTULO 3

A EFICIÊNCIA DAS ANÁLISES DE IMPACTO REGULATÓRIO – AIRs NA ANAC⁹⁸

3.1 A Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC

A ANAC é uma Agência Reguladora Federal criada pela Lei n. 11.182/2005, ou seja, a última agência reguladora federal desde que iniciou-se esse processo do qual já foi explicado, da implantação de um Estado Regulador, em meados da década de 90, com a criação das primeiras agências reguladoras, a ANEEL (Lei n. 9.427/1996) e a ANATEL (Lei n. 9.472/1997), pouco mais de 6 meses depois. Depois dela, só a ANM⁹⁹, já nos idos de 2017, foi também criada por lei¹⁰⁰ para regular o setor de mineração, setor que já estava sendo, de certa forma, regulado pelo DNPM¹⁰¹ órgão do Poder Executivo Federal subordinado ao Ministério de Minas e Energia.

As agências reguladoras, como já foi discorrido nesta dissertação, são autarquias especiais integrantes da Administração Indireta e vinculadas ao ministério competente, administradas por dirigentes com mandato fixo, que atuam na regulação e fiscalização de setores econômicos os mais diversos. Atualmente, são onze as agências reguladoras federais, todas criadas por lei ordinária e hoje previstas no art. 2º da Lei n. 13.848/2019. No caso da ANAC, a agência regula um dos setores mais complexos da economia mundial, que é o dos aeroportos, definida na Constituição Federal como serviço público de competência da União e subdividida em navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária¹⁰².

Assim, nessa categoria elevada de importância, com *status* constitucional, os serviços aeroportuários exigem do Estado uma atenção toda especial, seja em termos técnico-operacionais – pois lidam com voos permanentes e milhares de vidas humanas cotidianamente – seja em termos financeiros-comerciais – pois atraem a iniciativa privada como um todo. Por consequência, a capilaridade dos produtos e serviços necessários para seu funcionamento envolve uma cadeia gigantesca de fornecedores e bilhões de reais em investimentos, os quais precisam ser adequadamente acompanhados, fiscalizados e estimulados não só em quantidade como em qualidade.

Como também já dito, a legislação¹⁰³ acerca das AIRs informa que esses procedimentos se aplicam às agências reguladoras e são necessários quando da adoção ou alteração de atos normativos de interesse geral, os quais verificarão a razoabilidade de seu impacto econômico a fim de subsidiarem a tomada de decisão pela autoridade regulatória. Informa, também, os casos em que as AIRs não serão realizadas e os casos

⁹⁸ Agência Nacional de Aviação Civil.

⁹⁹ Agência Nacional de Mineração.

¹⁰⁰ Lei n. 13.575, de 26 de dezembro de 2017.

¹⁰¹ Departamento Nacional de Produção Mineral.

¹⁰² Art. 21, XII, c.

¹⁰³ Leis ns. 13.848/2019 e 13.874/2019, e Decreto n. 10.411/2020.

em que poderão ser dispensadas, bem como os de obrigatoriedade na elaboração do procedimento – muito embora esses últimos não estejam contemplados expressamente nos normativos, o que é preocupante pois pode abrir precedentes que prejudiquem a eficiência do mercado no âmbito regulatório.

Nos casos em que não se aplicam a elaboração de AIRs, destacam-se aqueles que consolidam outras normas, as que não alteram o mérito, e aqueles de efeitos concretos¹⁰⁴. Já os casos em que se pode dispensar a AIR, estão principalmente os de urgência, de baixo impacto, de revogação de normas obsoletas, e os casos que reduzam exigências, restrições e custos regulatórios – todos acompanhados de decisão fundamentada, por Nota Técnica.

Como foi dito no parágrafo anterior, não há uma lista expressa de casos em que a AIR deverá ser realizada, mas tão somente uma menção¹⁰⁵ de que elas serão realizadas quando se tratar de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores/usuários dos serviços prestados. Contudo, é expresso nas Leis ns. 13.848/2019 e 13.874/2019 que o regulamento deveria dispor sobre casos em que se faz obrigatória a elaboração de AIRs, mas isso não ocorreu até hoje, mesmo já tendo sido expedido o decreto regulamentador, de número 10.411, no ano seguinte, em junho de 2020. Tal situação causa estranheza uma vez que o comando legal ainda não foi observado pelo referido decreto, mesmo já tendo passado quase 4 anos de sua publicação.

A ANAC, exatos seis meses depois das referidas leis, e pouco menos de três meses antes do decreto executivo federal sobre as AIRs, publica a Instrução Normativa n. 154/2020¹⁰⁶, estabelecendo diretrizes e procedimentos para o processo regulatório e a melhoria contínua da qualidade regulatória. E embora esteja na seção I, nos arts. 17 a 21, tratando especificamente da AIR, não há, igualmente, menção a casos em que são obrigatórios a elaboração do procedimento – o que de certa forma também prejudica uma análise positiva da eficiência se for considerar que haveria mais transparência regulatória se já estivesse estipulado os casos obrigatórios.

Por outro lado, a agência reguladora divulga em seu sítio várias publicações a respeito da sua atuação, competência, e outras diretrizes relacionadas à AIR. Segundo o site da ANAC:

A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) atua para **promover a segurança da aviação civil** e para **estimular a concorrência e a melhoria da prestação dos serviços no setor**. O trabalho da Agência consiste em **elaborar normas, certificar empresas**, oficinas, escolas, profissionais da aviação civil, aeródromos e aeroportos e fiscalizar as operações de aeronaves, de empresas

¹⁰⁴ Ou seja, destinados a disciplinar situação específica, cujos destinatários sejam individualizados.

¹⁰⁵ Arts. 6º da Lei n. 13.848/2019, 5º da Lei n. 12.874/2019 e 3º do Decreto n. 10.411/2020.

¹⁰⁶ Disponível em <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/instrucoes-normativas/2020/instrucao-normativa-no-154-20-03-2020>. Acesso em: 15 mar 2024.

aéreas, de aeroportos e de profissionais do setor e de aeroportos, **com foco na segurança e na qualidade** do transporte aéreo.¹⁰⁷ (Grifos do mestrando).

Em relação à normatização em si, que é o objeto desta dissertação, pois pretende neste capítulo analisar a eficiência das AIRs na agência reguladora, o site também informa que

Ao estabelecer as regras para o funcionamento da aviação civil no Brasil, a ANAC **revisa, atualiza e edita regulamentos técnicos e relacionados a aspectos econômicos**. A instituição dessas normas geralmente é **precedida de consultas e audiências públicas**, para ouvir a sociedade, e de **estudo sobre o potencial impacto da decisão sobre o setor**. As normas técnicas da ANAC consideram os preceitos das instituições e organizações internacionais de aviação das quais o Brasil é signatário.¹⁰⁸ (Grifos do mestrando).

No site da agência reguladora também se encontra, além de inúmeras informações sobre sua atuação no setor de aviação civil, uma apostila onde estão diretrizes para a qualidade regulatória de suas atividades. Destaca-se o que foi denominado de conceitos basilares da ANAC, que são a natureza da regulação e o tipo de atividade:

A natureza da regulação é dependente da temática regulada pela Agência. As principais temáticas tratadas na ANAC são *safety* (**segurança operacional**), *security* (**segurança contra atos de interferência ilícita - AVSEC**), **regulação econômica de aeroportos e acompanhamento do mercado de transporte aéreo**. Os dois primeiros temas são comumente denominados regulação técnica, ao passo que os dois últimos, **regulação econômica**.

(...)

Por seu turno, *security* refere-se à **proteção** da aviação civil **contra atos intencionais que ameacem ou coloquem em risco pessoas ou bens**, por meio de medidas preventivas e recursos humanos e materiais.

(...)

No que tange à regulação econômica, o enfoque da Agência é buscar o maior nível de concorrência possível. (...) No caso dos aeroportos, convém um maior cuidado da Agência ao estabelecer **regras e incentivos que inibam as possibilidades de exercício de poder econômico**, garantindo que a maior qualidade na infraestrutura seja disponibilizada com **modicidade tarifária** e que também **promovam o equilíbrio** entre os diferentes elos que atuam nos aeroportos.

(...)

Outra forma de classificação da atuação da ANAC se dá conforme **o tipo da atividade regulatória exercida. São três tipos (também definidos como macroprocessos finalísticos): Regulamentação, Certificação e Outorga, e Fiscalização. A Regulamentação compreende os processos relacionados ao estabelecimento de requisitos a entidades do sistema de aviação civil por meio da elaboração e atualização de atos normativos de competência da ANAC**¹⁰⁹. (Grifos do mestrando).

Bem se vê, assim, que a ANAC faz a divulgação do seu trabalho, que envolve a emulação da concorrência, a melhoria da prestação de seus serviços, o foco na

¹⁰⁷ Disponível em <https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/competencias>. Acesso em: 14 mar 2024.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Disponível em <https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/anexo-i-diretrizes-para-a-qualidade-regulatoria-da-anac.pdf>. Acesso em: 14 mar 2024.

segurança e na qualidade do transporte aéreo e na elaboração e atualização de seus atos normativos – em geral precedidos de estudos de impacto econômico no setor. Também tem ciência de suas competências regulatórias e estabelece diretrizes basilares para a definição de suas atividades, as quais englobam uma regulação em seu aspecto econômico, por meio de acompanhamento do mercado e estímulo ao maior nível de concorrência possível – em benefício dos milhões de usuários que se utilizam dos serviços e da infraestrutura de transporte aéreo diariamente no país.

3.2 As AIRs na ANAC

A agência reguladora possui um extenso guia orientativo para elaboração de AIRs, publicado em 2020 em seu site¹¹⁰, baseado no Guia de AIR da Casa Civil¹¹¹. Entre outras coisas, esse guia traz um importante histórico das AIRs na ANAC desde a sua implementação na agência, ainda em 2012, ou seja, sete anos antes de sua obrigatoriedade por lei:

Para sistematizar e padronizar as informações lançadas pelas equipes nos processos normativos e decisórios da Anac, **foi editada a Instrução Normativa nº 61, de 3 de julho de 2012, que listou o rol de informações mínimas a serem detalhadas** e estabeleceu a competência da Superintendência de Planejamento Institucional – SPI para editar o **modelo de formulário a ser adotado** (o “Formulário de Análise para Proposição de Ato Normativo – FAPAN”).

Nos anos seguintes, com o avanço das equipes nas metodologias de análise e na instrução dos processos normativos, verificou-se que os processos passaram a ser compostos de uma relação mais numerosa e extensa de documentos e informações, **constatando-se que o FAPAN acabava**, em alguns casos, **replicando informações** já estruturadas **sem ganhos efetivos para o processo ou limitando o registro de análises mais aprofundadas ou abrangentes**.

Com a edição da Instrução Normativa nº 154, de 2020, foi simplificada a instrução dos processos regulatórios, que não mais demandam a elaboração de FAPAN. Juntamente com a mudança, **foi criada no Sistema Eletrônico de Informações – SEI a categoria de documento “Relatório de AIR”**, que substituiu a categoria Nota Técnica como o repositório central das informações da análise de impacto regulatório. (Grifos do mestrando).

Em relação à eficiência, o guia traz uma referência a esse critério quando trata da metodologia de Análise de Custo-efetividade, previsto na legislação como uma das seis metodologias aplicáveis à AIR. Num quadro comparativo, ele traz, dentre as vantagens dessa metodologia, a que “permite um índice de *comparação de eficiência* das diferentes opções e a eliminação daquelas menos eficientes”¹¹², sem contudo informar como funciona este índice de comparação, deixando uma lacuna de entendimento de como isso poderá ser feito.

¹¹⁰ Disponível em https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/governanca-regulatoria/arquivos/Guia_AIR_RevA_2020.08.21_retificado_2020.12.pdf. Acesso em: 15 mar 2024.

¹¹¹ Disponível em <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao>. Acesso em: 15 mar 2024.

¹¹² Disponível em https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/agenda-regulatoria/arquivos/guia_air_v00.pdf. Acesso em: 16 mar 2024.

O guia também traz mais duas expressões relacionadas à eficiência, sem explicar seus critérios e métodos de avaliação, ao aconselhar que se leve em conta, no planejamento da implementação de uma AIR, as *diretrizes de eficiência*¹¹³, e quando orienta que se utilize, no planejamento do monitoramento, *indicadores de eficiência*¹¹⁴. O documento é, de fato, bem completo em muitos aspectos, mas em relação a uma dimensão econômico-regulatória da eficiência, como demonstrado no subtópico 1.1.2 desta dissertação, não parece haver referências que preconizem a natureza eminentemente econômica da eficiência no âmbito regulatório.

Na prática das elaborações de AIRs, elas são requeridas quando se tratam de atos normativos de interesse geral dos regulados ou dos usuários dos serviços prestados, os quais geralmente se encontram em Resoluções, pois os demais atos normativos ou não se relacionam à necessidade de AIRs ou são de notório baixo impacto, ou seja, os recursos dispendidos na sua elaboração serão maiores que as taxas de retorno. Assim, a pesquisa foi feita nas Resoluções, que por definição interna prevista na Instrução Normativa n. 23/2009 da ANAC, são utilizadas para “*aprovar ou baixar normas regulamentares e regimentais*”.

Atualmente, a ANAC possui 738 Resoluções desde a sua implementação, em 2006. Contudo, a pesquisa não analisou 738 AIRs, mesmo porque nem toda Resolução é precedida dela, e nem toda Resolução em que há uma AIR, ela encontra-se disponível no sistema, por *n* motivos, dentre eles a classificação do documento como sendo restrito ou sigiloso. Há também casos em que a Resolução possui uma Nota Técnica justificando a dispensa da elaboração de uma AIR pelos motivos legais já expostos no início deste último capítulo.

A tabela a seguir mostra a publicação das Resoluções ao longo deste período:

NÚMERO DE RESOLUÇÕES NA ANAC																		
2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024
5	10	47	63	46	33	46	42	53	22	33	58	42	39	63	51	46	28	11
TOTAL 738																		

Figura 3

Fonte: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes>.

A obrigatoriedade das AIRs só passa a vigor a partir do ano de 2019, nos meses de junho e setembro, época da pandemia de COVID-19, e a regulamentação vem no ano seguinte, pela ANAC em março de 2020 (IN n. 154) e pelo Governo Federal em junho de 2020 (Dec. N. 10.411), também época de pandemia, onde provavelmente os serviços ficaram prejudicados de alguma forma. Antes desse período, como já dito, as AIRs eram, sim, elaboradas, mas sob um outro arcabouço legal, que não foi objeto desta

¹¹³ Ibidem, p. 87.

¹¹⁴ Ibidem, p. 93.

dissertação – mesmo porque a legislação atual é até recente, robusta, e inaugura uma fase que se considera alvissareira na evolução da elaboração das AIRs no Brasil.

3.3 A pesquisa do nível de eficiência das AIRs na ANAC

As AIRs foram analisadas quanto aos critérios objetivo (quantitativo) e subjetivo (qualitativo) da eficiência, e pesquisados nos anos de 2022 e 2023, em 74 Resoluções, onde encontrou-se 16 delas com os procedimentos, totalizando 357 páginas de AIRs. No critério quantitativo, o parâmetro de mensuração foi verificar a frequência do termo *eficiência*, *eficiência econômica* e *eficiência regulatória* no texto da AIR. Já no critério qualitativo, o parâmetro de mensuração foi verificar se a AIR atendia às duas dimensões da eficiência explanados no Capítulo 1 – eficiência jurídico-doutrinária e eficiência econômico-regulatória – cujos itens de avaliação serão mostrados mais à frente.

Ao informar que foram analisadas 16 AIRs em 78 Resoluções (pouco mais de 20% delas), significa dizer que foram analisadas **todas** as AIRs que conseguiram ser acessadas em todas as Resoluções que havia AIRs em seus processos administrativos. A tabela que se segue vai mostrar o que foi (ou não) encontrado em cada Resolução analisada, pois é um quadro-geral dos números absolutos e percentuais da parte inicial da pesquisa:

QUADRO GERAL DAS AIRs NAS RESOLUÇÕES DA ANAC						
	2022	%	2023	%	TOTAIS	%
AIR Encontrada	10	21,74	6	21,43	16	21,62
AIR Dispensada	13	28,26	14	50,00	27	36,49
AIR / Voto Restrito	2	4,35	5	17,86	7	9,46
Revogação de Norma	19	41,30	1	3,57	20	27,03
Consulta Pública	2	4,35	2	7,14	4	5,41
TOTAIS	46		28		74	

Figura 4

Ressalte-se, como demonstrado nesta tabela, que não há uma AIR em cada Resolução, pois muitas Resoluções não impescindem de uma AIR por não ser necessária e também por haver casos de dispensa previstos na legislação, principalmente por tratar-se de revogação de normativos. Há casos também de AIR que estão restritos no sistema e só são possíveis seu acesso via LAI¹¹⁵, o que demandaria semanas para obter uma resposta e por esse motivo acabou sendo, infelizmente, descartada da pesquisa.

¹¹⁵ Lei de Acesso à Informação, Lei n. 12.527/2011.

Esclareça-se, também, que optou-se por descartar o ano corrente de 2024 por ele ainda estar em curso, e buscou-se os anos de 2022 e 2023 para que a amostragem fosse considerada razoável para discutir a eficiência das AIRs em suas dimensões jurídico-doutrinária e econômico-regulatória como teorizada no primeiro capítulo.

As próximas duas tabelas mostram, respectivamente, um resumo dos números da pesquisa realizada nas Resoluções onde foram encontradas AIRs nos anos referidos e seus respectivos objetos – ou também chamado de problema regulatório:

RESOLUÇÕES DE 2022 e 2023 COM AIRs					
2022			2023		
Resolução	Processo SEI	Páginas de AIR	Resolução	Processo SEI	Páginas de AIR
662	00058.004368/2021-14	11	710	00066.004929/2021-86	10
667	00058.002935/2020-17	8	712	00058.042039/2020-91	88
674	00058.042481/2019-83	7	715	00058.051511/2020-86	28
678	00058.007023/2022-01	7	717	00058.029624/2019-61	39
682	00058.047435/2020-12	26	719	00058.025261/2018-12	38
686	00058.015364/2021-61	11	720	00058.017697/2022-14	8
691	00058.004182/2019-41	42	Total de páginas de AIRs		211
692	00058.042175/2019-47	5			
696	00058.006804/2022-71	18			
699	00058.006805/2022-15	11			
Total de páginas de AIRs		146			
Total de AIRs analisadas em 2022		10	Total de AIRs analisadas em 2023		6
TOTAL DE PÁGINAS DE AIRs 2022/2023					357
TOTAL DE AIRs ANALISADAS EM 2022/2023					16

Figura 5

OBJETO DAS AIRs			
2022 / 2023			
Ordem	Resolução	AIR	Problema regulatório
1	662	5/2021/GTNI/SAR	Falta de harmonização entre a regulamentação brasileira sobre a certificação das emissões de CO2 de aviões.
2	667	14/2021/GTNI/SAR	Diferença entre os requisitos para certificação de tipo de aeronaves no Brasil e nos Estados Unidos (asas rotativas).
3	674	6/2021/GTNI/SAR	Diferença entre os requisitos para certificação de tipo de aeronaves no Brasil e nos Estados Unidos (motor aeronático).
4	678	1/2022/GESI/STI	Uso de sistemas informatizados por regulados da ANAC para registro de informações.
5	682	NT 12/2020/GTRC/GEAM/SAS	Alocação de horários de chegadas e partidas em aeroportos coordenados.
6	686	17/2021/GTNI/SAR	Expansão de categoria de aeronave mais antiga, de 3 e 4 lugares, para certificação de uso.
7	691	NT 41/2020/GTNO-SIA/GNAD/SIA	Atualização da norma para certificação operacional de aeroportos pela ANAC.

8	692	6/2021/GTNO-GNOS/GNOS/SPO	Atualização da norma que prevê operação de empresas estrangeiras no transporte de táxi aéreo público no Brasil.
9	696	2/2022/GERE/SRA	Revisão das taxas de desconto dos fluxos de caixa dos aeroportos de Florianópolis, Porto Alegre, Fortaleza e Salvador.
10	699	1/2022/GERE/SRA	Revisão do fator de produtividade para reajustes tarifários dos aeroportos concedidos de Brasília, Campinas e Guarulhos.
11	710	1/2021/GTPR/GCPP/SAR	Atualização da norma sobre uso de aeronaves não tripuladas para operações com agrotóxicos e afins.
12	712	4/2021/GTNO-SIA/GNAD/SIA	Operação e manutenção de aeródromos com gestão de risco.
13	715	1/2021/GTCE/GOAG/SPO	Certificação dos operadores e requisitos operacionais nas aeroaplicadoras agrícolas.
14	717	NT 39/2020/GERE/SRA	Condições de acesso aos parques de abastecimento de aeronaves.
15	719	1/2021/GTNO-GNOS/GNOS/SPO	Aumentar a segurança em vôos comerciais em relação ao <i>Loss of control in flight</i> .
16	720	15/2022/GTNO-GNOS/GNOS/SPO	Alterações nos requisitos de pessoal da administração para diretor de operações.

Figura 6 – Grifos do mestrando.

3.3.1 Os critérios objetivo e subjetivo na análise da eficiência das AIRs

Em relação ao **critério objetivo (quantitativo)** na análise das AIRs, foi verificado, de forma direta, a frequência da ocorrência do termo *eficiência, eficiência econômica e eficiência regulatória* nos seus textos, sem uma análise de contexto, ou seja, de como o termo aparece no relatório. Assim, sem profundidade semântica, fez-se uma busca simples e direta do termo.

Contudo, e só para efeito de registro e observações das mais diversas, foi também verificado o contexto em que elas apareceram – se mais específico em relação à eficiência *de per si*, ou mais genérico, ou seja, em relação a outros aspectos que não tangenciavam o fenômeno regulatório. Nesse caso, o aspecto quantitativo não incorporou esses contextos, mas somente a menção aos termos *eficiência, eficiência econômica e eficiência regulatória*.

Assim, os resultados encontrados estão no quadro a seguir:

CRITÉRIO OBJETIVO DAS AIR - Menção à Eficiência						
2022 - 2023						
Ordem	AIR	Eficiência	Eficiência Regulatória	Eficiência Econômica	TOTAL	%
1	5/2021	0	0	0	0	0,00
2	14/2021	1	0	0	1	33,33
3	6/2021	1	0	0	1	33,33
4	1/2022	0	0	0	0	0,00
5	NT 12/2020	1	0	1	2	66,67
6	17/2021	1	0	0	1	33,33
7	NT 41/2020	1	0	0	1	33,33
8	6/2021	0	0	0	0	0,00
9	2/2022	0	0	0	0	0,00

10	1/2022	1	0	0	1	33,33
11	1/2021	1	0	0	1	33,33
12	4/2021	1	1	1	3	100,00
13	1/2021	1	1	0	2	66,67
14	NT 39/2020	1	1	1	3	100,00
15	1/2021	0	0	0	0	0,00
16	15/2022	0	0	0	0	0,00
TOTAL DE MENÇÕES		10	3	3	16	31,25
%		62,50%	18,75	18,75	33,33	
AIR com 3 termos		2	12,50%			
AIR com 2 termos		2	12,50%			
AIR com 1 termo		6	25%			
AIR sem termos		6	37,50%			

Figura 7

E ao fazer um recorte referente ao número de menções à eficiência em cada AIR, e também ao contexto dessas menções, o próximo quadro mostra essa relação:

CRITÉRIO OBJETIVO DAS AIR - Menções à Eficiência e Contextos							
2022 - 2023							
ORDEM	AIR	Eficiência	Eficiência Regulatória	Eficiência Econômica	TOTAL	Contexto da menção	TOTAL
1	5/2021	0	0	0	0	Não houve menção.	0
2	14/2021	5	0	0	5	Perda/aumento da; dos serviços.	1
3	6/2021	5	0	0	5	Perda/aumento da; dos serviços.	1
4	1/2022	0	0	0	0	Não houve menção.	0
5	NT 12/2020	32	0	1	33	Perda/aumento da; das operações; de utilização da infraestrutura/aeronaves ; da capacidade aeroportuária; critérios de; percentual de (tabela); utilização de slots; indicador de (utilização de slots).	1
6	17/2021	2	0	0	2	Mecanismos: regulatórios eficientes; de participação social.	1
7	NT 41/2020	3	0	0	3	de certificações; da alocação de recursos.	1
8	6/2021	0	0	0	0	Não houve menção.	0
9	2/2022	0	0	0	0	9 menções à eficácia contratual.	0
10	1/2022	8	0	0	8	ganhos de; do aeroporto; operacional.	1
Subtotal		55	0	1	56		6
11	1/2021	2	0	0	2	do Estado; da ANAC.	1

12	4/2021	10	1	1	12	da aeronave; operacional; ambiental; dos equipamentos de comunicação; da fiscalização; princípios da.	1
13	1/2021	7	1	0	8	da ANAC; das operações.	1
14	NT 39/2020	8	1	1	10	Perda/aumento da; indicadores de; do aeródromo; estimular a; alocativa;	1
15	1/2021	0	0	0	0	Não houve menção.	0
16	15/2022	0	0	0	0	Não houve menção.	0
Subtotal		27	3	2	32		4
TOTALS		82	3	3	88		10
Menções/AIR	%	5,13	0,19	0,19	1,83		0,63
Menções/AIR	2022:	5,50	0,00	0,10	1,87		0,60
Menções/AIR	2023:	4,50	0,50	0,33	1,78		0,67
	%	67,07	0,00	10,00	186,67		80,00
		32,93	50,00	33,33	177,78		66,67

Figura 8

No que respeita ao **critério subjetivo (qualitativo)**, é importante relembrar agora o que restou demonstrado no Capítulo 1, o qual tratou das *dimensões jurídico-doutrinária e econômico-regulatória da eficiência* – dimensões essas que a literatura já existente e lá utilizada corrobora amplamente. Assim, esses foram os dois aspectos observados na mensuração da eficiência das AIRs, ou seja, um de viés mais jurídico e outro de viés mais econômico, já que ambos formam a Teoria da Análise Econômica do Direito (AED). Importante, portanto, evocar uma breve síntese dessas dimensões a fim de contextualizar os itens selecionados para análise dos procedimentos.

Em relação à *eficiência jurídico-doutrinária*, não se pode esquecer que o Direito também precisa promover a eficiência, pois como disse BERTRAN (2019), as leis não são suas inimigas, e se inserem no fenômeno regulatório garantindo segurança jurídica a seus atores. Consequentemente, o Direito colabora para o desenvolvimento econômico e social e dá completude à eficiência regulatória em sua missão de ser indutor de políticas econômicas concorrenciais que estimulem uma entrega adequada aos consumidores e fomentem investimentos.

Por isso, as AIRs não podem descurar do aspecto jurídico em suas avaliações, necessitando que se ofereça fundamento legal que subsidie análises e soluções eficientes ao problema regulatório que se pretende normatizar e/ou regulamentar. Afinal, o modelo jurídico-doutrinário possui aspectos que formam a eficiência regulatória, como a economicidade, a qualidade, a produtividade e a boa administração.

Assim, foi verificado se as AIRs atenderam aos requisitos exigidos na legislação de regência – notadamente o Decreto n. 10.411/2020, do Poder Executivo, e a IN n. 154/2020, da ANAC. As leis federais que inauguram a inserção das AIRs no arcabouço jurídico-normativo – que são as de n. 13.848 e 13.874, de 2019, tratam tão somente de algumas regras gerais, destacando-se apenas, para efeito dessa pesquisa, a verificação da razoabilidade do impacto econômico em relação ao problema e à solução regulatória, que será um dos itens de avaliação.

O decreto federal e a IN da ANAC regulamentam a legislação referida e pormenorizam os elementos obrigatórios formadores de uma AIR, os quais devem constar no relatório¹¹⁶. No total, dos doze itens obrigatórios previstos, entraram na verificação sete deles, que são a descrição das alternativas regulatórias e seus comparativos, a exposição dos possíveis impactos dessas alternativas, o mapeamento da experiência internacional, a identificação e definição dos efeitos e riscos da normatização sugerida, a descrição da estratégia para a implementação da alternativa sugerida, a metodologia específica justificada e comparativa¹¹⁷, e a descrição de contribuições e informações oriundas de outros órgãos da ANAC.

Importante informar que esses sete critérios foram selecionados com base na necessidade de delimitação da amostragem científica e tendo em conta um maior nível de importância e complexidade deles. Os demais itens obrigatórios foram considerados, para efeitos desta pesquisa, de menor importância e complexidade por serem itens-base na elaboração da AIR, como sumário executivo conciso, identificação do problema regulatório, dos agentes afetados pela decisão e a fundamentação legal e a definição dos objetivos a serem alcançados.

Assim, os resultados encontrados estão no quadro a seguir:

CRITÉRIO SUBJETIVO 1 DAS AIR - LEGISLAÇÃO/DOCTRINA											
2022 / 2023											
Ordem	Res.	AIR	Alternativas regulatórias	Possíveis impactos	Experiência Internacional	Efeitos e Riscos	Estratégias	Metodologia Justificada	Contribuições ANAC e Outros	TOT	%
1	662	5/2021	1	1	1	1	1	0	0	5	71,43
2	667	14/2021	1	1	1	1	1	0	0	5	71,43
3	674	6/2021	1	1	1	1	1	0	0	5	71,43
4	678	1/2022	1	1	0	1	0	0	0	3	42,86
5	682	NT 12/2020	1	1	1	1	1	1	1	7	100,00
6	686	17/2021	1	1	1	1	1	0	1	6	85,71
7	691	NT 41/2020	1	1	1	1	0	1	0	5	71,43
8	692	6/2021	1	1	1	0	1	0	0	4	57,14

¹¹⁶ Dec. n. 10.411/2020, art. 6º e 7º; IN n. 154, art. 18.

¹¹⁷ A metodologia específica é o parâmetro para aferir a razoabilidade do impacto econômico (Dec. n. 10.411/2020, art. 7º.

9	696	2/2022	1	1	1	1	1	1	1	7	100,00
10	699	1/2022	1	1	1	1	1	1	1	7	100,00
11	710	1/2021	1	1	1	1	1	1	0	6	85,71
12	712	4/2021	1	1	1	1	1	1	0	6	85,71
13	715	1/2021	1	1	1	1	1	1	1	7	100,00
14	717	NT 39/2020	1	1	1	1	1	0	1	6	85,71
15	719	1/2021	1	1	1	1	1	0	1	6	85,71
16	720	15/2022	1	1	1	0	1	0	0	4	57,14
Total de AIRs por item			16	16	15	14	14	7	7		
Percentual de AIR por item			100	100	93,75	87,5	87,5	43,75	43,75		

AIRs completas	4	25%	Em 2022:	30%	Em 2023:	16,67%
AIRs deficitárias	3	19%				
AIRs <u>sem</u> metodologia justificada	9	56,25				
AIRs <u>sem</u> contrib. ANAC e outros	9	56,25				

Figura 9

Já em relação à *eficiência econômico-regulatória*, rememorar suas principais ideias é identificar que o aspecto econômico se faz fundamental para uma maior compreensão da eficiência regulatória. Afinal, seu fundamento está calcado na entrega de resultados, no aumento da riqueza social e na maximização do bem-estar coletivo, ou seja, dos usuários/consumidores dos serviços e produtos regulados.

Assim, as AIRs devem trazer **elementos de eficiência econômica** em seu relatório, uma vez que o fundamento da regulação se ampara na eficiência, o qual é entendida, sob o prisma econômico, pela maximização de riquezas. Não se pode esquecer que a eficiência regulatória compreende também desconstruir a atual ideia de dicotomia e antagonismo entre órgão regulador e regulado – um dos maiores desafios dentro do complexo e intrincado fenômeno regulatório – prejudicando a economia.

A chamada Economia Clássica – incluindo a atual Escola de Chicago – entende atendida e eficiência econômica quando a sociedade como um todo ganhou, ainda que alguns indivíduos tenham perdido. Essa é a chamada Eficiência de Kaldor-Hicks, o qual é utilizada em questões mais complexas – tais como as originadas em questões de meio ambiente ou de regulação, por exemplo – e muito estudada e amplamente aceita pela própria Análise Econômica do Direito (AED).

Desta forma, as AIRs precisam atender a eficiência regulatória nesta dimensão econômica em Kaldor-Hicks, ou seja, contemplar **elementos de ganhos sociais** em detrimento de eventuais perdas individuais ou de pequenos grupos. É óbvio que essa

avaliação *ganham muitos/perdem poucos* vai depender, em grande medida, da origem socioeconômica dos atores e desde que não violem direitos adquiridos.

A eficiência regulatória é formada por conceitos basilares que explicam o comportamento econômico ideal do mercado, e um desses conceitos é o do equilíbrio, tanto que MIMARY (2021) bem lembrou que quando o mercado chega a um equilíbrio, diz-se que é eficiente. Sendo um padrão de interação entre a maximização da riqueza e a limitação de forças externas, o equilíbrio é parte integrante do fenômeno regulatório.

Portanto, se faz premente que as AIRs prestigiem **elementos de equilíbrio** em seus estudos, avaliações, escolhas e opções regulatórias. A eficiência econômico-regulatória depende desse ponto de equilíbrio, sopesando benefícios, efeitos e riscos para uma melhor alternativa regulatória que maximize riqueza sem extrapolar as restrições existentes.

São esses, portanto, os elementos que foram parametrizados nesta segunda parte da análise qualitativa das AIRs tendo em conta um maior nível de importância na teoria apresentada. Os elementos de eficiência econômica, ganhos sociais e equilíbrio formaram, para efeitos desta pesquisa, os critérios em relação à mensuração científica da eficiência econômico-regulatória.

Assim, os resultados encontrados estão no próximo quadro:

CRITÉRIO SUBJETIVO 2 DAS AIRs - ECONOMIA/REGULAÇÃO							
2022 / 2023							
Ordem	Resolução	AIR	Elementos de eficiência econômica	Elementos de ganhos sociais	Elementos de equilíbrio regulatório	TOTAL	%
1	662	5/2021	1	0	0	1	33,33
2	667	14/2021	1	0	0	1	33,33
3	674	6/2021	1	0	0	1	33,33
4	678	1/2022	0	0	0	0	0,00
5	682	NT 12/2020	1	0	0	1	33,33
6	686	17/2021	1	0	0	1	33,33
7	691	NT 41/2020	1	0	1	2	66,67
8	692	6/2021	0	0	0	0	0,00
9	696	2/2022	1	1	1	3	100,00
10	699	1/2022	1	0	0	1	33,33
11	710	1/2021/	1	1	0	2	66,67
12	712	4/2021	1	1	1	3	100,00
13	715	1/2021	1	1	1	3	100,00

14	717	NT 39/2020	1	1	1	3	100,00
15	719	1/2021	1	0	0	1	33,33
16	720	15/2022	0	0	0	0	0,00
Total de menções			13	5	5	23	
% de menções			81,25 %	31%	31,25%	47,92%	
AIR com 3 elementos			4	25%			
AIR com 2 elementos			2	12,5%			
AIR com 1 elemento			7	43,75%			
AIR sem elementos			3	18,75%			

Figura 10

E ao fazer um recorte referente ao número de elementos regulatórios em cada AIR, relacionando-os ao contexto das menções a esses três elementos pesquisados, o quadro a seguir mostra essa relação:

CRITÉRIO SUBJETIVO DAS AIRs - ECONOMIA/REGULAÇÃO CONTEXTO DAS MENÇÕES

2022 - 2023

Resol.	AIR	Contexto das menções econômicas	Contexto das menções sociais	Contexto das menções de equilíbrio	TOT	%			
662	5/2021	Diretriz de regulação econômica (tabela); bases econômicas; condição econômica do regulado ; agentes econômicos.	1	Não há menções.	0	Não há menções.	0	1	33,33
667	14/2021	Aspectos econômicos (tópico) ; balança econômica, impacto econômico.	1	Não há menções.	0	Não há menções.	0	1	33,33
674	6/2021	Aspectos econômicos (tópico) ; balança econômica, impacto econômico.	1	Não há menções.	0	Não há menções.	0	1	33,33
678	1/2022	Não há menções.	0	Não há menções.	0	Não há menções.	0	0	0,00
683	NT 12/2020	Economia de escala; eficiência econômica ; benefício econômico; agentes econômicos; extração econômica.	1	Benefícios sociais ; bem-estar social.	1	Distribuição equilibrada ; equilíbrio concorrencial.	1	3	100
686	17/2021	Condição econômica do regulado ; estímulo a agentes econômicos; direitos e interesses de agentes econômicos.	1	Não há menções.	0	Não há menções.	0	1	33,33

691	NT 41/2020	Economia nacional, impacto econômico; forças econômicas; agentes econômicos; decisão econômica.	1	Não há menções.	0	Equilíbrio no valor da multa aplicada, equilíbrio das distintas demandas do Estado, regulados e sociedade.	1	2	66,67	
692	6/2021	Não há menções.	0	Não há menções.	0	Não há menções.	0	0	0,00	
696	3/2022	Equilíbrio econômico financeiro; agentes econômicos; conjuntura econômica.	1	Custos sociais da elevação da taxa.	1	Equilíbrio econômico financeiro.	1	3	100	
699	1/2022	Agentes econômicos; regulação econômica.	1	Não há menções.	0	Não há menções.	0	1	33,33	
Subtotal		8	2	3	13	43,33				
710	1/2021/	Diretriz de regulação econômica (tabela); bases econômicas; condição econômica do regulado; agentes econômicos.	1	Riscos sociais.	1	Não há menções.	0	2	66,67	
712	4/2021	Atividade econômica; economia energética; impacto econômico das alternativas.	1	Impacto social das alternativas.	1	Alternativa equilibrada; equilíbrio do risco x custo.	1	3	100	
715	1/2021	Economia da agricultura; setor primário da economia; princípios da ordem econômica.	1	Benefício social auferível; regras de conduta social.	1	Equilíbrio no sistema de certificações; equilíbrio instável nas certificações dos operadores.	1	3	100	
717	NT 39/2020	Regulação econômica; agentes econômicos; arcabouço econômico-regulatório; ordem econômica; barreiras econômicas; fornecimento econômico de combustível; ativos antieconômicos; vantagens econômicas; economicamente inviável; análise econômico-financeira; custo econômico.	1	Controle social; participação social; serviço inferior ao socialmente ótimo.	1	Equilíbrio competitivo.	1	3	100	
719	1/2021	Economia financeira; economia de custos.	1	Não há menções.	0	Não há menções.	0	1	33,33	
720	15/2022	Não há menções.	0	Não há menções.	0	Não há menções.	0	0	0,00	
Subtotal		5	4	3	12	66,67				
TOTAL POR ITEM		13	6	6						
TOTAL DE MENÇÕES		48								
		2022	14	2023	12	TOTAL	25			
		%	43,33	%	66,67	%	52,08			

Figura 11

3.3.2 As análises da eficiência das AIRs na ANAC

3.3.2.1 O critério objetivo da eficiência das AIRs na ANAC

Em relação ao **critério objetivo (quantitativo)** na análise das AIRs, onde foi verificado a frequência da ocorrência do termo *eficiência*, *eficiência econômica* e *eficiência regulatória* no texto da AIR (Tabela 5), os resultados obtidos mostram números favoráveis e que se pode afirmar que são estáveis ou em evolução. Contudo, os demais números da tabela se revelam alguma preocupação e denotam a necessidade de aprimoramento em sua elaboração.

Um dos números positivos ficou por conta da evolução do número de AIRs que atendeu 100% do critério objetivo de eficiência em relação ao ano em que foi elaborada, pois enquanto em 2022 (cor verde) não houve nenhuma das 10 AIRs que atendessem 100%, o ano de 2023 (cor azul) apresentou um crescimento de 200%, com 2 das 5 AIRs (40%) atendendo integralmente o critério objetivo. Embora em 2022 nenhuma AIR tenha atendido o critério objetivo, houve um importante salto percentual e que demonstra terrenos significativos a serem percorridos.

Isso porque – e é a próxima análise a ser feita – as outras 40% das AIRs de 2023 não atenderam 1 dos 3 elementos que formam o critério objetivo, não fazendo menção à eficiência em nenhuma das suas 46 páginas¹¹⁸. As AIRs de 2023 que atenderam 100% do critério objetivo somam 127 páginas¹¹⁹ e mostram um esmero maior em contemplar não só a menção à eficiência como também mencionar suas subsidiárias econômico-regulatórias.

As demais análises mostram um quadro preocupante em termos de critério objetivo de eficiência. O maior índice foi de 62,5% e se refere às menções à *eficiência* nas AIRs, pois as menções à *eficiência regulatória* e à *eficiência econômica* foram de 18,75% em cada termo. As AIRs que não atenderam ao critério objetivo (sem menção a nenhum dos 3 termos) somam 37,5%, as que atenderam parcialmente (mencionando 1 ou 2 termos) computam os mesmos 37,5% (sendo 12,5% as AIRs que mencionaram 2 termos e 25% as que referiu a 1 termo), e as que atenderam integralmente o critério objetivo perfizeram 12,5% – todas em 2023.

Num pano rápido, e de forma a sintetizar os números da eficiência até essa parte da pesquisa, ou seja, referente ao critério objetivo, o índice de eficiência segundo os critérios estabelecidos nesta dissertação – tendo em vista a literatura regulatória até aqui visitada, e a análise das AIRs que se conseguiu acesso nos anos de 2022 e 2023 – é de 12,5%. Ressalte-se que, a rigor, a não menção à *eficiência* na AIR não significa, necessariamente, que essa AIR não tratou do tema em outra medida ou dimensão. Contudo, é de se observar que quando uma AIR não menciona o termo *eficiência* e/ou suas subsidiárias econômico-regulatórias, é um importante sinal ou indicativo de que seus técnicos, no limite, não se preocuparam com esse tema.

¹¹⁸ A Tabela 3 mostra o n. de páginas por AIR, e neste caso se trata das AIRs das Resoluções 719 e 720.

¹¹⁹ Tabela 3, Resoluções 712 e 717.

Neste sentido é que se há de se analisar, também, o contexto das menções à *eficiência* constante nas AIRs (Tabela 6) que a pesquisa realizada igualmente tratou de elaborar e tabular, em cruzamento com o mesmo trabalho feito em relação aos objetos de cada AIR pesquisada (Tabela 4), num total de 357 páginas e suas Resoluções e Processos SEI¹²⁰ (Tabela 3). Essas verificações, em alguma medida, acabaram não só contextualizando menções e não menções ao uso do termo *eficiência* nas AIRs, como também revelando algumas curiosidades ou dando cores e formas a algumas indagações que por vezes surgiram durante a pesquisa.

Uma interessante curiosidade são as 32 menções à AIR NT-12/2020 (faixa azul), elaborada em 26 páginas, utilizadas na Resolução n. 682/2022, e cujo objeto – ou problema regulatório – foi a *alocação de horários de chegadas e partidas em aeroportos coordenados*. Tendo sido o procedimento com o maior número de menções à eficiência (a média foi de 5,13), essa AIR, curiosamente, fez apenas uma menção à *eficiência econômica*, e nenhuma menção à *eficiência regulatória* e seus contextos, mas tão somente referindo de forma genérica ao termo, como perda/aumento de eficiência, eficiência das operações e eficiência de utilização da infraestrutura/aeronaves.

Com esse elevadíssimo número da AIR 1/2020 – um ponto realmente fora da curva – o maior percentual de menções à *eficiência* acabou sendo nesse ano de 2022, que foi de 5,5 por AIR no período (ante 4,5 em 2023), puxando também para cima o menor índice de procedimentos sem menções à *eficiência* (faixa amarela), que foi de 30% ante 33% em 2023 (faixa vermelha). No acumulado total, ou seja, em todo período pesquisado, as menções à *eficiência* nas AIRs somaram 57,32% em 2022 ante 42,68% em 2023, mas se a AIR 1/2020 tivesse uma média de menções dentro da curva, que esteve na casa dos 3,3 por AIR, a proporção aproximaria mais o desempenho, que seria de 54% em 2022 ante 46% em 2023.

Outra observação que impende realizar é que enquanto a média de menções à *eficiência* foi de 5,1 por AIR, a média de menções à *eficiência regulatória* e *eficiência econômica* foi de 0,19% nos dois itens. Noutra banda, nenhum dos outros dois itens de mensuração (*eficiência regulatória* e *eficiência econômica*), tiveram mais que 1 menção nas AIRs que abordaram os termos, enquanto que no item *eficiência* houve mais de 1 menção em 100% das AIRs que a abordaram em seus relatórios, e que ocorreu em 62% das AIRs pesquisadas.

Já a AIR 2/2022 foi um caso em que a pesquisa rumou para um lado e depois teve que retroceder, pois apesar de não conter, em suas 18 páginas, nenhuma menção a nenhum elemento de *eficiência* já referidos, possuía 9 menções à *eficácia* em um cenário contratual de concessão, pois se trata de revisão das taxas de desconto dos fluxos de caixa de alguns aeroportos¹²¹. Embora a *eficácia* seja um elemento formador

¹²⁰ Sistema Eletrônico de Informações, de onde se obteve os dados da pesquisa.

¹²¹ Aeroportos de Florianópolis, Porto Alegre, Fortaleza e Salvador.

da tríade administrativa eficiência-eficácia-efetividade¹²², não foi possível computá-lo no ambiente mensurado nesta dissertação pois o problema regulatório orbitava em torno do equilíbrio econômico-financeiro do contrato – tema diverso desta pesquisa.

Mas o que mais chamou a atenção em termos de análise regulatória foram observadas nas AIRs ns. 5/2021, 6/2021, 2/2022 e 1/2021 (faixa amarela), três delas em 2022 e a outra em 2023, pois apesar de tratarem de problemas considerados sensíveis e de considerável interesse de todos os atores regulatórios, não tiveram nenhuma menção à *eficiência*, nem em seu termo propriamente dito, ou em outros contextos, medidas ou dimensões similares. Tal constatação parece revelar um significativo caminho a ser percorrido na elaboração das AIRs na ANAC a fim que se vislumbre mais nitidamente o princípio da eficiência em movimento.

As AIRs em questão tratam, respectivamente, de temas sensíveis, como a regulamentação para certificação das emissões de CO2 em aviões, atualização normativa em operações com empresas de táxi aéreo estrangeiras, revisão de taxas aeroportuárias e atualização normativa dispendo sobre aumento da segurança quando há perda de controle em voos comerciais. O fato de não ter havido menções à eficiência nessas quatro AIRs, que somam mais de 70 páginas, parece revelar o que já se evidencia desde o início deste capítulo, ou seja, um quadro de apreensão no tocante a certas irregularidades normativas e algumas ineficiências regulatórias pontuais.

Concluída a análise das AIRs em seu aspecto objetivo, partiu-se para seu aspecto subjetivo, ou qualitativo, o que abarcou as dimensões jurídico-doutrinária e econômico regulatória da *eficiência*. Devido a essas duas dimensões da *eficiência*, a análise do aspecto qualitativo subdividiu-se em dois, sendo uma mais ligada ao Direito e outra mais ligada à Economia, jungindo assim a teoria da Análise Econômica do Direito (AED), e é o que se procurou verificar no subtópico a seguir.

3.3.2.2 Os critérios subjetivos da eficiência das AIRs na ANAC

No tocante ao critério subjetivo, que trata das questões qualitativas e sua relação específica com a *eficiência*, como dito, subdividiu-se em duas partes, vale dizer, relacionado às suas dimensões jurídico-doutrinária e econômico-regulatória – amplamente explanadas no Capítulo 1 e rememoradas no início deste Capítulo 3. Enquanto a primeira dimensão da eficiência verificou a observância das AIRs à legislação correlata, segunda tratou de analisar os três elementos estudados pela literatura em relação a essa dimensão e considerados os mais importantes neste estudo dissertativo, que são a *eficiência econômica*, os *ganhos sociais* e o *equilíbrio regulatório*.

¹²² Tema que foi explanado no Capítulo 1.

Ressalte-se que, na análise dos números jurídicos, a base normativa foi explorada de modo a poder mensurar a eficiência das AIRs. Nesse sentido, restou necessário uma delimitação dessa pesquisa onde buscou-se dados que representassem uma maior importância e complexidade, descartando aqueles dados que não fossem, nesse momento, relevantes.

Em relação ao primeiro critério qualitativo no que se refere à aderência das AIRs à legislação de regência, (Tabela 7), onde foram avaliados sete¹²³ dos doze critérios lá exigidos¹²⁴ por terem sido considerados neste estudo com o sendo os mais sensíveis, os resultados obtidos mostram um cenário mais apreensivo que o verificado no critério objetivo. De fato, quase todos os números da tabela não são muito favoráveis a um conceito de AIR eficiente e acendem sinais de alerta, ou seja, a necessidade de intervenções importantes em termos de aprimoramento em sua elaboração por parte dos técnicos da agência reguladora.

Em primeiro lugar, houve redução no número de AIRs que atenderam 100% deste primeiro critério qualitativo entre os anos de 2022 e 2023, pois enquanto em 2022 (cor verde) houveram 3 AIRs (em 10) que atenderam o critério, 2023 (cor azul) reduziu para 1 das 6 AIRs que atenderam integralmente o critério. Em termos percentuais, 2022 atinge 30% e 2023 alcança 16,67% de AIRs atendendo integralmente o critério – números que mostram preocupação ante a missão da ANAC em manter os procedimentos dentro de um padrão de qualidade e legalidade.

No cômputo geral do período pesquisado, então, as AIRs que atenderam todos os critérios legais somam 25%, não tendo sido constatado significativo crescimento neste atendimento integral entre 2022 e 2023. Já as AIRs que atenderam menos de 5 dos 7 itens analisados somam 19% ante uma evolução entre 2022 e 2023, sendo que em 2022 o índice foi de 20% ante 16,67% em 2023.

Quanto aos itens individualmente considerados, a maioria das AIRs tiveram um nível satisfatório de atendimento em relação a 5 dos 7 itens avaliados, alcançando índices de 100%, 93,75% e 87,5%. Destaque para *alternativas regulatórias* e *possíveis impactos*, os quais obtiveram 100% de atendimento deste primeiro critério subjetivo, embora representem 28% dos itens formadores deste critério.

Em contrapartida, *metodologia* e *contribuições* tiveram desempenhos mais modestos, na casa dos 43,75% de atendimento integral, ou seja, menos da metade, e significando dizer, também, que 56,25% das AIRs não expuseram suas metodologias de análise regulatória, ou contaram com as obrigatórias colaborações de órgãos da ANAC e outras entidades externas. Um dos dados positivos em relação a esses dois itens foi, coincidentemente, uma melhora de 10% de 2022 para 2023, vez que a evolução registrada subiu de 40% para 50% em todas as AIRs pesquisadas.

¹²³ Alternativas regulatórias, possíveis impactos, experiência internacional, efeitos e riscos, metodologia justificada e contribuições de órgãos da ANAC e outras entidades.

¹²⁴ Arts. 6º e 7º do Decreto n. 10.411/2020, e art. 18 da Instrução Normativa n. 154/2020, da ANAC.

Por fim, na avaliação anual dos itens individualmente considerados, os mesmos 5 dos 7 itens avaliados tiveram o mesmo desempenho de 100% em *alternativas regulatórias e possíveis impactos*, uma evolução entre 2022 e 2023, a saber, 100% ante 90% em *experiência internacional*, e 100% ante 80% em *estratégias*). E só foi constatado alguma involução no item *efeitos e riscos*, onde em 2022 registrou-se uma queda de 90% ante 83,35% verificado no ano de 2023.

Encerrada a análise das AIRs neste primeiro aspecto subjetivo, que calçou-se na dimensão jurídico-doutrinária, a próxima etapa foi dedicada ao segundo aspecto subjetivo, vale dizer, à dimensão econômico-regulatória. A verificação da aderência das AIRs a essa dimensão da eficiência (Tabela 8), se baseia na literatura apresentada nos capítulos anteriores acerca da Análise Econômica do Direito (AED).

Assim, foi feita uma análise em todas as AIRs sobre três elementos-chave: *de eficiência econômica*, *de ganhos sociais* e *de equilíbrio regulatório*. Essa formatação de mensuração foi a que restou considerada, nesta dissertação, a mais precisa encontrada para dar números e percentuais relacionados a essa parte da pesquisa das AIRs da ANAC nos anos de 2022 e 2023.

Impende observar a distinção entre o item *elementos de eficiência econômica* que se pretendeu buscar, do item *eficiência econômica* da tabela 5, que analisou o aspecto quantitativo. Enquanto esse aspecto mensurou o número de menções à expressão *eficiência econômica* nas AIRs, o aspecto qualitativo buscou verificar se ela possuía, em seu contexto, elementos que remetessem à eficiência econômica. É uma diferença um tanto sutil, mas que reflete a preocupação de que esta dissertação reflita os números mais precisos possíveis acerca da eficiência das AIRs pesquisadas.

Este segundo critério qualitativo, numa análise item a item, apresentou o maior de todos os índices, atingindo 81,25% em *elementos de eficiência econômica*, bem como uma evolução neste índice entre os anos de 2022 e 2023 atingindo 80% e, depois, 83,33%. Já em relação aos *elementos de ganhos sociais* e *de equilíbrio regulatório*, eles caem para 31% e 31,25%, respectivamente, mas evoluíram entre 2022 e 2023, de 10% para 66,68%, e de 20% para 50%.

Já no quesito anual, os números evidenciaram um crescimento de AIRs que contemplaram todos os elementos regulatórios, que subiu de 10% em 2022 para 30% em 2023. Inversamente, 18,75% das AIRs não contemplaram nenhum dos itens, tendo havido contudo uma redução dos procedimentos que não observaram esses elementos econômico-regulatórios entre 2022 e 2023, vez que caiu de 20% para 10%.

Dito de outro modo, foram encontrados AIRs sem nenhum dos três elementos qualitativos em seus relatórios, ou seja, sem qualquer menção à eficiência regulatória em nenhum dos 3 itens considerados essenciais já referidos. Esse número chegou a 18,75% de todas as AIRs pesquisadas, sendo que em 2022 o índice foi de 20% e em 2023 caiu pela metade, em 10%.

E em relação ao cômputo total dos elementos regulatórios presentes nas AIRs, o estudo apontou 25% desses procedimentos que abordaram todos eles. E verificou-se evolução das AIRs que, entre 2022 e 2023, atenderam a 100% dos três itens, pois enquanto em 2022 esse índice foi de apenas 10%, em 2023 houve um salto significativo, subindo para 50% das AIRs pesquisadas. E no apanhado geral das possíveis menções a todos os elementos regulatórios em todas as AIRs analisadas, o índice de abordagem foi de 47,92%, ou seja, menos da metade possível de se atingir se todas as AIRs abordassem os três elementos econômico-regulatórios.

Para concluir as análises, a Tabela 9 fez um recorte referente ao número de elementos regulatórios em cada AIR, relacionando-os ao contexto das menções a esses três itens pesquisados. Assim, ilustrou-se a referida tabela com quatro cores diferentes e alguns negritos para as considerações que foram reputadas como sendo as mais relevantes no âmbito da dimensão econômico-regulatória da eficiência.

Destacou-se a elaboração de quatro AIRs em 2022 que bem abordaram as questões econômicas do problema regulatório enfrentado¹²⁵ (em amarelo) e até mesmo abriram um tópico no relatório¹²⁶, intitulado *Aspectos Econômicos*, para pormenorizar a questão (em negrito). Tal padrão, de abordagem das questões econômicas do agente regulado, repetiu-se em 2023, mas apenas em uma¹²⁷ das AIRs analisadas, denotando certo abandono do padrão estabelecido no ano anterior, que deixou inclusive de abrir tópico sobre o aspecto econômico como forma promover mais eficiência neste aspecto.

Também foi observado a preocupação das AIRs em realçar as *condições econômicas do regulado*, já referidas, no enfrentamento do problema regulatório, como nos casos da emissão de CO2 nos aviões, a expansão da categoria de algumas aeronaves e uso de aeronaves não tripuladas com agrotóxicos (em azul, Tabela 4)¹²⁸. Contudo, tal não se observou em AIRs cujo problema regulatório parece ter a mesma natureza, como a certificação de aeronaves, manutenção de aeródromos e acesso aos parques de abastecimento (em verde, Tabela 4)¹²⁹.

Outro caso relevante é a bem elaborada AIR NT 12/2020¹³⁰, cuja Resolução n. 682 foi publicada em 2022, que trata da alocação de horários de chegadas e partidas em aeroportos coordenados¹³¹, uma vez que, além de fazer todas as menções específicas no contexto econômico-regulatório, foi a única AIR que utilizou a expressão *eficiência econômica* em seu relatório. Não à toa, essa AIR é a que possui 32 menções à *eficiência*, como relatado no aspecto objetivo, e obteve 100% de eficiência no critério subjetivo, que tratou da legislação, muito embora não tenha tido uma *performance* ideal nos demais critérios de análise.

¹²⁵ Resoluções ns. 662 e 686, na Tabela 9.

¹²⁶ Resoluções ns. 667 e 674, na Tabela 9.

¹²⁷ Resolução n. 710, na Tabela 9.

¹²⁸ Ver Tabela 4, que mostra o objeto das AIRs (ou problema regulatório).

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ NT significa Nota Técnica e tal documento foi utilizado, nesse caso, no sistema SEI, para elaborar a AIR.

¹³¹ Ver Tabela 4, em amarelo.

Bem elaborada também é a AIR 4/2021, cuja Resolução n. 712 foi publicada em 2023, que trata de operação e manutenção de aeródromos, onde também fez todas as menções específicas esperadas no contexto econômico regulatório e foi a que mais utilizou-se do item *impacto*, com mais de 152 menções, vários subtítulos e várias tabelas de impactos positivos e negativos em seu relatório de 88 páginas – a mais extensa AIR de todas. Também com 100% em eficiência no critério objetivo, ficou em 2º lugar com mais menções à eficiência, citando-o 10 vezes em seu relatório.

Em termos percentuais, para finalizar, as AIRs, no contexto das menções aos elementos econômico-regulatórios analisados, obtiveram índices de eficiência que orbitaram na casa dos 40% a 60%, uma vez que em 2022 atingiu 43,33%, elevando esse índice para 66,66% em 2023, contudo ficando na média de 53,08% no cômputo total do período. E ao encerrar essa parte das análises objetiva e subjetiva em termos de percentuais de eficiência, o próximo e último subtópico foi em busca de uma fórmula que expressasse os índices gerais de eficiência, a fim de dar números finais à pesquisa realizada nas AIRs da ANAC nos anos de 2022 e 2023.

Após a realização das análises de eficiência das AIRs da ANAC nos anos de 2022 e 2023 em suas dimensões jurídico doutrinária, cujo método orbitou em torno dos aspectos objetivo e subjetivos¹³², ou seja, quantitativos e qualitativos, buscou-se uma forma de mensurar a eficiência em um único cálculo matemático que abrangesse não só cada aspecto, como todos eles de forma geral. E é sobre esse coeficiente de eficiência parcial e total que será explanado e demonstrado no próximo e último subtópico deste capítulo.

3.3.3 O cálculo parcial e total do coeficiente de eficiência das AIRs na ANAC

E a fim de dar números finais à pesquisa, foi elaborado uma espécie de cálculo matemático para medir um coeficiente de eficiência das AIRs em toda a sua extensão, ou seja, nos critérios objetivo e subjetivos em separado, bem como um coeficiente total de todos esses procedimentos pesquisados. Trata-se do *Content Validity Ratio – CVR*, uma forma de estatística de itens, reconhecido internacionalmente como método para estabelecer validade de conteúdos¹³³.

Assim, o CVR, que em português chama-se Taxa de Validade de Conteúdo, foi utilizado como base matemática, nesta última parte da pesquisa, para os indicadores de eficiência regulatória proposta nesta dissertação, de modo que se pode verificar a validade de conteúdo das AIRs segundo cada atributo ou critério já referenciado nas tabelas anteriores. O CVR, então foi calculado conforme a seguinte fórmula:

¹³² Foram dois aspectos subjetivos analisados: o atendimento à legislação e o atendimento aos elementos econômico-regulatório.

¹³³ Wilson, Pan & Schumsky, 2012.

$$\text{Indicador} = (\text{NM} - (\text{N}/2)) / (\text{N}/2)$$

Nesta primeira fórmula apresentada, Indicador é o coeficiente de eficiência regulatória, NM é o número de menções e N é número total de AIRs pesquisadas. E a variação dos valores calculados para o CVR no Indicador atinge um intervalo de 1 a -1, onde 1 caracteriza a eficiência perfeita e -1 caracteriza a ineficiência perfeita. E de posse do CVR, que calcula os pesos por elementos e as suas menções nas AIRs, é gerado um Coeficiente Individual (CI) que, ao final, apontará o Coeficiente Final (CF), calculado conforme a seguinte fórmula:

$$\text{CF} = \text{CIa} \times \text{peso} + \text{CIb} \times \text{peso} + \text{CIc} \times \text{peso} / \text{soma dos pesos}$$

Nesta segunda e última fórmula apresentada, foram utilizados três elementos que geraram seus respectivos Coeficientes Individuais (CIa, CIb e CIc). No caso dessa pesquisa, são três tabelas, sendo duas com três elementos e uma com sete elementos, de forma que, nesta última, os CIs aplicados na fórmula somam sete elementos, de modo que os índices finais restaram apurados nas cinco tabelas que estão a seguir apresentadas:

COEFICIENTE DE EFICIÊNCIA OBJETIVO DAS AIRs						
Elemento	Indicador (I)	Peso	Nº de Menções	Cálculo do CVR	Coeficiente Individual	
E1 - Eficiência	I1 - Taxa de Eficiência	1	10	$(10-(16/2))/(16/2)$	0,25	
E2 - Eficiência Econômica	I2 - Taxa de Eficiência	2	3	$(3-(16/2))/(16/2)$	-0,6	
E3 - Eficiência Regulatória	I3 - Taxa de Eficiência	3	3	$(3-(16/2))/(16/2)$	-0,6	
Fórmula aplicada		$(\text{CI-1} \times \text{peso}) + (\text{CI-2} \times \text{peso}) + (\text{CI-3} \times \text{peso}) / \text{Soma dos pesos}$				
Coeficiente de Eficiência Objetivo¹		$(0,25 \times 1) + (-0,625 \times 2) + (-0,625 \times 3) / 6$				-0,479
Percentual do Coeficiente de Eficiência Objetivo					26,5%	
1 - Utilizou-se os valores de Coeficiente Individual com os pesos para cada elemento.						

Figura 12

COEFICIENTE DE EFICIÊNCIA - SUBJETIVO 1 DAS AIRs					
Elemento	Indicador (I)	Peso	Nº de Menções	Cálculo do CVR	Coefficiente Individual
E4 - Alternativas Regulatórias	I4 - Alternativas Regulatórias	1	16	$(16-(16/2))/(16/2)$	1
E5 - Possíveis Impactos	I5 - Possíveis Impactos	1	16	$(16-(16/2))/(16/2)$	1
E6 - Experiência Internacional	I6 - Experiência Internacional	1	15	$(15-(16/2))/(16/2)$	0,875
E7 - Efeitos e Riscos	I7 - Efeitos e Riscos	1	14	$(14-(16/2))/(16/2)$	0,75
E8 - Estratégias	I8 - Estratégias	1	14	$(14-(16/2))/(16/2)$	0,75
E9 - Metodologia Justificada	I9 - Metodologia Justificada	1	7	$(7-(16/2))/(16/2)$	-0,13
E10 - Contribuições ANAC e Outras	I10 - Contribuições ANAC e Outras	1	7	$(7-(16/2))/(16/2)$	-0,13
Fórmula aplicada		$(CI-1 \times \text{peso})+(CI-2 \times \text{peso})+(CI-3 \times \text{peso}), \text{ etc.} / \text{Soma dos pesos}$			
Coefficiente de Eficiência Subjetivo 1¹		$(1 \times 1) + (1 \times 1) + (0,875 \times 1) + (0,75 \times 1) + (0,75 \times 1) + (1 \times (-0,125)) + (1 \times (-0,125)) / 7$			0,589
Percentual do Coeficiente de Eficiência Subjetivo 1					79,45%
1 - Utilizou-se os valores de Coeficiente Individual com os pesos para cada elemento.					

Figura 13

COEFICIENTE DE EFICIÊNCIA - SUBJETIVO 2 DAS AIRs					
Elemento	Indicador (I)	Peso	Nº de Menções	Cálculo do CVR	Coefficiente Individual
E11 - Eficiência Econômica	I11 - Eficiência Econômica	1	13	$(13-(16/2))/(16/2)$	0,625
E12 - Ganhos Sociais	I12 - Ganhos Sociais	1	5	$(5-(16/2))/(16/2)$	-0,38
E13 - Equilíbrio Regulatório	I13 - Equilíbrio Regulatório	1	5	$(5-(16/2))/(16/2)$	-0,38
Fórmula aplicada		$(CI-1 \times \text{peso}) + (CI-2 \times \text{peso}) + (CI-3 \times \text{peso}) / \text{Soma dos pesos}$			
Coefficiente de Eficiência Subjetivo 2¹		$(0,625 \times 1) + (-0,375 \times 1) + (-0,375 \times 1) / 3$			-0,042
Percentual do Coeficiente de Eficiência Subjetivo 2					47,95%
1 - Utilizou-se os valores de Coeficiente Individual com os pesos para cada elemento.					

Figura 14

COEFICIENTE DE EFICIÊNCIA - SUBJETIVOS 1 E 2 DAS AIRs		
	Coeficiente	Peso
Subjetivo 1	0,589	1
Subjetivo 2	0,041	1
Fórmula aplicada	$(S1 \times \text{peso}) + (S2 \times \text{peso}) / \text{Soma dos pesos}$	
Coeficiente de Eficiência Subjetivo 1 e 2	$(0,589 \times 1) + (-0,041 \times 1) / 2$	0,274
Percentual do Coeficiente de Eficiência Subjetivo 1 e 2		63,7%

Figura 15

COEFICIENTE DE EFICIÊNCIA GERAL		
	Coeficiente	Peso
Objetivo	-0,479	2
Subjetivo 1	0,589	1
Subjetivo 2	-0,041	1
Fórmulas aplicadas	$(O1 \times \text{peso}) + (S1 \times \text{peso}) + (S2 \times \text{peso}) / 4$ OU $(O1 \times 2) + (CES \times 2) / 4$	
Coeficiente de Eficiência Geral	$(-0,479 \times 2) + (0,589 \times 1) + (-0,041 \times 1) / 4$	-0,103
Percentual do Coeficiente de Eficiência Geral		55,10%

Figura 16

Importante esclarecer que os pesos atribuídos a cada elemento nos critérios objetivo e subjetivos possui relação proporcional ao grau de relevância que se entendeu pertinente. No critério objetivo, os pesos de cada um dos três elementos são gradativos à medida que a menção é mais específica (*eficiência, eficiência econômica, eficiência regulatória*). Já nos elementos referente aos critérios subjetivos, os pesos foram atribuídos uniformemente, tendo em vista que o entendimento foi o de que possuem o mesmo grau de relevância, tanto no âmbito jurídico (subjetivo 1) quanto no âmbito econômico-regulatório (subjetivo 2).

Outro esclarecimento importante é que o coeficiente de eficiência, que é calculado, como já se disse, tendo um intervalo de valores que vai de -1 a 1 não significa entender que os valores negativos representem números negativos de eficiência – tanto que os percentuais verificados, mesmo que o coeficiente esteja negativo, é um número positivo, de 1 a 100% (cada décimo do coeficiente corresponde a 5%). O que ocorre é que a mensuração da eficiência varia de ineficiente a eficiente, como uma forma de ver a distância que as AIRs estão de uma situação ideal ou ótima, que é 1.

Os números finais, portanto, relativos à eficiência regulatória das AIRs pesquisadas, mostram que o critério subjetivo possui uma eficiência maior que o objetivo (0,274 / 63,7% ante -0,479 / 26,5%). E quanto aos números gerais, ou seja, juntando todos os 3 critérios considerados, sendo um objetivo e dois subjetivos, apresenta um coeficiente de -0,103, o que corresponde ao índice de 55,1% de eficiência.

O caminho a ser percorrido, com base na metodologia apresentada e nos critérios utilizados nessa dissertação é significativo quando se pensa em alcançar uma situação mais confortável ou alvissareira. Embora a utilização de AIRs tenha sido exponencialmente ampliada nas últimas décadas – o que é uma excelente notícia para o setor regulatório em geral – o cuidado na sua elaboração, no sentido de atender não só a legislação como aquilo que a literatura especializada tem apontado como importante de ser abordada, parece possuir bastante espaço para o seu aprimoramento e evolução.

CONCLUSÃO

A Regulação é uma atividade predominantemente estatal, de natureza complexa e de muitas facetas, que aproxima o Direito da Economia, para emular o mercado em prol da sociedade e seus cidadãos em produtos e serviços dentro de padrões mínimos de utilização. De valor imensurável, precisa ser conduzida por agentes públicos dotados de espírito público e coletivo, e o aprimoramento de seu modelo nacional por meio das Agências Reguladoras é essencial a fim de se evitar desequilíbrios não só de ordem econômica como também social, como as chamadas falhas de mercado, notadamente o monitoramento imperfeito.

O fenômeno regulatório, originado nos EUA com a criação de Agências Reguladoras há mais de 100 anos atrás, adquiriu larga experiência e foi importante para que o Brasil, ainda na década de 1960, em sua primeira reforma gerencial, já ensaiasse seus primeiros passos. Com o advento da CF/1988 e a criação do MARE¹³⁴ em 1990, ainda que diferentes das Agências Reguladoras originais norte-americanas, o Brasil foi desenvolvendo seu próprio modelo regulatório e estabelecendo um Estado Regulador, possuindo hoje leis próprias e específicas tratando do assunto e mais de 11 Agências Reguladoras Federais e diversas outras em âmbito estadual e até mesmo municipal.

A conjugação das abordagens jurídica e econômica em seus âmbitos de atuação estão no âmago das atividades regulatórias, e qualquer aparente conflito que possa existir são apenas de cunho ideológico, e não científico, de forma que o Estado Regulador pavimenta o caminho para que se assente esse fenômeno regulatório referido. A pauta, portanto, é garantir o equilíbrio e a estabilidade entre os atores envolvidos (governo/regulador, regulado, sociedade, cidadãos/consumidores). Assim, o Estado não é melhor que o mercado, nem o seu inverso, e todos esses atores produzirão riqueza e consagrarão, assim o princípio da eficiência regulatória – objeto desta dissertação

A eficiência foi proposta em duas dimensões, que são a eficiência jurídico-doutrinária e a eficiência econômico-regulatória, sendo aquela formada pelo arcabouço normativo que principia na CF/1988 e finda na IN n. 154 da ANAC, a fim de embasar o fenômeno regulatório, e esta forjada na lente da literatura especializada, tendo por base a teoria econômica da AED – Análise Econômica do Direito, uma disciplina que busca utilizar ferramentas da economia para analisar e dar roupagem aos normativos. Trata-se de uma importante interseção, um amálgama no entendimento de que um arranjo regulatório eficiente unifica a normatização com um olhar econômico.

Buscou-se na economia clássica o conceito de eficiência econômica em um dos parâmetros já consagrados, conhecido como Eficiência de Kaldor Hicks, onde se entende que há eficiência se a sociedade toda ganhou, como um todo, ainda que alguns atores tenham perdido. Nessa quadra, também ganha relevo o equilíbrio, que junto com a maximização e a eficiência, explicam o padrão de comportamento do mercado, pois

¹³⁴ Ministério da Administração e Reforma do Estado, capitaneado inicialmente por Bresser Pereira.

interagem entre a liberação e a restrição, tendendo assim ao equilíbrio a depender do sistema de incentivos, tornando-o, assim, eficiente. A rigor, portanto, é de natureza econômica, principalmente, a eficiência no âmbito regulatório no Brasil.

Essa dissertação procurou formas de verificar as dimensões da eficiência já referidas na agência reguladora ANAC¹³⁵ através das suas Análises de Impacto Regulatório – AIR, que é um procedimento regulatório previsto em lei e obrigatório quando se tratar de criação ou alteração de atos normativos que sejam de interesse geral dos atores regulatórios. Já utilizada no Brasil desde a década de 90, com a implantação das reformas administrativas da época, a sua obrigatoriedade só veio surgir há poucos anos, em 2019, através das Leis ns. 13.848 e 13.874 e do Decreto Federal 10.411/2020, sendo por fim regulamentada na própria ANAC pela Instrução Normativa 154/2020.

A preocupação que ficou latente foi a da aparente relativização da AIR prevista no decreto federal¹³⁶ ao estabelecer que a sua ausência no processo de elaboração/inação da norma não servirá de escusa ao seu descumprimento nem invalidará a norma editada. Alguns doutrinadores demonstraram preocupação com esta espécie de salvo-conduto da autoridade regulatória, considerando inclusive inconstitucional que uma norma de interesse geral dos atores envolvidos seja levada a cabo sem a elaboração de uma AIR a depender de sua relevância e abrangência.

Esse instrumento de gestão não é novo pois já é utilizado desde 1950 nos EUA e foi ganhando importância e espaço em outros países como Alemanha, Austrália e Reino Unido, inicialmente para avaliar impactos econômicos da regulação, mas a depender do contexto institucional, legal e cultural de cada país. A AIR também é reconhecida por organismos internacionais e multilaterais como a OCDE¹³⁷ e o Banco Mundial, que não só incentivam a sua prática como a utilizam em *rankings* de países elegíveis a terem maior participação em fóruns globais e crédito para seus projetos de desenvolvimento social.

A literatura pesquisada consagra a AIR como instrumento de planejamento e governança regulatória de destaque no Direito Administrativo contemporâneo e uma poderosa ferramenta que evidencia a solução regulatória mais apropriada, conferindo-lhe qualidade e eficiência. Considerando que houve uma transição do Estado Mínimo para o *Welfare State* (no pós Segunda Guerra) e ao final para o atual Estado Regulador, propõem-se que a AIR seja um instrumento de gestão e controle que possui a capacidade de avaliar o nível de eficiência deste próprio Estado Regulador no âmbito das agências reguladoras.

Por se tratar de uma ferramenta de Estado e não de governo, a AIR também busca minimizar ao máximo qualquer tipo de interferência política em sua elaboração,

¹³⁵ Agência Nacional de Aviação Civil.

¹³⁶ 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.

¹³⁷ Organização para cooperação e desenvolvimento econômico (antigo clube dos países ricos).

pois a governança regulatória que ele promove ajuda a reduzir os riscos e desvios que a pressão de toda indústria regulada inflige para benefício próprio, em detrimento dos consumidores/cidadãos. Afinal, o Estado tem, sim, poderes e recursos que podem aumentar – e muito – a lucratividade dos regulados em forma de políticas regulatórias que se traduzem em benefícios financeiros enormes, mas que podem, ao invés, prejudicar políticas públicas promotoras da cidadania nesse mesmo âmbito.

A AIR é um procedimento legal que inicia-se a partir da definição do problema regulatório, suscitando uma análise prévia e acurada dos atos normativos que se quer alterar ou inovar, culminando com o seu relatório. Sob tal problema regulatório, debruça-se, basicamente, sobre possíveis soluções para sua resolução, impactos positivos e negativos, e a solução mais viável – tudo isso através da melhor metodologia aplicada ao caso concreto (também definida em lei), com destaque para a metodologias ACB e ACE¹³⁸, tendo por objetivos subsidiar a tomada de decisão e verificar a razoabilidade do impacto ou medida regulatória.

A eficiência nas dimensões jurídico-doutrinária e econômico-regulatória foi proposta para as AIRs pesquisadas por ser fundamentalmente uma força-motriz desse intrincado e complexo processo, tendo em vista que a regulação é uma área de atividade que envolve e relaciona o Direito com a Economia. Para além de efetivar o próprio Estado Democrático de Direito, a AIR promove não só a gênese da eficiência constitucional prevista no artigo 37, mas também a eficiência em termos de governança regulatória em que os benefícios, se não superem, ao menos justifiquem os custos suportados pelos atores envolvidos.

A ANAC foi a agência reguladora nacional em que as AIRs dos anos de 2022 e 2023 foram pesquisadas, a fim de se mensurar essa eficiência jurídico-doutrinária e econômico-regulatória, uma vez que se trata de entidade de grande importância e de proporções gigantescas e complexas, com milhões de usuários e consumidores/dia e centenas de milhares de empresas que orbitam esse setor econômico. Foram utilizados critérios quantitativos e qualitativos, vale dizer, objetivos e subjetivos, como metodologia de aferição métrica e matemática, a fim de contemplar, da forma mais precisa possível, as dimensões jurídico-doutrinária e econômico-regulatória da eficiência.

Nas 14 tabelas elaboradas nesta dissertação, os números, percentuais e coeficientes da eficiência regulatória revelaram resultados diversos, tomados em suas peculiaridades, e um resultado preocupante em termos gerais. Notadamente, não houve menção à eficiência em 40% das AIRs objetivamente pesquisadas e o índice de eficiência objetivo, em geral, foi de 12,5%. Positivamente, o melhor índice parece ter sido o de AIRs em que se mencionou o vocábulo *eficiência*: 62,5%, sendo que um ponto positivo fora da curva foi a AIR NT-12/2020, contida na Resolução 682/2022, que mencionou o termo por mais de 30 vezes.

¹³⁸ Análise de custo-benefício e Análise de custo-efetividade.

No aspecto qualitativo, onde tomou-se por base as duas dimensões já referidas, a jurídica foi a que teve seus melhores números – mesmo porque são itens obrigatórios por lei. Mesmo assim, são de 25% as AIRs que atenderam a todos os requisitos obrigatoriamente exigidos, sendo 56,25% delas que expuseram a metodologia determinada em lei. A dimensão econômica não variou muito, pois 25% das AIRs foram eficientes neste sentido, muito embora os *elementos de eficiência econômica*, individualmente, tenham despontado em 81,25% das AIRs.

Por fim, na junção dos aspectos objetivos e subjetivos, optou-se por mensurar a eficiência das AIRs através de um coeficiente denominado CVR pela literatura estatística, a fim de dar números finais à pesquisa. Assim, o referido coeficiente, que orbita de -1 a 1, sendo o piso de -1 caracterizado pela ineficiência perfeita, e o teto de 1 pela eficiência perfeita, revelaram valores mais modestos do que se espera de uma eficiência regulatória satisfatória. Os coeficientes de eficiência objetivo de -0,479, subjetivo de 0,274, e o geral de -0,103, demonstram um significativo caminho a ser percorrido para que se alcance índices de eficiência regulatória mais expressivos nas AIRs da ANAC nos moldes propostos nessa dissertação.

E num arremate final desta conclusão, como já dito no final do Capítulo 3, a situação atual das AIRs na ANAC, em termos de eficiência regulatória, parece evidenciar um campo amplo de aprimoramento regulatório no que tange à sua elaboração. Afinal, ao fim e ao cabo, as AIRs são procedimentos essenciais para a elaboração de normas regulatórias, que são responsáveis, por sua vez, à segurança e à qualidade de produtos e serviços aos cidadãos/clientes/consumidores, à equidade e emulação concorrencial às empresas e, principalmente, ao crescimento econômico dos mercados e ao desenvolvimento social para conjunto da sociedade em geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Rafael da Silva. Revisão de estoque regulatório: um caminho rumo à eficiência e à liberdade econômica na Administração Pública de Resultados. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 7, n. 1, p. 100-121, mai./jun, 2021.

ARANHA, Márcio Iorio. Democracia participativa e a agência reguladora de telecomunicações brasileira. In: *Seminário Internacional de Regulação de Serviços Públicos*, v. 1, 2008, Brasília, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

ARANHA, Márcio Iorio. Teoria jurídica da regulação: entre a escolha pública e captura. *Revista de Direito Público*, Edição especial, v. 16, 2019. Disponível em: <<https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/3314/pdf#>>. Acesso em: 9 nov 2023.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 36ª ed. Ed. Fórum, 2023.

BERTRAN, Maria Paula. Direito e Economia: da Escola de Chicago à jurimetria brasileira. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 17, n. 65, pp. 187-209, jan./mar. 2019.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. Análise de Impacto Regulatório e falhas de regulação. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da; FONSECA, Reynaldo Soares da; BANHOS, Sérgio Silveira. CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de (Coord.). *Democracia, justiça e cidadania: desafios e perspectivas. Homenagem ao Ministro Luis Roberto Barroso*. Belo Horizonte. Fórum, 2020. P 155-162.

BONAT, Débora; LAGE, Fernanda de Carvalho. *Direito e pesquisa científica*. Imprensa: Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2019.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. *Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR*. Brasília, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 fev 2024.

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. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm. Acesso em: 20 fev 2024.

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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm. Acesso em: 20 fev 2024.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113874.htm. Acesso em: 20 fev 2024.

BRASIL. Instrução Normativa nº 154, de 20 de março de 2019. Estabelece as diretrizes e os procedimentos para o processo regulatório e a melhoria contínua da qualidade regulatória. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/instrucoes-normativas/2020/instrucao-normativa-no-154-20-03-2020#:~:text=Instru%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%20n%C2%BA%20154%2C%20Nacional%20de%20Avia%C3%A7%C3%A3o%20Civil%20ANAC&text=Instru%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%20n%C2%BA%20154%2C%20DE,melhoria%20cont%C3%ADua%20da%20qualidade%20regulat%C3%B3ria.&text=IX%20D%20n%C3%ADveis%20equivalentes%20de%20seguran%C3%A7a>. Acesso em: 20 fev 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 36ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Atlas, 2022.

CATÃO, Karina. Agências Reguladoras- A Teoria da captura e atuação do Tribunal de Contas. Migalhas. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/342714/agencias-reguladoras--a-teoria-da-captura-e-atuacao-do-tribunal-de>>. Acesso em: 11 nov 2023.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva, Análise de Impacto Regulatório (AIR) e participação social no Brasil. Justiça do direito, v. 34, n. 2, p. 351-370, maio/ago. 2020.

COELHO, André Felipe Canuto. Assimetria informacional e colapso regulatório: o caso da Agência Nacional de Telecomunicações. 2005. 211 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito), Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4187/1/arquivo5114_1.pdf>. Acesso em: 11 nov 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 36ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GABARDO, E. e GRANER, M. Domingues, A importância da participação popular na análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras federais brasileiras, 2020.

GUERRA, Sergio. Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede. 2ª Ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GUERRA, Sergio. Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma Nova Teoria sobre as escolhas Administrativas. 7ª Ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2023.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. Direito e Inteligência Artificial. Coleção Inteligência Artificial e Jurisdição. Volume 2. DR.IA. Brasília, 2020. <https://orcid.org/0000-0002-6502-9897>. ISBN no 978-65-00-08585-3. Disponível em: www.dria.unb.br. doi: 10.29327/521174.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LIMA, Gislene Rocha de. Análise de Impacto Regulatório e serviços públicos: instabilidades institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

LOPES, Marcelo Rodrigo. Governança corporativa e redução de assimetrias de informação. 2015. 90 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito), faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-08042016-093952/publico/Governanca_Corporativa_e_Reducao_de_Assimetrias_Informacao_Marcelo_Rodrigo_Lopes.pdf>. Acesso em: 7 nov 2023.

LOPES, Othon de Azevedo. Fundamentos da Regulação. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

MACIEIRA, Leonardo dos Santos. O problema da regulação e a competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim dos órgãos reguladores. Artigos. 2007. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3696/O-problema-da-regulacao-e-a-competencia-fiscalizatoria-do-Tribunal-de-Contas-da-Uniao-sobre-as-atividades-fim-dos-orgaos-reguladores>>. Acesso em: 07 Nov 2023.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELO, Thiago Dellazari. A “captura” das Agências Reguladoras: Uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador. 2010. 127 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito), Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3967/1/arquivo407_1.pdf>. Acesso em: 11 out 2023.

MENDONÇA E TOSTA, Regulação econômica no Brasil: fundamentos, características e atualidades. Direito da Regulação - Teoria e Prática dos Setores Regulados. Salvador, 2021. Ed. Jus Podium. Org. Juliano Heinen, pp. 32.

MIMARY, Liana Varzella. Eficiência e Direito na Visão da Análise Econômica do Direito. Revista Brasileira de Direito Comercial, nº 43 – Out-Nov/2021, pp.110-124.

MORAES, Áurea Fernanda de Britto Loiola Aguiar. Critérios de avaliação da assimetria de informação na regulação de transportes terrestres no Brasil. 2017. 99 f. Dissertação (Mestrado em Transportes), Universidade de Brasília, Faculdade de Tecnologia, 2017. Disponível em: https://www.oasisbr.ibict.br/vufind/Record/UNB_b5fdcfa32c654d25dc5986fe74a84d9. Acesso em: 9 nov 2023.

MOTTA, Fabrício. Publicidade e transparência são conceitos complementares. Consultor Jurídico. 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-fev-01/interesse-publico-publicidade-transparencia-sao-conceitos-complementares>>. Acesso em: 9 Set 2023.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. Direito Administrativo. 12^a ed. Barueri-SP: Atlas, 2023.

PEIXOTO, Leandro Scofano Damasceno. Teoria da regulação no direito digital. Direito público digital: o Estado e as novas tecnologias: desafios e soluções / Francisco Octavio de Almeida Prado Filho e Diogo Rais, coordenação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

POSNER, R. Theories of Economic Regulation. The Bell Journal of Economics and Management Science, v. 5, n. 2, p. 335-358, Autumn 1974.

RODRIGUES, Eduardo Azeredo. O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios. Ed. Lumen Juris, 2012.

RODRIGUES, Sérgio. Assimetria de informações e o risco de captura de agência reguladora. Revista ANTT, v. 3, n. 1, 2011. Disponível em: < http://appweb2.antt.gov.br/revistaantt/ed4/_asp/ed4-assimetriaDeInformacoes.asp>. Acesso em: 10 nov 2023.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Estudos em direito & economia: micro, macro e desenvolvimento. 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita – EVG, 2017.

STIGLER, George J. Theory Economic of Regulation. The Bell Journal of Economics and Management Science, Chicago, v. 2, n. 1, 1971. Disponível em: [www.jstor.org/stable/3003160]. Acesso em: 8 Jan 2024.

VALENTE, Patricia Pessoa. Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado. Dissertação de mestrado. Curso de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, 311p.

VALENTE, Patricia Pessoa. A qualidade da regulação estatal no Brasil: uma análise a partir de indicadores de qualidade. Tese de doutorado. Curso de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, 218p.

VILLATORE, M.A.C.; CUSTÓDIO, M.V.; ADDOR, N. A busca da eficiência regulatória no conflito Conselho Administrativo de Defesa Econômica x Banco Central do Brasil. Revista de Direito Empresarial – RDEmp, Belo Horizonte, ano 15, n. 3, p. 159-176, set./dez. 2018.