

JOTA

REGULAÇÃO

Análise de impacto regulatório é facultativa para a administração pública federal?

Devido processo normativo e o art. 21 do Decreto 10.411/2020

VICTOR MARCEL PINHEIRO

27/08/2020 07:14

Atualizado em 27/08/2020 às 11:05



Crédito: Fotolia



PARCERIA DE CONTEÚDO

Espaço voltado à análise e proposição de soluções para os sistemas de regulação do país e seu respectivo impacto para o desenvolvimento socioeconômico do Brasil. Profissionais de diversas áreas –órgãos públicos reguladores, agentes privados regulados e do meio acadêmico– produzirão conteúdo para a página.

Há uma verdadeira revolução em andamento no processo de elaboração normativa no Brasil, especialmente no plano federal. A iniciativa pioneira do Pro-Reg (“Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação” – Decreto 6.062/2007) e, mais recentemente, o lançamento dos Guias sobre a Análise de Impacto Regulatório (AIR) e avaliação de políticas públicas lançados pela Casa Civil da Presidência da República foram passos decisivos na busca de implementação de uma nova cultura regulatória.^[1]

Nesse sentido, deve ser reconhecido o sucesso de uma estratégia de emprego de *soft power* para possibilitar essas mudanças de forma participativa e incremental dentro da Administração Pública federal.^[2]

Recentes modificações legislativas e regulamentares institucionalizaram do ponto de vista jurídico essa caminhada:

a) Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, estabeleceu normas gerais para as agências reguladoras e, em seu art. 6º, *caput*, preconiza que *a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo;*

b) Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (Lei da Liberdade Econômica), em sentido semelhante, mas de modo muito mais abrangente para toda a Administração Pública federal, em seu art. 5º, *caput*, estabelece que *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 conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu*

dados sobre os possíveis efeitos de ato normativo para verificar a razoabilidade de seu impacto econômico;

c) Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, que regulamentou os dois dispositivos legais acima destacados.



RISCO POLÍTICO

**Newsletter do analista-chefe Fábio Zambeli
antecipa o que vai acontecer em Brasília**

Com o JOTA, as decisões do poder não te surpreendem

CLIQUE PARA SABER MAIS

Há diversas inovações importantes no Decreto 10.411/2020, como a própria definição de AIR, os casos obrigatórios de sua realização e de dispensa, estrutura, metodologia, participação social e realização da Avaliação de Resultado Regulatório (ARR) para mensuração dos efeitos concretos da edição de atos normativos. Um dos dispositivos que chama atenção é o art. 21 do Decreto: *A inobservância ao disposto neste Decreto não constitui escusa válida para o descumprimento da norma editada e nem acarreta a invalidade da norma editada*. Questiona-se: à luz desse dispositivo, seria o Decreto facultativo para Administração Pública federal?

Uma primeira impressão poderia ser a de que a AIR seria um procedimento meramente facultativo, cujas hipótese de cabimento, procedimento e requisitos seriam, na prática, objeto de escolha discricionária da autoridade regulatória. Desse modo, o Decreto seria, na prática, uma recomendação valiosa à atividade regulatória, mas sem força cogente e desprovida de efeitos jurídicos.

Essa primeira impressão é enganosa por diversas razões.

A primeira e mais simples é a de que o Decreto é ato normativo obrigatório para a Administração Pública federal, nos termos do art. 84, inciso IV, da Constituição Federal. Seu descumprimento deliberado pelas autoridades regulatórias poderá levar a sanções disciplinares pessoais por violação ao dever do art. 116, inciso III, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (“São deveres do servidor: III – observar as normas legais e regulamentares”).

Considerando o compromisso com a adoção de boas práticas regulatórias da grande maioria dos órgãos e entidades do Poder Executivo federal, a possibilidade de responsabilização individual do agente público não deverá ser objeto de grandes questionamentos futuros a respeito do tema e não deverá ser o ponto central das atenções no tema.

A principal questão a ser enfrentada refere-se à repercussão de possíveis equívocos na execução dos procedimentos exigidos pelo Decreto na validade e eficácia dos atos normativos produzidos, tendo em vista que suas normas tratam de práticas ainda recentes na administração pública brasileira e com grande grau de complexidade.

Imagine-se, por exemplo, que se considere necessária a realização de AIR mediante a metodologia de análise de custo-efetividade^[3] e, por erro metodológico, a AIR é realizada com elementos da metodologia de custo-benefício^[4]. Ou, ainda, imagine-se que haja a incompletude de dados para realização da AIR, de modo que, posteriormente à sua realização, identifica-se banco de dados mais confiável para sua elaboração.

Nessas situações, entende-se a finalidade subjacente ao art. 21 do Decreto: evitar que problemas pontuais no processo de produção normativa possam acarretar a invalidade e ineficácia do ato regulatório produzido – o que traria graves problemas. Seria criada grande insegurança jurídica em face de anomia regulatória, que exigiria a edição – por via administrativa ou judicial – de regras de transição após a

declaração de invalidade da norma produzida, nos termos do art. 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-Lei 4.657/1942 incluído pela Lei 13.655/2018).

Haveria incentivo para que os órgãos e entidades responsáveis pela edição dos atos normativos utilizassem de modo abusivo as causas de dispensa da AIR, previstos no art. 4º do Decreto, para evitar futuros questionamentos do ato produzido. Além disso, a invalidação automática de atos normativos que apresentem falhas procedimentais à luz do Decreto iria aumentar ainda mais a complexidade informacional do processo de produção normativa e funcionaria como um estímulo à judicialização.

Entretanto, deve ser ressaltado que o Decreto é apenas um instrumento de regulamentação legal. E, do ponto de vista legal, há uma tendência de se exigir fundamentação fática e jurídica cada vez mais robusta dos atos administrativos normativos, mediante processo de elaboração transparente e com mecanismos de participação social. Pode-se afirmar que há, aqui, um dever de “motivação qualificada”, que traz exigências especiais em relação aos atos administrativos normativos em geral. No ordenamento jurídico brasileiro, há dispositivos constitucionais e legais sobre o tema, podendo-se destacar, em ordem cronológica:

- Constituição Federal (art. 5º, LIV)^[5];
- Lei 9.784/1999 (art. 2º, VII)^[6];
- LINDB (art. 20, parágrafo único, e art. 29)^[7];
- Lei 13.848/2019 (arts. 5º e 6º)^[8];
- Lei da Liberdade Econômica (arts. 4º e 5º)^[9].

Essa tendência não é exclusivamente brasileira. No direito comparado, fala-se em “devido processo normativo” (*due process of lawmaking*), em que a produção de normas jurídicas – seja pela via legislativa ou administrativa – deve observar padrões mínimos de racionalidade, participação social e transparência. Aponta-se a tendência de maior controle judicial de aspectos procedimentais do processo normativo legislativo e administrativo, em que o foco é o modo de produção normativa (e não somente seu conteúdo).^[10]

No Brasil, há uma proposta recente de Ana Paula de Barcellos pela identificação do “direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa”^[11] que

direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa, que abarcaria o processo legislativo e o processo administrativo regulatório. Especificamente sobre o processo administrativo regulatório, Jean-Paul Veiga da Rocha e Diogo Coutinho defendem uma postura procedimentalista do Poder Judiciário de reforço à sua legitimidade democrática mediante garantia dos requisitos para produção do ato normativo, evitando-se uma visão ativista de controle judicial substantivo das opções e critérios técnicos adotados pelo órgão regulador.^[12]

Aqui surge o questionamento: na busca por padrões mínimos no processo de elaboração normativa, quais parâmetros devem guiar a Administração Pública federal e eventual controle judicial em uma perspectiva procedimental? A resposta é: invariavelmente o próprio Decreto nº 10.411/2020.

O Decreto é o ato normativo que densifica os comandos constitucionais e legais relacionados ao devido processo normativo pela via administrativa. É verdade que seu art. 21 determina (com base em uma preocupação legítima) que seu descumprimento não acarreta invalidade e ineficácia do ato normativo produzido. Considerando-se a exigência de motivação qualificada para os atos regulatórios, deve ser acrescentado: a inobservância ao disposto no Decreto não constitui “automaticamente” escusa válida para o descumprimento da norma editada e nem acarreta a invalidade da norma editada.

As exigências de motivação qualificada não advêm exclusivamente do Decreto, mas da própria Constituição Federal e da legislação acima destacada. Ao examinar se a elaboração de uma norma regulatória obedece ao devido processo normativo, sem dúvidas, um dos parâmetros interpretativos a ser utilizado deve ser o Decreto 10.411/2020. Um erro procedimental de metodologia, cálculo ou prazo não necessariamente conduz à invalidade do ato normativo produzido.

Entretanto, a produção de um ato normativo administrativo cuja necessidade e objetivos não sejam determinadas, com fundamentação genérica e abstrata, sem nenhuma possibilidade de participação social e sem uma justificativa robusta sobre o porquê de se adotar tais expedientes é claramente inválida, por violação do devido processo normativo e pela falta de motivação qualificada.

Isso mostra que o Decreto 10.411/2020 possuiu uma dupla função. De um lado, é norma cogente para a Administração Pública federal em seus processos regulatórios. De outro lado, é parâmetro obrigatório interpretativo de eventuais questionamentos judiciais sobre esse processo. Tal entendimento permitirá que

cláusulas gerais previstas nas mencionadas Leis (como “possíveis efeitos” e “razoabilidade” dos atos regulatórios) sejam examinadas à luz das exigências do Decreto, estabelecendo parâmetros e reduzindo a discricionariedade judicial para controle desses processos.

Nesse sentido, propõe-se a seguinte diretriz interpretativa para debate: quanto mais distante dos requisitos do Decreto e mesmo que afastadas pontualmente algumas de suas exigências, maior será o ônus argumentativo de a Administração Pública justificar a necessidade de adoção de outro processo de elaboração normativa e demonstrar que ele corresponde aos ditames do devido processo normativo. Com isso, valoriza-se o respeito às diversas inovações positivas estabelecidas pelo Decreto na busca de uma nova prática regulatória no Brasil.

[1] “Guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR)”, “Avaliação de Políticas Públicas – Guia prático de análise *ex ante*”, “Avaliação de Políticas Públicas – Guia prático de análise *ex post*”, todos da Casa Civil da Presidência da República, 2018.

[2] Felipe de Paula, “A vitória do soft power: o avanço da política regulatória no Brasil”, *O Estado de S. Paulo*, publicado em 09/07/2020, disponível em:

<<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-vitoria-do-soft-power-o-avanco-da-politica-regulatoria-no-brasil/>>.

[3] Análise de custo-efetividade: “Consiste na comparação dos custos entre alternativas que geram benefícios de natureza semelhantes ou, alternativamente, numa comparação dos custos por unidade de benefício potencial. Considera tanto os custos (em termos monetários) como os resultados (em termos de benefícios) e é medido em termos de custos adicionais por êxito adicional. É usada quando os resultados das intervenções variam, mas podem ser medidos na mesma unidade (ex. curas de doenças, anos de vida ganhos, vidas salvas, casos evitados)”, conforme o Guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR), Casa Civil da Presidência da República, Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais, 2018, p. 37.

[4] Análise de custo-benefício: “Consiste na comparação dos valores monetários (em valor presente) dos custos e benefícios esperados da intervenção. A intervenção é considerada adequada sempre que o valor presente dos seus benefícios for superior ao valor presente dos custos que ela acarretará aos envolvidos.”, conforme o Guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR), Casa Civil da Presidência da República, Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais, 2018, p. 37.

[5] Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

[6] Art. 2º – A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...)

VII – indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

[7] 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. 29. – Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

[8] Art. 5º – A agência reguladora deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos.

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

[9] Art. 4º – É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: (...)

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 conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

[10] Para uma visão comparada de África do Sul, Alemanha, EUA e União Europeia, ver Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy and James Fowkes, *Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany and the European Union*, Cambridge, Cambridge University, 2015.

[11] Ana Paula de Barcellos, *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*, Belo Horizonte, Fórum, 2016.

[12] Jean-Paul Veiga da Rocha / Diogo R. Coutinho, “A revisão judicial da regulação”, *Jota*, publicado em 26 de março de 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/a-revisao-judicial-da-regulacao-26032019>>.

VICTOR MARCEL PINHEIRO – Doutorando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Visiting Scholar na Universidade de Columbia (EUA). Consultor Legislativo do Senado Federal e sócio do Trindade, Camara, Retes, Barbosa, Magalhães, Pinheiro – Advogados Associados. Professor do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Agradeço a Felipe de Paula e Fábio Gomes dos Santos pelas críticas e sugestões a versões anteriores do texto.