

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

RICARDO SANTOS TEIXEIRA

**A AUSÊNCIA DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) EXIGÍVEL
COMO CAUSA DE NULIDADE DO ATO REGULATÓRIO NORMATIVO**

Porto Alegre
2021

RICARDO SANTOS TEIXEIRA

**A AUSÊNCIA DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) EXIGÍVEL
COMO CAUSA DE NULIDADE DO ATO REGULATÓRIO NORMATIVO**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Doutor Rafael Da Cás Maffini.

Porto Alegre
2021

RICARDO SANTOS TEIXEIRA

**A AUSÊNCIA DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) EXIGÍVEL
COMO CAUSA DE NULIDADE DO ATO REGULATÓRIO NORMATIVO**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Doutor Rafael Da Cás Maffini.

Aprovada em 19 de maio de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Rafael Da Cás Maffini
Orientador

Professora Marina Garcia Guagliariello

Professora Raissa Rayanne Gentil de Medeiros

RESUMO

Esta monografia visa a perquirir se a ausência da Análise de Impacto Regulatório (AIR), quando sua realização seja exigida para a instrução do processo regulatório, opera consequências sobre a validade do ato regulatório normativo editado subsequentemente pela Administração Pública. Por meio de revisão da literatura e da legislação pertinente, estuda-se a sistemática do processo regulatório, sob os aspectos do devido processo legal e do dever de motivação do ato normativo. Ato contínuo, apresenta-se a ferramenta da análise de impacto regulatório, sobretudo no tocante à sua relevância ao processo de regulação e à sua disciplina legal e regulamentar no Brasil. Assentadas as premissas básicas do trabalho, segue-se ao exame dos efeitos da ausência da AIR exigível sobre o ato regulatório normativo, mediante abordagem acerca da legalidade do art. 21 do Decreto nº 10.411/2020 — que disciplina expressamente a questão — e, mormente, sobre a ocorrência de inobservância ao rito processual e de vício de motivação. Conclui-se que a ausência da análise de impacto regulatório, quando sua realização se afigure obrigatória no processo regulatório, vicia o ato normativo editado pela Administração, como consectário lógico da inobservância de formalidade essencial do rito processual e em virtude da violação ao dever de motivação. Em caráter complementar, aborda-se o controle — judicial, administrativo e popular — a ser realizado sobre o ato que padeça de tais nulidades.

Palavras-chave: Regulação. Processo regulatório. Motivação do ato regulatório. Análise de Impacto Regulatório (AIR). Nulidade do ato regulatório normativo.

ABSTRACT

This study aims to investigate whether the absence of the Regulatory Impact Analysis (RIA), when required in the rulemaking process, has consequences on the validity of the rules issued by regulatory authorities. By reviewing the literature and legislation, it analyzes the rulemaking process, under the aspects of the due process clause and the duty to give reasons for the issuance of those rules. Afterwards, it presents the regulatory impact analysis, especially with regard to its relevance to the rulemaking process and its legal discipline in Brazil. Then it examines the effects caused by the absence of mandatory AIR over the issued rule, by investigating whether the art. 21 of the Decreto nº 10.411/2020 — which deals with the matter — exceeds authority, and, mainly, by analyzing the occurrence of a procedural violation and infringement of the duty to give reasons for issuing regulations. The study finds that the absence of the regulatory impact analysis, when mandatory in the rulemaking process, renders null and void the regulations subsequently created by regulatory authorities, as a result of breach of an essential formality of the procedure, and because of violation of the duty to give reasons. On a complimentary basis, it addresses the review — by the courts, the government itself, and the people — to be carried out over such null and void rules.

Keywords: Regulation. Rulemaking process. Duty to give reasons for issuing regulations. Regulatory Impact Analysis (RIA). Nullity of regulations.

SUMÁRIO

| | | |
|--------------|---|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 7 |
| 2 | REGULAÇÃO | 8 |
| 3 | PROCESSO REGULATÓRIO | 12 |
| 3.1 | PROCESSUALIDADE DA REGULAÇÃO | 12 |
| 3.2 | MOTIVAÇÃO DO ATO REGULATÓRIO | 19 |
| 4 | ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) | 26 |
| 4.1 | CONCEITO, SISTEMÁTICA E FINALIDADE | 26 |
| 4.2 | IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL | 30 |
| 5 | EFEITOS DA AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) EXIGÍVEL SOBRE O ATO REGULATÓRIO | 35 |
| 5.1 | QUESTÃO PRÉVIA: ILEGALIDADE DO ART. 21 DO DECRETO N° 10.411/2020. | 37 |
| 5.2 | INVALIDADES DO ATO REGULATÓRIO | 39 |
| 5.2.1 | Nulidade do ato normativo por inobservância de formalidade essencial do processo regulatório | 39 |
| 5.2.2 | Nulidade do ato normativo por vício de motivação | 44 |
| 5.3 | CONTROLE | 50 |
| 6 | CONCLUSÃO | 57 |
| | REFERÊNCIAS | 59 |

1 INTRODUÇÃO

A regulação, forma pela qual o Estado exerce a intervenção indireta sobre a ordem econômica, irradia efeitos sobre a vida das empresas e das pessoas em geral, em razão de sua própria natureza. Bem desempenhada, a regulação tem o potencial de trazer benefícios à coletividade; do contrário, pode resultar em inúmeros prejuízos sociais e econômicos.

Nesse contexto, a Análise de Impacto Regulatório (AIR), ferramenta que investiga os custos e benefícios dos atos regulatórios propostos pela Administração, meio de promover a melhoria da qualidade da regulação, surge como etapa essencial do processo regulatório, não apenas com o objetivo de apoiar a tomada de decisão, mas também de providenciar motivação à edição dos atos normativos. Recentemente, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e a Lei das Agências Reguladoras tornaram obrigatória a prévia realização da AIR para a criação de atos normativos de interesse dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços. O Decreto nº 10.411/2020, contudo, ao regulamentar as disposições legais sobre a AIR, previu que a sua inobservância não acarretaria a invalidade da norma editada.

Esta monografia, portanto, ante a relevância da temática da AIR para a regulação, e considerando, por outro lado, o disposto no art. 21 do referido decreto, tem por objetivo perquirir se a ausência da AIR, quando sua realização seja exigida no processo regulatório, produz consequências sobre a validade do ato normativo editado subsequentemente pela Administração Pública.

Para tanto, por meio de revisão da literatura e da legislação pertinente, após breve introito acerca da regulação (título dois), delinear-se-á o processo regulatório (título três), sob os aspectos do devido processo legal normativo e do dever de motivação do ato normativo. Ato contínuo, será apresentado o mecanismo da análise de impacto regulatório (AIR), com enfoque na sua relevância ao processo regulatório e na sua disciplina legal e regulamentar no Brasil (título quatro). Assentadas as premissas básicas do trabalho, serão examinados os efeitos da ausência da AIR exigível sobre o ato regulatório (título cinco), mediante abordagem sobre a legalidade do art. 21 do Decreto nº 10.411/2020, bem como por meio da investigação de suas implicações no que tange à observância do rito processual e ao dever de motivação. Em caráter complementar, estudar-se-á o controle — judicial, administrativo e popular — a ser realizado sobre o ato que padeça de tais nulidades.

2 REGULAÇÃO

A regulação diz respeito à forma contemporânea de intervenção indireta do Estado sobre o domínio econômico, isto é, aos poderes de que a Administração dispõe para disciplinar a conduta dos agentes econômicos. Assim, a regulação compreende toda a atuação estatal sobre a ordem econômica que não implique a exploração direta da atividade econômica, denominada intervenção direta. Para o exercício da regulação, vale-se a Administração da imposição de regras e controles que interferem nas escolhas dos particulares.¹

O Estado regulador, advindo da Constituição Federal de 1988 e intensificado com a reforma administrativa realizada nos anos 90,² que outrora buscava atender diretamente a todas as necessidades coletivas, passa a ser substituído, como consectário dessa nova sistemática, pelos agentes econômicos da iniciativa privada, no exercício de tais funções.³ Com isso, o Estado assume a função de “organizador das relações sociais e econômicas”, regulando essas atividades, como forma de garantir a eficiência econômica,⁴ por meio da livre concorrência e da competição.⁵

¹ SADDY, André. Incumbência da atividade administrativa regulatória. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 12/2020, p. 253-275, Jan-Mar/2020, DTR\2020\1783 (versão digital não paginada). Disponível em: <https://revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000178facb0871d183864c&docguid=I0a6717f053a111eaaaa1d8c427263481&hitguid=I0a6717f053a111eaaaa1d8c427263481&spos=1&epos=1&td=3&context=128&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 22 mar. 2021.

² VALIATI, Thiago Priess. Sistema duplo de regulação no Brasil: a regulação por contrato complementada pela regulação por agência. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 8/2019, p. 23-58. Jan-Mar/2019, DTR\2019\23952 (versão digital não paginada). Disponível em: <https://revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000178fac93e9bf827050&docguid=I3466c710301811e99c9e01000000000&hitguid=I3466c710301811e99c9e01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=216&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 abr. 2021.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Revista dos Tribunais, 2018, capítulo 2 (livro digital não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101032/anchor/a-157101032>. Acesso em: 9 abr. 2021.

⁴ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 48.

⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. As agências reguladoras e os princípios constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 58/2007, p. 220-234, Jan-Mar/2007 (versão digital não paginada). Disponível em: <https://revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000178fac9c34f19a57505&docguid=I7fb5ea40f25311dfab6f01000000000&hitguid=I7fb5ea40f25311dfab6f01000000000&spos=17&epos=17&td=41&context=56&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 7 abr. 2021.

Segundo a Constituição Federal de 1988,⁶ em seu art. 174, *caput*, o Estado, na qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá, nos termos da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

A fiscalização (*atuação por direção*), em geral, diz respeito às medidas jurídicas editadas pela Administração com o conteúdo de permissão ou de proibição de condutas.⁷ O incentivo (*atuação por indução*), por sua vez, compreende não apenas os mecanismos de fomento positivo — como as subvenções —, mas também aqueles de desincentivo — a exemplo de carga tributária majorada sobre produtos cujo consumo se considere indesejável, como o cigarro e a bebida alcoólica.⁸ Por fim, o planejamento se trata de uma “ação estatal de provisão, de projeção, de diretriz, de fixação de metas e de busca de finalidades referentes às relações de produção, comercialização, distribuição e consumo dos bens e serviços”.⁹

A função regulatória é confiada, em especial, às agências reguladoras, especificamente criadas para esse propósito, como modo de disciplinar o novo papel do Estado em relação à economia.¹⁰ Essas agências, pessoas jurídicas de direito público que integram a Administração indireta, possuem a natureza jurídica de autarquias em regime especial,¹¹ o qual possui como corolários a autonomia na tomada de suas decisões técnicas, mandato fixo para seus dirigentes, bem como a sua autonomia administrativa, financeira e patrimonial. No seu mister, cabe às

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 2 fev. 2021.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Revista dos Tribunais, 2018, capítulo 2 (livro digital não paginado). Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101032/anchor/a-157101032>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Revista dos Tribunais, 2018, capítulo 2 (livro digital não paginado). Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101032/anchor/a-157101032>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

⁹ ADRI, Renata Porto. **O planejamento da atividade econômica como dever do Estado**. 2007. 258 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 141. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7675/1/Renata%20Porto%20Adri.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessoa. **Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 119. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26032012-092844/publico/PatriciaPessoaValente_versao_completa.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

¹⁰ VALIATI, Thiago Priess. Sistema duplo de regulação no Brasil: a regulação por contrato complementada pela regulação por agência. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 8/2019, p. 23-58. Jan-Mar/2019, DTR/2019/23952 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadostrubais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000178facc93e9bf827050&docguid=I3466c710301811e99c9e01000000000&hitguid=I3466c710301811e99c9e01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=216&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

¹¹ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 59.

agências reguladoras a edição de atos normativos com conteúdo técnico, em observância à política pública do setor prevista em lei.¹²

Contudo, também exercem a regulação outros órgãos da Administração direta e indireta cuja competência seja a de regular determinadas matérias que lhes sejam atribuídas.¹³ Desse modo, a atividade regulatória não se restringe ao âmbito das agências reguladoras.¹⁴

A instituição de mecanismos de regulação, ao subtrair do âmbito político as atribuições de normatizar os setores da economia, atribuindo-as ao corpo técnico das entidades reguladoras, possui por objetivo *despolitizar* o setor regulado.¹⁵ Essa retirada de certas matérias do âmbito da lei, por iniciativa do próprio legislador, para que sejam dispostas em atos normativos secundários a serem editados pelos agentes reguladores, é denominada de *deslegalização* ou *delegificação*.^{16 17}

Não obstante, a atividade normativa, materializada em atos secundários, é legitimada pela delegação prevista em lei — que lhe serve de fundamento de validade.¹⁸ Desse modo, o ato regulatório deve ater-se aos seus limites e às matérias nela especificadas.¹⁹ O ato regulatório,

¹² VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 59.

¹³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. As agências reguladoras e os princípios constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 58/2007, p. 220-234, Jan-Mar/2007 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000178fac9c34f19a57505&docguid=I7fb5ea40f25311dfab6f01000000000&hitguid=I7fb5ea40f25311dfab6f01000000000&spos=17&epos=17&td=41&context=56&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 7 abr. 2021.

¹⁴ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 56.

¹⁵ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 63.

¹⁶ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 63.

¹⁷ SADDY, André. Incumbência da atividade administrativa regulatória. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 12/2020, p. 253-275, Jan-Mar/2020, DTR\2020\1783 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000178facb0871d183864c&docguid=I0a6717f053a111eaaaa1d8c427263481&hitguid=I0a6717f053a111eaaaa1d8c427263481&spos=1&epos=1&td=3&context=128&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

¹⁸ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 72.

¹⁹ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 72.

portanto, deve estar “*sub lege* e dispor *secundum legem*, jamais *contra legem* ou *praeter legem*”, no dizer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho.²⁰

Dessarte, malgrado os atos de regulação possuam aplicabilidade genérica, os agentes reguladores não desenvolvem função legislativa, senão administrativa.²¹ Em verdade, os atos regulatórios — de natureza discricionária, com conteúdo técnico —²² interpretam, conceituam e explicitam *standards* (parâmetros) e conceitos jurídicos indeterminados previamente estabelecidos em lei, sem inovar na ordem jurídica.²³

A função regulatória exerce papel importante para a segurança jurídica, estabilidade e desenvolvimento dos mercados e dos agentes econômicos.²⁴ Não apenas isso, mas também é sua finalidade — ainda que, muitas vezes, de forma indireta — zelar pelo ambiente concorrencial e pela correção das falhas de mercado,²⁵ bem como pela preservação dos direitos dos consumidores e usuários dos serviços prestados.²⁶

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 245.

²¹ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 74.

²² MAIOLINO, Eurico Zecchin. Discricionariedade, regulação e autolimitação. **Revista dos Tribunais**, vol. 909/2011, p. 21–36, Jul/2011 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000178facac682c355c8b5&docguid=I032b5ff0c0b611e0a10000008558bb68&hitguid=I032b5ff0c0b611e0a10000008558bb68&spos=4&epos=4&td=5&context=113&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

²³ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 72.

²⁴ VALIATI, Thiago Priess. Sistema duplo de regulação no Brasil: a regulação por contrato complementada pela regulação por agência. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 8/2019, p. 23-58. Jan-Mar/2019, DTR\2019\23952 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000178fac93e9bf827050&docguid=I3466c710301811e99c9e01000000000&hitguid=I3466c710301811e99c9e01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=216&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

²⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. As agências reguladoras e os princípios constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 58/2007, p. 220-234, Jan-Mar/2007 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000178fac9c34f19a57505&docguid=I7fb5ea40f25311dfab6f010000000000&hitguid=I7fb5ea40f25311dfab6f010000000000&spos=17&epos=17&td=41&context=56&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 7 abr. 2021.

²⁶ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 64.

3 PROCESSO REGULATÓRIO

3.1 PROCESSUALIDADE DA REGULAÇÃO

Consoante Maria Sylvia Zanella Di Pietro, processo é “forma, instrumento, modo de proceder”.²⁷ Assim, os processos estatais estão sujeitos a determinados princípios que lhes são próprios, específicos e adequados para a função que lhes cabe.²⁸ Hely Lopes Meirelles, por sua vez, leciona que se trata o processo do conjunto de atos coordenados para que se obtenha decisão sobre uma controvérsia.²⁹

Já o processo administrativo, especificamente, é “o *iter* legal a ser percorrido pelos agentes públicos para a obtenção dos efeitos regulares de um ato administrativo principal”.³⁰ Abarca, portanto, uma série de atos preparatórios a uma decisão final da Administração.³¹

Alerta Di Pietro, entretanto, que o processo não se confunde com o procedimento: o primeiro é o instrumento indispensável ao exercício da função administrativa;³² já o segundo trata-se do conjunto das formalidades a serem observadas na prática de certos atos.³³ Nessa acepção, procedimento equivale a rito, sendo certo que “o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo”.³⁴ Na mesma linha, Hely Lopes Meirelles assevera que o procedimento é o modo pelo qual se deve realizar o processo.³⁵

O art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988,³⁶ ao estabelecer que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, instituiu no ordenamento a cláusula do devido processo legal, garantia que tem aplicação também no âmbito do processo administrativo.³⁷ A respeito, a Lei nº 9.784/1999 dispõe que, nos processos administrativos,

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 791.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 791.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 692.

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 159.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 793.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 793.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 793.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 793.

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 692.

³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 2 fev. 2021.

³⁷ FREITAS, Vladimir Passos de; SILVA, Fernando Quadros da; *et al.* **Agências reguladoras no direito brasileiro: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 4 (movimento “Agências

deverá haver observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (art. 2º, parágrafo único, VIII).³⁸ Em razão disso, situações de litígio entre a Administração pública e os particulares, bem como aquelas em que os direitos dos particulares — como a sua liberdade e os seus bens — sejam atingidos por ato administrativo, passam a depender da observância a procedimento que lhes oportunize o contraditório e a ampla defesa, as garantias mínimas do devido processo, assegurando-lhes o direito de “apresentar a sua versão dos fatos e (...) de produzir provas destinadas à defesa de seus interesses”.³⁹

Embora a cláusula do devido processo legal, usualmente, seja mais invocada em se tratando de atos administrativos individuais e concretos — *e.g.* aplicação de sanção, rescisão de contrato —, o princípio, segundo Carlos Ari Sunfeld, também deve se aplicar às decisões de caráter normativo, afigurando-se necessário, portanto, “observar o devido processo legal na edição de regulamentos, resoluções, circulares, portarias ou qualquer outra espécie de ato administrativo geral e abstrato, que afete direitos dos particulares”.⁴⁰ Isso porque, em ambos os casos, direitos individuais podem ser afetados, motivo pelo qual a distinção de tratamento entre tais atos, para fins de incidência ou não do devido processo, não se justificaria.⁴¹

Dessa forma, também no âmbito do direito da regulação, deve haver a instrumentalização de um processo regulatório — como ampliação da figura clássica de processo administrativo⁴² — que, antes da tomada da decisão e normatização, como consectário

reguladoras: um modelo em constante aperfeiçoamento”. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/98557064/v1/document/98594755/anchor/a-98594755>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

³⁸ BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/l9784.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Revista dos Tribunais, 2018, capítulo 7 (livro digital não paginado). Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101032/anchor/a-157101032>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

⁴⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. A falta de causa como vício da regulação. **Pareceres - Carlos Ari Sunfeld**, vol. 1, p. 49-61, mar. 2013, DTR\2013\7030 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000178ee9e0edd83e7844d&docguid=I0e99b510f0fe11e2bbb1010000000000&hitguid=I0e99b510f0fe11e2bbb1010000000000&spos=2&epos=2&td=1366&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. A falta de causa como vício da regulação. **Pareceres - Carlos Ari Sunfeld**, vol. 1, p. 49-61, mar. 2013, DTR\2013\7030 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000178ee9e0edd83e7844d&docguid=I0e99b510f0fe11e2bbb1010000000000&hitguid=I0e99b510f0fe11e2bbb1010000000000&spos=2&epos=2&td=1366&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

⁴² VALLE, Vanice Regina Lírio do. O direito à participação do usuário nos processos regulatórios. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, (56), 2002, pp. 363-374, p. 364.

das garantias do devido processo, permita ampla participação popular, bem como a análise e discussão dos impactos sociais, econômicos, ambientais,⁴³ entre outros, da medida pretendida pelo administrador. Consoante Justen Filho, essa imprescindibilidade de observância a um procedimento, para que se possa editar o ato regulatório, “decorre do dever de a Administração editar as melhores soluções possíveis (princípio da República) e da obrigatoriedade de respeitar os interesses de todos os segmentos da sociedade (Estado Democrático de Direito)”.⁴⁴

Tendo em vista que as autoridades reguladoras possuem elevada autonomia — o que as posiciona como *centro de poder autônomo*⁴⁵ —, segundo Vladimir Passos de Freitas, Fernando Quadros da Silva *et al.*, a processualidade mostra-se necessária, em especial, porquanto a regulação, ao interferir no mercado e na prestação dos serviços públicos, substituindo-se à vontade dos particulares, pode afetar sobremaneira as liberdades dos agentes econômicos e os direitos dos usuários e consumidores. Com efeito,⁴⁶

A concessão de uma rodovia, de uma linha de transporte coletivo, a outorga de geração de energia, de um serviço de telecomunicações, ou ainda a edição de resolução que discipline a produção e venda de medicamentos ou mesmo as coberturas de um plano de saúde revelam o potencial nascedouro de conflitos e evidenciam o notável esforço exigível das agências para conciliar esses interesses múltiplos e conflitantes que, não ponderados satisfatoriamente, podem desaguar no Poder Judiciário.

Nesse contexto, em que a regulação exerce “poder qualificado, para ser exercido sob o signo de discricionariedade técnica, tudo em favor do melhor atendimento ao interesse público”,

Disponível em: <<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MjY0NA%2C%2C>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

⁴³ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. **Legislar melhor: fazer o ponto da situação e honrar os nossos compromissos**. Bruxelas, 2019. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52019DC0178>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Revista dos Tribunais, 2018, capítulo 7 (livro digital não paginado). Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101032/anchor/a-157101032>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

⁴⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013, p. 14. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5434182/mod_folder/content/0/SCHIRATO%2C%20Vitor%20Rhein.%20A%20deteriora%C3%A7%C3%A3o%20do%20sistema%20regulat%C3%B3rio%20brasileiro.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁴⁶ FREITAS, Vladimir Passos de; SILVA, Fernando Quadros da; *et al.* **Agências reguladoras no direito brasileiro: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 4 (movimento “Agências reguladoras: um modelo em constante aperfeiçoamento”). Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/98557064/v1/document/98594755/anchor/a-98594755>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

^{47 48} a ideia tradicional de simples subsunção do fato à norma deve abrir margem a um processo de identificação e ponderação dos interesses públicos relacionados à decisão. O objetivo é de, ao fim, regular de modo equilibrado, permitindo o adequado desenvolvimento e funcionamento do setor regulado.⁴⁹ O processo decisório deve, de forma transparente, promover a interação com a sociedade, superando o tradicional paradigma “regular primeiro, perguntar depois”, em benefício da consensualidade.⁵⁰ Desse modo, não é mais consentânea com tais preceitos a tomada de decisão “no interior das repartições, sem qualquer regra formal de caminhos a serem percorridos e sem a participação dos interessados no conteúdo da decisão final (...)”.⁵¹

O respeito a um procedimento, assim, apresenta-se como forma de atribuir legitimidade democrática à atividade regulatória, isto é, de justificar o exercício do poder.⁵² É essencial, para essa legitimidade, que as decisões dos reguladores ocorram no bojo de um rito, com regras

⁴⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. O direito à participação do usuário nos processos regulatórios. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, (56), 2002, pp. 363-374, p. 373. Disponível em: <<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MjY0NA%2C%2C>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

⁴⁸ MAIOLINO, Eurico Zecchin. Discricionarietà, regulação e autolimitação. **Revista dos Tribunais**, vol. 909/2011, p. 21–36, Jul/2011 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000178facac682c355c8b5&docguid=I032b5ff0c0b611e0a1000008558bb68&hitguid=I032b5ff0c0b611e0a1000008558bb68&spos=4&epos=4&td=5&context=113&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

⁴⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013, p. 9. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5434182/mod_folder/content/0/SCHIRATO%2C%20Vitor%20Rhein.%20A%20deteriora%C3%A7%C3%A3o%20do%20sistema%20regulat%C3%B3rio%20brasileiro.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁵⁰ GABARDO, Emerson; GRANER, Mateus Domingues. A importância da participação popular na análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras federais brasileiras. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 275-300, set./dez. 2020, p. 295. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82965/78904>>. Acesso em: 7 abr. 2021.

⁵¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013, p. 9. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5434182/mod_folder/content/0/SCHIRATO%2C%20Vitor%20Rhein.%20A%20deteriora%C3%A7%C3%A3o%20do%20sistema%20regulat%C3%B3rio%20brasileiro.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁵² DUARTE JUNIOR, Ricardo. **As agências reguladoras e o procedimento normativo**: uma discussão acerca da democracia participativa. **Revista dos Tribunais**, vol. 913/2011, p. 21-55, nov. 2011, capítulo 3.2 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000178eb68ec4186f6d68a&docguid=I84e27ef0114411e1be5a00008558bb68&hitguid=I84e27ef0114411e1be5a00008558bb68&spos=1&epos=1&td=1983&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

processuais claras,⁵³ que homenageie o devido processo legal.⁵⁴ Deve ser assegurada, sobretudo, a ampla participação dos administrados no processo decisório, com o que poderão ser identificados e ponderados adequadamente os interesses subjacentes às decisões da Administração.⁵⁵ A processualização, ao padronizar os instrumentos para a edição dos atos regulatórios, diminui a pressão dos grupos de interesse, conferindo certeza, igualdade e segurança à regulação.⁵⁶

Logo, como consectário do sentido formal do devido processo legal,⁵⁷ a atividade regulatória do Estado deve ocorrer no contexto de um processo decisório aberto, que guarde observância a determinadas formalidades essenciais.⁵⁸ Ressalte-se que isso deve ocorrer não somente com relação às agências reguladoras, mas também no que concerne à Administração Pública em geral, quando na atividade de regulação, em que sejam afetados os interesses, direitos e obrigações dos agentes econômicos dos setores regulados, dos consumidores e dos usuários dos serviços.

Segundo Di Pietro, os processos administrativos que envolvem solução de controvérsias ou que pretendam resultar em alguma decisão, por parte da Administração, devem compreender, com base na Lei nº 9.784/1999, ao menos quatro fases: instauração, instrução,

⁵³ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013, p. 9. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5434182/mod_folder/content/0/SCHIRATO%2C%20Vitor%20Rhein.%20A%20deteriora%C3%A7%C3%A3o%20do%20sistema%20regulat%C3%B3rio%20brasileiro.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁵⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. O direito à participação do usuário nos processos regulatórios. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, (56), 2002, pp. 363-374, p. 373. Disponível em: <<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MjY0NA%2C%2C>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

⁵⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013, p. 9. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5434182/mod_folder/content/0/SCHIRATO%2C%20Vitor%20Rhein.%20A%20deteriora%C3%A7%C3%A3o%20do%20sistema%20regulat%C3%B3rio%20brasileiro.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁵⁶ GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 406.

⁵⁷ DUARTE JUNIOR, Ricardo. **As agências reguladoras e o procedimento normativo**: uma discussão acerca da democracia participativa. *Revista dos Tribunais*, vol. 913/2011, p. 21-55, nov. 2011, capítulo 3.2 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000178eb68ec4186f6d68a&docguid=I84e27ef0114411e1be5a00008558bb68&hitguid=I84e27ef0114411e1be5a00008558bb68&spos=1&epos=1&td=1983&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁵⁸ CALDAS, Evandro. O PAPEL DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL NA REGULAÇÃO EXERCIDA PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 361-381 (p. 369), out. 2019. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/391>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

defesa e decisão.⁵⁹ No que diz respeito ao processo regulatório, tanto as referidas fases processuais previstas na Lei nº 9.784/1999 quanto a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (Declaração de Direitos de Liberdade Econômica),⁶⁰ e a Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 (Lei das Agências Reguladoras),⁶¹ fornecem subsídios importantes sobre o delineamento de um rito (procedimento) a ser normalmente seguido no processo da regulação. É de se levar em consideração, ainda, a orientação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), para quem o ciclo do processo regulatório (*rulemaking*) deve ser composto das seguintes fases: informação; análise; análise de impacto regulatório; consulta pública; discussão; acordo (decisão); e implementação.⁶² Em qualquer caso, segundo Marçal Justen Filho, a própria “natureza da questão regulamentada e as peculiaridades da situação deverão orientar o procedimento específico a ser adotado pela Administração Pública.”⁶³

Dessarte, tendo em vista as vicissitudes relativas à regulação, o processo regulatório deve compreender, anteriormente à tomada de decisão e à edição do ato normativo, ao menos, os atos preparatórios concernentes à consulta pública e à análise de impacto.

Com efeito, deve-se garantir aos agentes econômicos regulados, consumidores, usuários de serviços e à sociedade em geral o direito de participar das deliberações que potencialmente afetarão os seus direitos e obrigações.⁶⁴ É formalidade, atrelada à publicidade e transparência do processo, que se destina a permitir amplo debate da proposta de regulação, conferindo caráter democrático ao processo.⁶⁵ A participação social pode ocorrer de diferentes formas, a exemplo

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 793.

⁶⁰ BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (...). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em: 24 fev. 2021.

⁶¹ 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/113848.htm>. Acesso em: 24 fev. 2021.

⁶² ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers**. 2008, p. 34. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Revista dos Tribunais, 2018, capítulo 7 (livro digital não paginado). Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101032/anchor/a-157101032>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

⁶⁴ DUARTE JUNIOR, Ricardo. **As agências reguladoras e o procedimento normativo: uma discussão acerca da democracia participativa**. Revista dos Tribunais, vol. 913/2011, p. 21-55, nov. 2011, capítulo 3.2 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000178eb68ec4186f6d68a&docguid=I84e27ef0114411e1be5a00008558bb68&hitguid=I84e27ef0114411e1be5a00008558bb68&spos=1&epos=1&td=1983&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁶⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de Impacto Regulatório — AIR. **Revista de Direito Público da Economia (RDPE)**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 9-15, out./dez. 2010 (p. 14). Disponível em:

da realização de audiências e consultas públicas.⁶⁶ Para Di Pietro, esses dois instrumentos decorrem do princípio da participação popular na gestão e controle da Administração, inerente à própria ideia de Estado Democrático de Direito.⁶⁷

Nesse sentido, a Lei nº 13.848/2019⁶⁸ estabelece, para as agências reguladoras, a obrigatoriedade de consulta pública, previamente à decisão, sobre as propostas de alteração de atos normativos que sejam de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados (art. 9º, *caput*). A consulta pública, no § 1º, é definida como o mecanismo “de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor (...) da agência reguladora”.

A possibilidade de promover-se consulta pública, antes da edição de atos normativos por autoridade administrativa, também está prevista no art. 29, *caput*, da LINDB, introduzido pela Lei nº 13.655/2018, a denominada Lei da Segurança Jurídica:⁶⁹

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.

Outrossim, é imprescindível que a Administração, antes de decidir, investigue se é necessário regular, bem como apure os efeitos da regulação proposta, isto é, seus custos e benefícios. Como se verá no capítulo 4, a análise de impacto regulatório (AIR) foi imposta à Administração Pública Federal, por meio da Lei nº 13.874/2019 (Declaração de Direitos de Liberdade Econômica) e da Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras). Nos casos de obrigatoriedade, a realização da AIR deverá preceder à criação ou alteração de atos normativos que sejam do interesse geral dos regulados, agentes econômicos, consumidores e usuários dos serviços.

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1740993/mod_resource/content/1/alexandre%20santos%20de%20arag%C3%A3o%20-%20an%C3%A1lise%20de%20impacto%20regulat%C3%B3rio.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2021.

⁶⁶ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 146.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 808-809.

⁶⁸ 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/113848.htm>. Acesso em: 24 fev. 2021.

⁶⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2021.

É nítido, portanto, que a análise de impacto, quando exigível, integra o próprio procedimento, rito do processo regulatório. Segundo Vilela, a AIR, enquanto parte do processo de decisão, “complementa outros elementos-chave da regulamentação política, como a consulta pública, através do desenvolvimento de uma melhor compreensão do impacto provável de opções regulatórias”.⁷⁰

Acerca da coordenação entre tais atos preparatórios, as agências reguladoras, por força da Lei nº 13.848/2019, deverão promover a participação social após a conclusão do relatório de AIR (art. 6º, § 4º). Já aos demais órgãos e entidades essa ordem é facultativa, devido à inexistência de previsão legal sobre a questão. Não obstante, segundo Gabardo e Graner, é relevante que a participação ocorra no início ou durante a realização da AIR, previamente à elaboração da minuta do ato normativo, com o objetivo de que as informações fornecidas pela sociedade, muitas vezes desconhecidas pela Administração, possam contribuir para com a análise de impacto, prestigiando o caráter democrático do processo.⁷¹

A processualidade da atividade regulatória, como visto, enquanto concretização do devido processo legal normativo, destina-se a garantir legitimidade democrática à intervenção indireta do Estado na economia por meio da regulação.^{72 73} Isso se dá mediante o respeito a um rito procedimental em que se garanta ampla participação popular dos regulados e se examinem a necessidade de regular e os impactos do ato normativo proposto.

3.2 MOTIVAÇÃO DO ATO REGULATÓRIO

Segundo lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, motivação consiste na exteriorização das razões que justificam o ato.⁷⁴ É a justificativa à sua prática, com a indicação

⁷⁰ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 158.

⁷¹ GABARDO, Emerson; GRANER, Mateus Domingues. A importância da participação popular na análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras federais brasileiras. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 275-300, set./dez. 2020, p. 295. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82965/78904>>. Acesso em: 7 abr. 2021.

⁷² BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **Guia técnico de boas práticas regulatórias: orientações técnicas para o aprimoramento do processo regulatório**. Rio de Janeiro: 2014, p. 3-4. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/guia_tecnico_boas_praticas.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁷³ SCHIRATO, Vítor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013, p. 11. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5434182/mod_folder/content/0/SCHIRATO%2C%20Vitor%20Rhein.%20A%20deteriora%C3%A7%C3%A3o%20do%20sistema%20regulat%C3%B3rio%20brasileiro.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 12. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 98.

dos seus fundamentos de fato e de direito, bem como da correlação lógica entre as situações que o agente público teve por existentes e a providência adotada.⁷⁵

A Lei nº 9.784/1999, que rege o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, determina que esta obedecerá, entre outros, ao princípio da motivação (art. 2º, *caput*), devendo indicar os pressupostos de fato e de direito determinantes de suas decisões (art. 2º, parágrafo único, VII).⁷⁶ A motivação “deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato” (art. 50, § 1º). Outrossim, o art. 20, parágrafo único, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), introduzido pela Lei nº 13.655/2018, prevê que a motivação deverá demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive em face das possíveis alternativas.⁷⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello, contudo, alerta que a motivação não pode ser confundida com os motivos do ato:⁷⁸

Esta [a motivação] — é bem de ver — não se confunde com os motivos. Estes podem até ter existido e, em despeito disto, a Administração haver-se omitido em decliná-los, quando da expedição do ato. Em tal caso, haverá motivos, mas faltará motivação. De revés, podem não ter existido os motivos — ou não serem aqueles aptos a supedanear o ato — e a Administração, equivocadamente ou agindo à falsa-fé, haver motivado o ato, reportando-se a eles, tal como se tivessem existido ou como se fossem idôneos para apoiá-lo.

Desse modo, percebe-se que a motivação não é o motivo em si, senão o elemento da própria essência do ato administrativo, no aspecto de sua forma, que o exterioriza.⁷⁹ Assim, quando obrigatória, a motivação é um dos requisitos de validade do ato administrativo.⁸⁰

⁷⁵ VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. **Avaliação de impacto regulatório**: uma ferramenta à disposição do Estado. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 119. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26032012-092844/publico/PatriciaPessoaValente_versao_completa.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

⁷⁶ BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁷⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2021.

⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 12. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 99.

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 12. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 104-105.

⁸⁰ DUARTE JUNIOR, Ricardo. **As agências reguladoras e o procedimento normativo**: uma discussão acerca da democracia participativa. Revista dos Tribunais, vol. 913/2011, p. 21-55, nov. 2011, capítulo 3.2 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000178eb68ec41>>

Segundo Hely Lopes Meirelles, a motivação se trata de mecanismo de garantia dos administrados, especialmente enquanto demonstração de que o ato praticado pelo administrador corresponde à vontade jurídica, isto é, de que tenha fundamento no direito e na lei:⁸¹

Os Estados, ao se organizarem, autolimitam, pelas leis, os seus poderes em relação aos indivíduos e à coletividade. Essas mesmas leis passam, daí por diante, a subordinar aos seus preceitos tanto Administração quanto os administrados. A tendência moderna é a de substituir, na medida do possível, a vontade individual pela vontade jurídica, isto é, o comando da autoridade pelo comando da lei.

No Direito Público o que há de menos relevante é a vontade do administrador. Seus desejos, suas ambições, seus programas, seus atos não têm eficácia administrativa, nem validade jurídica, se não estiverem alicerçados no Direito e na Lei. Não é a chancela da autoridade que valida o ato e o torna respeitável e obrigatório. É a legalidade a pedra de toque de todo ato administrativo.

Assim, para Di Pietro, não mais existe espaço para discutir se a motivação alcança apenas os atos vinculados ou somente os discricionários, ou se está presente em ambos, porquanto sua obrigatoriedade é justificada em qualquer espécie de ato, pois imprescindível ao controle de sua legalidade.⁸² Com efeito, consoante expõe Lenio Streck, em se tratando de ato discricionário, tendo em vista que a prática deste tem por referência uma permissão legal, ele “somente será tido como legítimo se estiver de acordo com a estrutura de legalidade vigente”.⁸³ É possível falar, conseqüentemente, em um amplo dever de motivar imposto à Administração.⁸⁴

Não deve ser diferente na atividade regulatória. As leis que instituem os sistemas de regulação, delegando poderes aos agentes reguladores, possuem menor densidade normativa do que as leis em geral que legitimam a prática de atos administrativos de outras categorias.⁸⁵ Essa

[86f6d68a&docguid=I84e27ef0114411e1be5a00008558bb68&hitguid=I84e27ef0114411e1be5a00008558bb68&spos=1&epos=1&td=1983&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1](https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000178ee9e0edd83e7844d&docguid=I84e27ef0114411e1be5a00008558bb68&hitguid=I84e27ef0114411e1be5a00008558bb68&spos=1&epos=1&td=1983&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 91.

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 113.

⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos, Letramento, Casa do Direito, 2020, p. 77.

⁸⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. A falta de causa como vício da regulação. **Pareceres - Carlos Ari Sunfeld**, vol. 1, p. 49-61, mar. 2013, DTR\2013\7030 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000178ee9e0edd83e7844d&docguid=I0e99b510f0fe11e2bbb1010000000000&hitguid=I0e99b510f0fe11e2bbb1010000000000&spos=2&epos=2&td=1366&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

⁸⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013, p. 8 (do arquivo PDF). Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5434182/mod_folder/content/0/SCHIRATO%2C%20Vitor%20Rhein.%20A%20deteriora%C3%A7%C3%A3o%20do%20sistema%20regulat%C3%B3rio%20brasileiro.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 10 abr. 2021.

menor densidade normativa é consectário do próprio fenômeno da *deslegalização* — referido no capítulo 2 —, em favor da atividade técnica e especializada dos reguladores.⁸⁶ Nessa senda, verifica-se uma margem mais significativa para a intervenção discricionária da Administração, no seu proceder, em razão do que o controle, tomando por parâmetro a legalidade e o mérito, torna-se mais impreciso.^{87 88} O controle de legalidade dos atos regulatórios, por conseguinte, pressupõe uma análise sobremaneira mais complexa, em contraste com outras espécies de atos, sobre elementos como a proporcionalidade, razoabilidade e imparcialidade.⁸⁹

Nesse contexto, devido à ampla discricionariedade técnica de que dispõem os órgãos e entidades reguladoras, no exercício de seu poder normativo, estes não podem se eximir do dever de motivarem suas decisões.⁹⁰ Independentemente de se tratar da prática de atos discricionários, as autoridades reguladoras necessitam expor de modo explícito, claro e congruente as razões de fato e de direito que conduziram às medidas adotadas por si.⁹¹ Segundo Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara, tal dever decorre do princípio do devido processo, do contraditório e

⁸⁶ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 63.

⁸⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013, p. 8 (do arquivo PDF). Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5434182/mod_folder/content/0/SCHIRATO%2C%20Vitor%20Rhein.%20A%20deteriora%C3%A7%C3%A3o%20do%20sistema%20regulat%C3%B3rio%20brasileiro.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁸⁸ DUARTE JUNIOR, Ricardo. **As agências reguladoras e o procedimento normativo**: uma discussão acerca da democracia participativa. Revista dos Tribunais, vol. 913/2011, p. 21-55, nov. 2011, capítulo 3.2 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000178eb68ec4186f6d68a&docguid=I84e27ef0114411e1be5a00008558bb68&hitguid=I84e27ef0114411e1be5a00008558bb68&spos=1&epos=1&td=1983&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁸⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013, p. 8 (do arquivo PDF). Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5434182/mod_folder/content/0/SCHIRATO%2C%20Vitor%20Rhein.%20A%20deteriora%C3%A7%C3%A3o%20do%20sistema%20regulat%C3%B3rio%20brasileiro.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁹⁰ DUARTE JUNIOR, Ricardo. **As agências reguladoras e o procedimento normativo**: uma discussão acerca da democracia participativa. Revista dos Tribunais, vol. 913/2011, p. 21-55, nov. 2011, capítulo 3.2 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000178eb68ec4186f6d68a&docguid=I84e27ef0114411e1be5a00008558bb68&hitguid=I84e27ef0114411e1be5a00008558bb68&spos=1&epos=1&td=1983&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁹¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013, p. 8 (do arquivo PDF). Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5434182/mod_folder/content/0/SCHIRATO%2C%20Vitor%20Rhein.%20A%20deteriora%C3%A7%C3%A3o%20do%20sistema%20regulat%C3%B3rio%20brasileiro.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 10 abr. 2021.

da ampla defesa, uma vez que, ausente a devida motivação, os particulares atingidos por esses atos ver-se-iam impossibilitados de defenderem seus interesses de forma eficiente.⁹²

Ademais, tendo em conta que a exigência tem por objetivo viabilizar o amplo controle dos atos regulatórios, a fundamentação fática e jurídica dos atos normativos há de ser robusta,⁹³ haja vista que, como decorrência da teoria dos motivos determinantes, a Administração vincula-se aos motivos que a levaram a decidir de tal maneira, de modo que esses elementos servirão de parâmetro para controle posterior.⁹⁴ De outra parte, a necessidade de ampla motivação também possui relevância para o controle social da medida,⁹⁵ ou seja, para garantir a legitimidade das ações praticadas pelos reguladores, na perspectiva dos regulados.⁹⁶ Com efeito, Agustín Gordillo, citado por Bandeira de Mello, assevera que:⁹⁷

(...) [O] que no passado foi exigência jurídica, de que o ato administrativo contivesse uma 'motivação' ou explicitação de seus fundamentos, é hoje uma exigência política: agora **cumpre explicar ao cidadão por que se lhe impõe uma norma e cumpre convencê-lo com a explicação**, pois, se não se lhe explica satisfatoriamente, faltará seu consenso, que é a base essencial do conceito democrático atual e futuro do exercício do poder. (Grifo nosso)

⁹² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 55-73, jul./set. 2011, p. 71. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/download/209/200>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

⁹³ PINHEIRO, Victor Marcel. Análise de impacto regulatório é facultativa para a administração pública federal? **Jota**, 27 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/analise-de-impacto-regulatorio-e-facultativa-para-a-administracao-publica-federal-27082020#_ftnref5~>. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁹⁴ DUARTE JUNIOR, Ricardo. **As agências reguladoras e o procedimento normativo**: uma discussão acerca da democracia participativa. *Revista dos Tribunais*, vol. 913/2011, p. 21-55, nov. 2011, capítulo 3.2 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000178eb68ec4186f6d68a&docguid=I84e27ef0114411e1be5a00008558bb68&hitguid=I84e27ef0114411e1be5a00008558bb68&spos=1&epos=1&td=1983&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁹⁵ DUARTE JUNIOR, Ricardo. **As agências reguladoras e o procedimento normativo**: uma discussão acerca da democracia participativa. *Revista dos Tribunais*, vol. 913/2011, p. 21-55, nov. 2011, capítulo 3.2 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000178eb68ec4186f6d68a&docguid=I84e27ef0114411e1be5a00008558bb68&hitguid=I84e27ef0114411e1be5a00008558bb68&spos=1&epos=1&td=1983&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁹⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013, p. 8 (do arquivo PDF). Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5434182/mod_folder/content/0/SCHIRATO%2C%20Vitor%20Rhein.%20A%20deteriora%C3%A7%C3%A3o%20do%20sistema%20regulat%C3%B3rio%20brasileiro.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 12. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 99.

Nesse sentido, a Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 (Lei das Agências Reguladoras),⁹⁸ assentou a exigência de que os agentes encarregados da regulação indiquem os pressupostos de fato e de direito de suas decisões — inclusive sobre a edição ou não de atos normativos —, devendo observar, ainda, a adequação entre meios e fins — cujo controle, por certo, não prescinde da sua devida fundamentação. Outrossim, a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (Declaração de Direitos de Liberdade Econômica),⁹⁹ ao estabelecer que as propostas de edição e alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou dos usuários dos serviços sejam precedidas da realização de análise de impacto regulatório (instituto, este, a ser estudado no próximo capítulo), expressamente previu que o mecanismo servirá como modo de aferir-se a razoabilidade do impacto econômico da medida, controle que também pressupõe a sua devida motivação. Em sentido semelhante, a Lei das Agências Reguladoras determina ao conselho diretor ou diretoria colegiada que se manifeste, com relação ao relatório da AIR, a respeito da adequação do ato normativo aos objetivos visados, mencionando se os impactos estimados recomendam a edição da medida. Este é o teor dos dispositivos legais pertinentes:

Lei nº 13.848/2019

Art. 4º A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público.

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 conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.
(...)

§ 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.

.....
Lei nº 13.874/2019

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.

⁹⁸ 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/113848.htm>. Acesso em: 24 fev. 2021.

⁹⁹ BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (...). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em: 24 fev. 2021.

Por isso, aos órgãos e entidades responsáveis pela regulação cabe o ônus de explicitar, de modo pormenorizado, os motivos de fato e de direito de suas decisões, indicando a sua razoabilidade e compatibilidade com a situação fática subjacente.¹⁰⁰ Tal fundamentação, além do mais, deve levar em consideração o processo de elaboração dos atos regulatórios e os mecanismos a ele inerentes, notadamente o relatório da análise de impacto regulatório e os subsídios colhidos ao longo da participação popular.¹⁰¹ Cabe considerar, então, que a Administração, no exercício da atividade regulatória, possui um “dever de ‘motivação qualificada’, que traz exigências especiais em relação aos atos administrativos normativos em geral”.^{102 103}

Sob outra perspectiva, não menos importante, o dever de motivação dos atos regulatórios apresenta-se, no contexto de um modelo de gestão democrático, como consectário do preceito de *accountability*, cujo escopo não se restringe ao dever de os agentes públicos prestarem contas sobre os resultados de suas ações, mas também compreende a obrigação de justificarem a prática de seus atos.¹⁰⁴

¹⁰⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013, p. 9-10. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5434182/mod_folder/content/0/SCHIRATO%2C%20Vitor%20Rhein.%20A%20deteriora%C3%A7%C3%A3o%20do%20sistema%20regulat%C3%B3rio%20brasileiro.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹⁰¹ SUNDFELD, Carlos Ari. A falta de causa como vício da regulação. **Pareceres - Carlos Ari Sundfeld**, vol. 1, p. 49-61, mar. 2013, DTR\2013\7030 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000178ee9e0edd83e7844d&docguid=I0e99b510f0fe11e2bbb1010000000000&hitguid=I0e99b510f0fe11e2bbb1010000000000&spos=2&epos=2&td=1366&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹⁰² PINHEIRO, Victor Marcel. Análise de impacto regulatório é facultativa para a administração pública federal? **Jota**, 27 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/analise-de-impacto-regulatorio-e-facultativa-para-a-administracao-publica-federal-27082020#_ftnref5~>. Acesso em: 10 fev. 2021.

¹⁰³ MAIOLINO, Eurico Zecchin. Discricionariedade, regulação e autolimitação. **Revista dos Tribunais**, vol. 909/2011, p. 21–36, Jul/2011 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000178facac682c355e8b5&docguid=I032b5ff0c0b611e0a10000008558bb68&hitguid=I032b5ff0c0b611e0a10000008558bb68&spos=4&epos=4&td=5&context=113&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

¹⁰⁴ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 151.

4 ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR)

4.1 CONCEITO, SISTEMÁTICA E FINALIDADE

A regulação da atividade econômica, a depender de seu modo de elaboração e execução, pode acarretar efeitos deletérios ao desenvolvimento da economia.¹⁰⁵ Caso se caracterize como excessiva, morosa e defasada, a atividade regulatória implicará danos não somente aos agentes econômicos, mas também aos consumidores e usuários dos serviços públicos.^{106 107}

Como resposta a esses riscos inerentes à intervenção do Estado na economia, surge a Análise de Impacto Regulatório (AIR), ferramenta que, a partir de um problema determinado, identifica e mensura, com base em dados empíricos, os possíveis custos e benefícios decorrentes da edição de determinado ato regulatório pretendido pela Administração,^{108 109 110} bem como recomenda, entre as alternativas disponíveis de ação regulatória (inclusive a *não ação* ou a solução não normativa), a que se mostre mais adequada aos objetivos da política regulatória.¹¹¹ Assim, a AIR busca explicar os efeitos da regulação sobre o setor regulado e direcionar a atividade normativa.¹¹²

Os elementos típicos de uma AIR, segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), são: a *definição* dos objetivos e contexto da política

¹⁰⁵ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 155.

¹⁰⁶ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 155.

¹⁰⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de Impacto Regulatório — AIR. **Revista de Direito Público da Economia (RDPE)**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 9-15, out./dez. 2010 (p. 9). Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1740993/mod_resource/content/1/alexandre%20santos%20de%20arag%C3%A3o%20-%20an%C3%A1lise%20de%20impacto%20regulat%C3%B3rio.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2021.

¹⁰⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de Impacto Regulatório — AIR. **Revista de Direito Público da Economia — RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 9-15, out./dez. 2010 (p. 9). Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1740993/mod_resource/content/1/alexandre%20santos%20de%20arag%C3%A3o%20-%20an%C3%A1lise%20de%20impacto%20regulat%C3%B3rio.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2021.

¹⁰⁹ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **Guia técnico de boas práticas regulatórias**: orientações técnicas para o aprimoramento do processo regulatório. Rio de Janeiro: 2014, p. 20. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/guia_tecnico_boas_praticas.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

¹¹⁰ VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. **Avaliação de impacto regulatório**: uma ferramenta à disposição do Estado. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 29. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26032012-092844/publico/PatriciaPessoaValente_versao_completa.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

¹¹¹ BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório — AIR**. Brasília: Presidência da República, 2018, p. 7. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹¹² VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 160.

regulatória; a *identificação* das opções regulatórias; a *avaliação* dos custos, benefícios e outros impactos, com a mensuração da distribuição de tais impactos entre os grupos sociais; a *consulta* aos *stakeholders* da regulação; e a formulação de mecanismos para o controle de implementação, *compliance* e monitoramento.¹¹³

Os mais diversos impactos decorrentes da atividade regulatória podem ser objeto de AIR, tais como os concorrenciais, ambientais,¹¹⁴ relativos ao comércio internacional, saúde, segurança, custos, entre outros.¹¹⁵ Nos países em desenvolvimento, consoante a OCDE, impactos de relevância a serem considerados na AIR são, também, aqueles sobre as pequenas empresas, oportunidades de emprego, acesso ao crédito, questões de gênero e povos indígenas, bem como sobre o acesso da população aos serviços públicos, para garantir que os efeitos da medida proposta não atinjam grupos vulneráveis de forma desproporcional.¹¹⁶

A mensuração dos impactos, todavia, não é tarefa fácil, uma vez que, em última análise, é impossível prever e medir corretamente todos os futuros efeitos decorrentes de atos regulatórios a serem praticados.¹¹⁷ ¹¹⁸ Não obstante, há diversos métodos que podem ser escolhidos,¹¹⁹ pelo regulador, na realização do estudo — a depender de sua adequação ao caso concreto —, mormente a análise de custo-benefício e a de custo-efetividade.¹²⁰ Entre os países

¹¹³ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA)**: Guidance for Policy Makers. 2008, pp. 14-17. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹¹⁴ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. **Legislar melhor: fazer o ponto da situação e honrar os nossos compromissos**. Bruxelas, 2019. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52019DC0178>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹¹⁵ BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório — AIR**. Brasília: Presidência da República, 2018, p. 52. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹¹⁶ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA)**: Guidance for Policy Makers. 2008, p. 41. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹¹⁷ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA)**: Guidance for Policy Makers. 2008, p. 48. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de Impacto Regulatório — AIR. **Revista de Direito Público da Economia (RDPE)**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 9-15, out./dez. 2010 (p. 9). Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1740993/mod_resource/content/1/alexandre%20santos%20de%20arag%C3%A3o%20-%20an%C3%A1lise%20de%20impacto%20regulat%C3%B3rio.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2021.

¹¹⁹ DAYCHOUM, Mariam; VÉRAS, Rafael. **Processo administrativo nas agências reguladoras: uma proposta de disciplina legislativa**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 27. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16535/Processo%20administrativo%20nas%20ag%C3%A2ncias%20reguladoras.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

¹²⁰ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 161-162.

integrantes da OCDE, a metodologia mais utilizada é a de custo-benefício, destinada a identificar as políticas regulatórias que maximizem o bem-estar social.¹²¹

Ressalte-se que a análise de impacto não é a decisão em si,¹²² senão a ferramenta que tem por finalidade orientar a tomada de decisão por parte dos agentes encarregados da regulação.¹²³ Com os subsídios fornecidos pela AIR, o regulador terá informações sobre a necessidade e a qualidade da regulação proposta,¹²⁴ bem como sobre eventuais alternativas viáveis. De modo informado, poderá decidir melhor.¹²⁵

Com efeito, segundo a OCDE, a implementação da AIR auxilia o processo de criação de políticas de regulação, ao fornecer dados empíricos para a tomada racional de decisão, estabelecendo uma estrutura para que sejam avaliadas as possíveis opções regulatórias e suas implicações.¹²⁶ Isso porque o mecanismo delinea parâmetros objetivos para que os agentes públicos responsáveis pela regulação avaliem *ex ante* se é necessário ou não editar ou alterar determinado ato, bem como os benefícios e custos decorrentes disso.¹²⁷

Assim, consoante Vilela, a AIR apresenta-se como “a melhor forma de analisar o alcance e os possíveis resultados decorrentes da regulação e permitir o controle social.”¹²⁸ Ao

¹²¹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA)**: Guidance for Policy Makers. 2008, p. 48. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹²² GABARDO, Emerson; GRANER, Mateus Domingues. A importância da participação popular na análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras federais brasileiras. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 275-300, set./dez. 2020, p. 286. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82965/78904>>. Acesso em: 7 abr. 2021.

¹²³ BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório — AIR**. Brasília: Presidência da República, 2018, p. 7. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_2_7-09-2018.pdf/view>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹²⁴ DAYCHOUM, Mariam; VÉRAS, Rafael. **Processo administrativo nas agências reguladoras**: uma proposta de disciplina legislativa. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 22. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16535/Processo%20administrativo%20nas%20ag%C3%A2ncias%20reguladoras.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

¹²⁵ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **Guia técnico de boas práticas regulatórias**: orientações técnicas para o aprimoramento do processo regulatório. Rio de Janeiro: 2014, p. 20. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/guia_tecnico_boas_praticas.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

¹²⁶ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA)**: Guidance for Policy Makers. 2008, p. 2. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹²⁷ DAYCHOUM, Mariam; VÉRAS, Rafael. **Processo administrativo nas agências reguladoras**: uma proposta de disciplina legislativa. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 22. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16535/Processo%20administrativo%20nas%20ag%C3%A2ncias%20reguladoras.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

¹²⁸ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 156.

contribuir para fundamentar a tomada de decisão pelos órgãos e entidades da Administração Pública,¹²⁹ o estudo de impacto colabora para a eficiência de suas políticas.¹³⁰ Cuida-se, portanto, de ferramenta essencial para a governança regulatória¹³¹ e a melhoria da qualidade da regulação.^{132 133}

A análise de impacto regulatório foi criada em 1974, nos Estados Unidos,¹³⁴ por força de decreto expedido pelo então presidente Gerald Ford, por meio do qual determinou às agências reguladoras que, previamente à edição de atos normativos, produzissem relatórios sobre seus impactos inflacionários. Nesse estudo, os reguladores deveriam considerar os impactos dos custos sobre os consumidores e empresas, sobre a produtividade e a concorrência.¹³⁵ Desde então, a AIR tornou-se *standard* de boa prática regulatória na maioria dos países desenvolvidos.¹³⁶

A grande maioria dos países membros da União Europeia adota alguma forma de análise de impacto.¹³⁷ É, também, amplamente difundida entre os Estados que compõem a Organização

¹²⁹ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. **Legislar melhor: fazer o ponto da situação e honrar os nossos compromissos**. Bruxelas, 2019. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52019DC0178>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹³⁰ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers**. 2008, p. 7. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹³¹ A *governança regulatória* consiste na adoção e implementação de regras e boas práticas que prestigiem a “busca de autonomia, transparência e controle social, responsabilização (*accountability*) e aprimoramento das ferramentas regulatórias e institucionais, visando a melhoria da qualidade regulatória (...)”. (BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **Guia técnico de boas práticas regulatórias: orientações técnicas para o aprimoramento do processo regulatório**. Rio de Janeiro: 2014, p. 3. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/guia_tecnico_boas_praticas.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.)

¹³² O termo *melhoria regulatória* refere-se “a alterações positivas que incrementam a qualidade da regulação, no que diz respeito à efetividade, considerando-se custos associados”. (BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **Guia técnico de boas práticas regulatórias: orientações técnicas para o aprimoramento do processo regulatório**. Rio de Janeiro: 2014, p. 3. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/guia_tecnico_boas_praticas.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.)

¹³³ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers**. 2008, p. 7. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹³⁴ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 156.

¹³⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Presidência da República. **Executive Order 11821**, 27 nov. 1974. *Inflation Impact Statements*. Disponível em: <<https://www.presidency.ucsb.edu/documents/executive-order-11821-inflation-impact-statements>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹³⁶ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers**. 2008, p. 11. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹³⁷ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Better Regulation Practices across the European Union**. Paris: *OECD Publishing*, 2019, p. 69. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264311732-en>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), entidade que incentiva a adoção dessa ferramenta ao redor do mundo, sobretudo nos países em desenvolvimento, para o aperfeiçoamento da qualidade da regulação.¹³⁸

O Brasil, que possui a qualidade de parceiro-chave da OCDE, pleiteia seu ingresso na organização, oficialmente, desde 2017.¹³⁹ Desse modo, a implementação da AIR no Brasil — a ser abordada no tópico seguinte —, imposta em caráter geral à Administração Federal, pode favorecer o avanço das tratativas para que o país se torne membro da entidade, devido à progressiva convergência aos seus padrões.¹⁴⁰

Trata-se de mecanismo que poderá melhorar a eficiência, qualidade e governança regulatória no Brasil, em benefício dos agentes econômicos, consumidores e usuários dos serviços, sobretudo num contexto em que a evolução tecnológica ocorre de modo exponencial, carecendo de regulação cada vez mais específica e adequada. A título exemplificativo, a AIR poderá ser de valia na implantação da tecnologia 5G — a quinta geração da *internet* móvel — no país,¹⁴¹ bem assim na normatização dos meios digitais de pagamento, que se encontram em ascensão.¹⁴²

4.2 IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL

A AIR vem sendo utilizada no Brasil já há alguns anos. Em junho de 2018, o Comitê Interministerial de Governança (CIG) aprovou as *Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório — AIR*,¹⁴³ a título de recomendação aos órgãos

¹³⁸ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA)**: Guidance for Policy Makers. 2008, p. 11. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹³⁹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **A OCDE e o Brasil**: Uma relação mutuamente benéfica. Disponível em: <<https://www.oecd.org/latin-america/paises/brasil-portugues/>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁴⁰ GUARANYNS, Marcelo Pacheco dos; ALBUQUERQUE, Kelvia Frota de; *et al.* Brasil, OCDE e análise de impacto regulatório. **Jota**, 10 set. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/brasil-ocde-e-analise-de-impacto-regulatorio-10092020>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹⁴¹ BEZERRA, Lucas; SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. O percurso da regulamentação do 5G no Brasil: Normatizar a matéria em âmbito federal é suficiente para garantir a implementação e segurança dessa tecnologia? **Jota**, 19 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-percurso-da-regulamentacao-do-5g-no-brasil-19022021>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁴² CYRINO, André; ALTOÉ JUNIOR, José Egidio. Análise de impacto regulatório e meios de pagamento. Por que não? Mais benéfico que investigar o varejo das transformações desse setor em franco crescimento é impor a obrigação de AIR na regulação sistêmica. **Jota**, 14 jul. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/analise-de-impacto-regulatorio-e-meios-de-pagamento-por-que-nao-14072020>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁴³ BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório — AIR**. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em:

da Administração Pública Federal. Especificamente no âmbito interno das agências reguladoras, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), desde 2014, no contexto de sua agenda regulatória, passou a adotar a AIR como boa prática de governança.¹⁴⁴ Além disso, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), em seu Regimento Interno (art. 106, XII, da Resolução nº 5.810/2018), prevê expressamente a adoção da AIR como instrumento de apoio à tomada de decisões de sua Diretoria Colegiada.¹⁴⁵

A imposição da AIR, por meio de lei, contudo, somente ocorreu com a edição da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (Declaração de Direitos de Liberdade Econômica),¹⁴⁶ e da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 (Lei das Agências Reguladoras).¹⁴⁷ Tais diplomas instituíram, em caráter geral e obrigatório à Administração Pública Federal, a análise de impacto regulatório, nos seus arts. 5º, *caput*, e art. 6º, *caput*, respectivamente, nestes termos:

Lei nº 13.874/2019

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.

.....
Lei nº 13.848/2019

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.

Como se vê, a AIR, em regra, deve preceder a criação ou alteração de atos normativos que sejam do interesse geral dos regulados, agentes econômicos, consumidores e usuários dos serviços. O mecanismo tem aplicação ampla, não restrita às agências reguladoras, estendendo-

<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹⁴⁴ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **Guia técnico de boas práticas regulatórias**: orientações técnicas para o aprimoramento do processo regulatório. Rio de Janeiro: 2014, p. 3. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/guia_tecnico_boas_praticas.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

¹⁴⁵ BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Resolução nº 5.810, de 3 de maio de 2018**. Disponível em: <[¹⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica \(...\). Disponível em: <\[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm\)>. Acesso em: 24 fev. 2021.](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/13773008/do1-2018-05-10-resolucao-n-5-810-de-3-de-maio-de-2018-13773004#:~:text=Aprova%20o%20Regimento%20Interno%20da,Art.>>. Acesso em: 5 abr. 2021.</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹⁴⁷ 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm>. Acesso em: 24 fev. 2021.

se aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal em geral, inclusive autarquias e fundações públicas.

Não obstante, ambos os diplomas delegaram — nos arts. 5º, parágrafo único, da Lei nº 13.874/2019 e 6º, § 1º, da Lei nº 13.848/2019 — ao Poder Executivo a regulamentação sobre a data de início da exigência da AIR, o seu conteúdo e metodologia, os quesitos mínimos a serem objeto do exame, bem como a respeito das hipóteses de obrigatoriedade e dispensa de sua realização. Para exercer o poder regulamentar, o Presidente da República editou o Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020.¹⁴⁸

No decreto, a análise de impacto regulatório (AIR) foi definida como o procedimento que, “a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos (...), conterà informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão” (art. 2º, I).

O regulamento prevê que, via de regra, será precedida de AIR a edição, alteração ou revogação, por órgãos e entidades da administração federal, de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados (art. 3º, *caput*). A análise deverá ser iniciada após a avaliação quanto à obrigatoriedade ou à conveniência e à oportunidade para a resolução do problema regulatório identificado (art. 5º).

Por outro lado, previu que a AIR não se aplica a determinados atos normativos, listados nos incisos do parágrafo segundo do art. 3º, a exemplo daqueles cujos efeitos sejam restritos ao âmbito interno do órgão ou da entidade; dos atos de efeitos concretos, destinados a disciplinar situação específica, cujos destinatários sejam individualizados; bem como dos que disponham sobre segurança nacional e política cambial e monetária, entre outros.

O decreto trouxe, ainda, diversas situações em que a AIR poderá ser dispensada, caso haja decisão fundamentada do órgão competente (art. 4º, *caput* e incisos), a exemplo dos casos em que haja urgência, em que o ato normativo seja considerado de baixo impacto e em que seja destinado a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias, entre outras

¹⁴⁸ BRASIL. **Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020**. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10411.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

hipóteses. Todavia, havendo dispensa, o decreto determina que será produzida nota técnica ou documento equivalente que fundamente a proposta normativa (art. 4º, § 1º).

O relatório de AIR, que tem por objetivo subsidiar a tomada de decisão pela autoridade (art. 15, § 1º), deverá conter os seguintes elementos essenciais (art. 6º): (a) a identificação do **problema** regulatório que se pretende solucionar, com a apresentação de suas causas e sua extensão; (b) a identificação dos agentes econômicos, dos usuários dos serviços prestados e dos demais **afetados** pelo problema regulatório; (c) a definição dos **objetivos** a serem alcançados; (d) a descrição das **alternativas** possíveis ao enfrentamento do problema, considerando as opções de não ação, de soluções normativas e não normativas; (e) a exposição dos possíveis **impactos das alternativas** identificadas, inclusive quanto aos seus custos regulatórios; (f) as considerações referentes à **participação popular**; (g) a identificação e definição dos **efeitos e riscos** decorrentes do ato normativo; (h) a **comparação das alternativas** consideradas para a resolução do problema regulatório identificado, acompanhada de análise fundamentada sobre a metodologia escolhida; (i) a descrição da estratégia para **implementação** da alternativa sugerida, acompanhada das formas de **monitoramento** e de **avaliação** a serem adotadas, entre outros elementos elencados no dispositivo.

A respeito da metodologia para a aferição da razoabilidade do impacto econômico, o decreto prevê seis possibilidades específicas: (i) análise multicritério; (ii) análise de custo-benefício; (iii) análise de custo-efetividade; (iv) análise de custo; (v) análise de risco; ou (vi) análise de risco-risco (art. 7º, *caput* e incisos). A sua escolha deverá ser justificada pelo regulador, inclusive mediante comparação entre as alternativas sugeridas (art. 7º, § 1º). Poderá a Administração escolher outra metodologia, mediante justificativa, caso se mostre a mais adequada ao caso (§ 2º).

O decreto prevê, ainda, que a autoridade competente do órgão ou entidade responsável pela elaboração da AIR deverá se manifestar sobre sua adequação formal e os objetivos pretendidos, a fim de demonstrar se a adoção das alternativas sugeridas, considerados os seus impactos estimados, é a mais adequada ao enfrentamento do problema regulatório identificado (art. 15, *caput*). Entretanto, o relatório não vincula a tomada de decisão pelo regulador, que poderá adotar alternativa contrária à sugerida na AIR — inclusive a não ação —, desde que fundamente a decisão (art. 15, §§ 2º e 3º).

O relatório da AIR poderá ser objeto de participação social, a ser realizada antes da decisão sobre a melhor alternativa para enfrentar o problema regulatório identificado e da elaboração de minuta de ato normativo (art. 8º). Outrossim, os relatórios devem ser disponibilizados para consulta no sítio eletrônico do órgão ou entidade, ressalvados aqueles com restrição de acesso (art. 18). Há previsão, ainda, para a realização de avaliação de resultado regulatório (ARR), com o objetivo de mensurar os efeitos obtidos pelos atos normativos praticados (art. 13).

O decreto passou a produzir efeitos, a partir de 15 de abril de 2021, em relação ao Ministério da Economia, às agências reguladoras de que trata a Lei nº 13.848/2019 (Aneel, ANP, Anatel, Anvisa, ANS, ANA, Antaq, ANTT, Ancine, Anac e ANM),¹⁴⁹ bem como ao Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia — Inmetro (art. 24, I, do decreto). No que concerne aos demais órgãos e entidades da administração pública federal, direta, autárquica e fundacional, a exigência dar-se-á a partir de 14 de outubro de 2021 (art. 24, II). Não há obrigatoriedade de elaborar AIR, entretanto, nas propostas de ato normativo que, na data de produção de efeitos, já tenham sido submetidas à consulta pública ou outra forma de participação social (art. 22).

¹⁴⁹ Siglas que significam, respectivamente: Agência Nacional de Energia Elétrica; Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis; Agência Nacional de Telecomunicações; Agência Nacional de Vigilância Sanitária; Agência Nacional de Saúde Suplementar; Agência Nacional de Águas; Agência Nacional de Transportes Aquaviários; Agência Nacional de Transportes Terrestres; Agência Nacional do Cinema; Agência Nacional de Aviação Civil; e Agência Nacional de Mineração.

5 EFEITOS DA AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) EXIGÍVEL SOBRE O ATO REGULATÓRIO

A regulação, como visto, é parte essencial da atividade estatal, que irradia efeitos sobre a vida das pessoas e das empresas.¹⁵⁰ Se bem desempenhado, o processo regulatório traz benefícios à coletividade, como “o estímulo à inovação, a criação de empregos, o aumento da produtividade, a queda do nível de preços, o aumento da qualidade dos produtos, o aumento da competitividade”.¹⁵¹ Caracteriza-se, portanto, como determinante para o bem-estar da sociedade, ao crescimento econômico e ao aumento da eficiência e segurança.^{152 153}

Diversamente, quando eivada de irregularidades e excessos, a regulação pode resultar em prejuízos sociais e econômicos, consoante as *Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório — AIR*:¹⁵⁴

(...) [S]e utilizada de modo arbitrário e desproporcional, [a regulação] pode gerar efeitos nocivos substanciais aos mercados e à sociedade como um todo, tais como: aumento do preço dos produtos ou serviços, queda de investimentos, barreiras à entrada, barreiras à inovação, altos custos de conformidade ao setor regulado, aumento dos riscos e distorções de mercado. Além disso, a regulação também impõe custos de fiscalização e monitoramento ao regulador. Assim, ela só deve ser criada quando sua existência é justificada.

Especificamente em se tratando da AIR, segundo a OCDE, sua realização, quando mal compreendida, poderá ser vista como desperdício de tempo e de recursos.¹⁵⁵ De outra parte, em outros casos, a carência de agentes públicos com as competências adequadas e a falta de apoio institucional à condução de um estudo de impacto podem causar diversos problemas de ordem

¹⁵⁰ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Better Regulation Practices across the European Union**. Paris: *OECD Publishing*, 2019, p. 18. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264311732-en>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹⁵¹ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **Guia técnico de boas práticas regulatórias: orientações técnicas para o aprimoramento do processo regulatório**. Rio de Janeiro: 2014, p. 4. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/guia_tecnico_boas_praticas.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

¹⁵² ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Better Regulation Practices across the European Union**. Paris: *OECD Publishing*, 2019, p. 18. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264311732-en>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹⁵³ BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório — AIR**. Brasília: Presidência da República, 2018, p. 21-22. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹⁵⁴ BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório — AIR**. Brasília: Presidência da República, 2018, p. 21-22. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹⁵⁵ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA)**: Guidance for Policy Makers. 2008, p. 48. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

técnica e procedimental, minando a eficiência e a efetividade do processo regulatório.¹⁵⁶ Caso prepondere a indiferença da Administração Pública¹⁵⁷, a AIR, enquanto componente do processo de regulação, poderá ser entendida como procedimento burocrático e oneroso, em vez de ferramenta valiosa, dificultando sua plena implementação.¹⁵⁸

Conseqüentemente, em razão do risco de que, caso não haja compromisso dos agentes e órgãos públicos na adoção de boas práticas regulatórias, sejam descumpridas, por parte da Administração, as disposições sobre a AIR, em especial as hipóteses de sua obrigatoriedade, mostra-se relevante investigar os efeitos que essa inobservância poderá ter sobre o ato regulatório produzido, ao fim do processo decisório. Tal exame, por certo, não prescinde da averiguação, como questão prévia, da legalidade do art. 21 do Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, que, como já visto, prevê que a inobservância da AIR não acarretará a invalidade da norma.

A análise dos efeitos, sobre a regulação, da inobservância da Administração à AIR ganha especial relevo no contexto contemporâneo da gradual superação do preceito da absoluta supremacia do interesse público sobre o particular.¹⁵⁹ Reconhece-se, nessa senda, que o direito administrativo também deve prever garantias para o administrado, não somente para Administração.¹⁶⁰ Trata-se, ademais, de questão afeta ao próprio debate do papel a ser desempenhado pela regulação, discussão que, consoante Vilela, deve abordar a legitimação das decisões regulatórias, “para além dos interesses do mercado, instrumentalizando-as e estabelecendo procedimentos eficientes na perspectiva da concretização de políticas públicas democráticas”.¹⁶¹

Dessarte, nos casos em que a AIR, ainda que se mostre obrigatória, nos termos do decreto, não seja realizada, serão analisadas as duas principais nulidades possíveis sobre

¹⁵⁶ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA)**: Guidance for Policy Makers. 2008, p. 25. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁵⁷ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA)**: Guidance for Policy Makers. 2008, p. 25. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁵⁸ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA)**: Guidance for Policy Makers. 2008, p. 25. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁵⁹ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 155.

¹⁶⁰ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 155.

¹⁶¹ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 85.

regulação: a primeira, atrelada ao procedimento — *i.e.* ao conjunto de operações coordenadas imprescindíveis à perfeição do ato final —,¹⁶² consubstanciada no descumprimento de formalidade essencial; e, a última, intrínseca à forma do próprio ato regulatório — *i.e.* ao seu revestimento material —,¹⁶³ qual seja, o vício de motivação. Como se verá adiante, para que a escolha regulatória se afigure legítima, deverá ser levada a cabo em observância ao devido processo normativo e à exigência de motivação.¹⁶⁴

5.1 QUESTÃO PRÉVIA: ILEGALIDADE DO ART. 21 DO DECRETO Nº 10.411/2020.

Preliminarmente ao exame dos efeitos da ausência da análise de impacto exigível sobre a regulação, faz-se mister abordar brevemente um ponto específico da normatização infralegal da AIR, que, por ser pertinente à questão estudada, deve ser levada em consideração: o disposto no art. 21 do Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020. Tal qual foi abordado no capítulo anterior, o Presidente da República editou o aludido ato com o objetivo de regulamentar as normas do art. 5º da Lei nº 13.874/2019 e do art. 6º da Lei nº 13.848/2019. No que diz respeito a eventual inobservância às suas disposições sobre AIR, o decreto, no art. 21, traz previsão expressa no sentido de que não haverá nulidade da norma editada:

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.

A exegese do dispositivo sugere que, não realizada a análise de impacto, mesmo em hipótese de obrigatoriedade, não haveria que se cogitar de nulidade do ato de regulação — tampouco haveria justificativa para seu descumprimento. Tal norma, contudo, aparenta extrapolar os limites do poder regulamentar.

Nos termos do art. 84, IV, da Constituição Federal de 1988,¹⁶⁵ compete privativamente ao Presidente da República expedir decretos para a fiel execução das leis:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
(...)

¹⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 156.

¹⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 156.

¹⁶⁴ CALDAS, Evandro. O PAPEL DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL NA REGULAÇÃO EXERCIDA PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 361-381 (p. 370-371), out. 2019. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/391>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

¹⁶⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 2 fev. 2021.

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

A respeito, consoante Manoel Gonçalves Ferreira Filho, como decorrência do princípio da legalidade, os decretos, atos normativos secundários, não podem senão explicitar o que a lei determina.¹⁶⁶ Na mesma linha, segundo escólio de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, ao passo que a lei pode inovar no ordenamento jurídico, o regulamento, sem alterá-la, “tão somente fixa as ‘regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou para desenvolver os preceitos constantes da lei, expressos ou implícitos (...)’”.¹⁶⁷ Dessarte, para Alexandre de Moraes, o regulamento não pode alterar disposição legal, tampouco criar obrigações diversas das que estejam previstas em lei.¹⁶⁸

Com base nessas premissas, representativas da limitação constitucional ao poder do Estado, o Supremo Tribunal Federal possui sólida jurisprudência no sentido de que os atos infralegais subordinam-se “aos limites jurídicos definidos na regra legal a cuja implementação (...) se destinam, pois o exercício (...) do poder regulamentar não pode transgredir a lei, seja para exigir o que esta não exigiu, seja para estabelecer distinções onde a própria lei não distinguiu”.¹⁶⁹ Assim, para a Corte, “nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal”.¹⁷⁰

Em que pese tanto a Lei nº 13.874/2019 (art. 5º, parágrafo único)¹⁷¹ quanto a Lei nº 13.848/2019 (art. 6º, § 1º)¹⁷² tenham delegado ao Poder Executivo a disposição sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como

¹⁶⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 245.

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1.025.

¹⁶⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 11. ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 122.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1075**, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 5 out. 2020.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AC 1033 AgR-QO**, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 25 mai. 2006.

¹⁷¹ BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (...). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em: 24 fev. 2021.

¹⁷² 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm>. Acesso em: 24 fev. 2021.

acerca dos casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada, inexistiu delegação para estabelecer-se, por meio de decreto, que a inobservância à realização da AIR não acarretará efeitos sobre o ato produzido. Ademais, ressalte-se que a obrigatoriedade de produção da análise de impacto, nas hipóteses elencadas no decreto, decorre das próprias leis, as quais nada preveem sobre falta de consequências sobre a validade da regulação, quando eventualmente tais determinações sejam desrespeitadas pelo administrador.

Dessarte, é possível visualizar ilegalidade no art. 21 do aludido decreto, visto que, ao inovar na ordem jurídica, extrapolou o poder regulamentar.¹⁷³

5.2 INVALIDADES DO ATO REGULATÓRIO

5.2.1 Nulidade do ato normativo por inobservância de formalidade essencial do processo regulatório

A Lei nº 9.784/1999, que rege os processos administrativos na Administração Pública Federal, dispõe que, nesses expedientes, deverá haver observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (art. 2º, parágrafo único, VIII):¹⁷⁴

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:

(...)

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

O respeito ao procedimento trata-se, portanto, de garantia jurídica para o administrado.¹⁷⁵ Segundo Di Pietro, nos processos que envolvam interesses dos particulares, haverá a necessidade de formas mais rígidas do que normalmente se verifica nos demais

¹⁷³ A respeito, são pertinentes as observações de Gustavo Binbenjoni, em artigo publicado no portal *Jota*: “(...) [O] Decreto prevê que sua inobservância não acarreta a invalidade da norma editada. Ou seja, além de tornar a obrigatoriedade da AIR excepcional, permite-se que mesmo af a exigência legal seja solenemente desconsiderada sem qualquer consequência jurídica, o que configura evidente afronta ao comando legislativo. Mais um erro de um Decreto que parece ter sido editado para livrar a Administração do ‘problema’ da AIR, como se sua finalidade fosse limitada à contenção do aumento da carga regulatória (...)”. (BINENBOJONI, Gustavo. O regulamento da Análise de Impacto Regulatório: Decreto nº 10.411/2020 esvazia obrigação legal de fazer AIR com prodigalidades de excludentes. *Jota*, 5 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-regulamento-da-analise-de-impacto-regulatorio-05012021>>. Acesso em: 23 mar. 2021.)

¹⁷⁴ BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 249.

processos administrativos, de modo a “evitar o arbítrio e a ofensa a seus direitos individuais”.¹⁷⁶ Nesse contexto, o formalismo serve de garantia à própria Administração, meio pelo qual será possibilitado o controle dos seus atos.¹⁷⁷

Em tais casos, consoante Hely Lopes Meirelles, a lei estabelece um processo administrativo constituído de atos intermediários, preparatórios e autônomos, contudo interligados entre si, os quais “se conjugam para dar conteúdo e forma ao ato principal e final colimado pelo Poder Público”.¹⁷⁸ Há, assim, uma sucessão de atos prévios que necessitam preceder a prática da medida final objetivada pelo administrador.¹⁷⁹ Segundo Marçal Justen Filho, a própria natureza da questão a ser resolvida e as suas peculiaridades fáticas e jurídicas deverão orientar o procedimento específico a ser utilizado pela Administração.¹⁸⁰

O rito processual cabível e adequado, necessário ao atendimento do interesse público e à proteção dos direitos dos particulares, deverá ser obedecido pela Administração, sob pena de nulidade.¹⁸¹ Desse modo, caso seja inobservado, em virtude da preterição de atos preparatórios ou de outra desconformidade com a norma legal regente do processo administrativo, pode ocorrer a nulidade do ato principal, almejado pela Administração, desde que as formalidades desrespeitadas sejam essenciais ou requisitos de legalidade do ato final.¹⁸²

Acerca disso, segundo Di Pietro, embora o respeito à formalidade processual, *a priori*, não constitua elemento de validade intrínseco ao ato *per se*, numa acepção restrita de forma — pela qual cada ato é considerado de forma isolada —, em se tratando de processo administrativo, afigura-se imprescindível que se considerem, também, as formalidades cuja observância se impõe no decorrer do procedimento, como condição para a prática do ato final de modo válido.¹⁸³ Assim, para a autora:¹⁸⁴

(...) [T]anto a inobservância da forma como a do procedimento produzem o mesmo resultado, ou seja, a ilicitude do ato. Por exemplo, se a lei exige a forma escrita e o

¹⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 801.

¹⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 249.

¹⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 160.

¹⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 793.

¹⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Revista dos Tribunais, 2018, capítulo 7 (livro digital não paginado). Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101032/anchor/a-157101032>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

¹⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 802.

¹⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 160.

¹⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 248.

¹⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 248.

ato é praticado verbalmente, ele será nulo; se a lei exige processo disciplinar para demissão de um funcionário, a falta ou o vício naquele procedimento invalida a demissão, ainda que estivesse correta, quando isoladamente considerada.

Nesse sentido, o art. 2º, parágrafo único, *b*, da *Lei da Ação Popular* (Lei nº 4.717/1965) prevê que o vício de forma “consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato”.¹⁸⁵

Desatendida a formalidade exigível no processo administrativo, haverá a nulidade do procedimento e, conseqüentemente, do ato final praticado, especialmente se do descumprimento resultarem prejuízos aos administrados. Isso porque, à luz do preceito da instrumentalidade das formas, inexistente nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*).¹⁸⁶ Assim, quando a formalidade desrespeitada se apresente essencial, é inviável a convalidação do ato editado,¹⁸⁷ tal qual prevista no art. 55 da Lei nº 9.784/1999.¹⁸⁸

Há de se considerar, portanto, que o cumprimento das formalidades atinentes ao procedimento configura requisito de validade do próprio ato principal.¹⁸⁹ Sua inobservância, por conseguinte, conduzirá à ilegalidade do ato praticado.¹⁹⁰ Essa prescrição de nulidade, por violação do *direito ao procedimento*,¹⁹¹ a propósito, caracteriza-se como garantia ao particular de que as controvérsias e demais questões submetidas à apreciação e decisão dos órgãos administrativos serão deslindadas nos termos da lei.¹⁹²

No que concerne ao processo regulatório, por sua vez, o respeito à processualidade para a produção dos atos normativos — tal qual se estudou no item 3.1 — possui significativa relevância, em razão da gravidade dos potenciais impactos da modificação de disposições regulatórias sobre a coletividade como um todo,¹⁹³ em aspectos sociais, econômicos,

¹⁸⁵ BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm>. Acesso em: 3 mar. 2021.

¹⁸⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 697.

¹⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 291.

¹⁸⁸ Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração. (BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.)

¹⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 248.

¹⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 793.

¹⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 617.

¹⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 249.

¹⁹³ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013, p. 11. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5434182/mod_folder/content/0/SCHIRATO%2C%20Vitor%20Rhein>.

ambientais, entre outros.¹⁹⁴ Isso implica a necessidade de estrito controle da observância das regras processuais por parte dos agentes encarregados da edição dos atos regulatórios, uma vez que, aqui, o cumprimento do rito não se trata de *mera formalidade*, senão condição essencial para que os atos regulatórios sejam dotados de legitimidade.¹⁹⁵ Com isso, visa-se a preservar a racionalidade das decisões da Administração.¹⁹⁶

Efetivamente, embora a atividade regulatória, mormente, compreenda atos de natureza discricionária, tal faculdade não significa que os órgãos reguladores possam emitir decisões normativas desvinculadas da realidade fática e do conhecimento técnico.¹⁹⁷ Pelo contrário, para Justen Filho, “a validade da regulação depende da observância de um procedimento adequado a identificar os problemas, a avaliar as consequências das soluções cabíveis, a permitir a ampla discussão das propostas e a demonstrar que a escolha adotada é a mais satisfatória”.¹⁹⁸

Nesse contexto, tal qual se abordou nos itens 3.1 e 4.2, a análise de impacto regulatório (AIR) afigura-se mecanismo integrante do processo regulatório. A necessidade de sua realização foi imposta por meio da Lei nº 13.874/2019 (Declaração de Direitos de Liberdade Econômica) e da Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras).¹⁹⁹ Por seu turno, o Decreto nº 10.411/2020, no exercício do poder regulamentar delegado por tais diplomas legais, estabeleceu que a edição de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos ou de usuários dos serviços será precedida, como regra geral, da realização de AIR (art. 3º, *caput*). As únicas exceções a isso são as já referidas hipóteses elencadas nos incisos do parágrafo

[%20A%20deteriora%C3%A7%C3%A3o%20do%20sistema%20regulat%C3%B3rio%20brasileiro.pdf?forcedownload=1>](#). Acesso em: 10 abr. 2021.

¹⁹⁴ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. **Legislar melhor: fazer o ponto da situação e honrar os nossos compromissos**. Bruxelas, 2019. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52019DC0178>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹⁹⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013, p. 11. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5434182/mod_folder/content/0/SCHIRATO%2C%20Vitor%20Rhein.%20A%20deteriora%C3%A7%C3%A3o%20do%20sistema%20regulat%C3%B3rio%20brasileiro.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Revista dos Tribunais, 2018, capítulo 11 (livro digital não paginado). Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101032/anchor/a-157101032>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

¹⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Revista dos Tribunais, 2018, capítulo 11 (livro digital não paginado). Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101032/anchor/a-157101032>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

¹⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Revista dos Tribunais, 2018, capítulo 11 (livro digital não paginado). Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101032/anchor/a-157101032>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

¹⁹⁹ 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/113848.htm>. Acesso em: 24 fev. 2021.

segundo do art. 3º — situações em que a AIR não deverá ser realizada —, bem como aquelas arroladas no art. 4º, *caput* e incisos — casos em que a AIR poderá ser dispensada, de forma fundamentada.

Desse modo, considerando que a AIR compõe o processo administrativo normativo, enquanto elemento essencial — destinado, em especial, a qualificar a motivação do ato regulatório, como visto no item 3.2 —, a omissão do estudo, quando sua realização for obrigatória — desconsideradas as hipóteses em que a AIR é dispensada ou dispensável —, acarretará, inevitavelmente, a nulidade do ato regulatório.²⁰⁰ Tal nulidade resulta do descumprimento de formalidade essencial do rito processual, expressamente prescrita em lei e disciplinada no decreto. Ressalte-se que, segundo escólio de Justen Filho, apesar da discricionariedade técnica conferida ao regulador, não se mostra válida a decisão regulatória que resulte de cogitações puramente subjetivas, não embasadas nos elementos colhidos ao longo do devido processo administrativo.²⁰¹

Analogamente, Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Câmara, ao tratarem da participação social em processo regulatório no setor de telecomunicações, sustentam que a ausência de consulta pública para a edição do ato normativo implicará sua nulidade:²⁰²

É indiscutível, portanto, que, no setor de telecomunicações, a ausência de consulta pública para a edição de novo ato normativo conduz à sua nulidade. É importante destacar que tal requisito não é mera formalidade. Para ser atendido, é importante que ele cumpra efetivamente as finalidades para as quais se destina. Isto é, a consulta pública deve, além de possibilitar a oitiva dos interessados, expor as razões de fato e de direito que levaram a Agência a propor tais soluções. Trata-se de um instrumento fundamental para o cumprimento de outro importante preceito de índole processual: o que impõe o dever de motivação das decisões administrativas.

Logo, por não se tratarem a análise de impacto regulatório e a participação social de meras formalidades, para que a regulação possa funcionar de modo adequado, deve haver, por parte dos órgãos de controle da Administração Pública, uma “completa intolerância com a

²⁰⁰ FREITAS, Juarez. Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração. **Seqüência** (Florianópolis), n. 70, p. 115-133, jun. 2015, p. 122. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n70p115>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

²⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Revista dos Tribunais, 2018, capítulo 11 (livro digital não paginado). Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101032/anchor/a-157101032>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

²⁰² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 55-73, jul./set. 2011, p. 63. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/download/209/200>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

inobservância das regras procedimentais aplicáveis”,²⁰³ sobretudo porquanto, no dizer de Justen Filho, “a competência administrativa discricionária não legitima decisões impensadas ou mal formuladas”.²⁰⁴ Tal postura, ademais, há de ser adotada pelo Poder Judiciário, no exercício do controle de legalidade, conforme será abordado no item 5.3 deste trabalho.

Desse modo, a preterição de AIR exigível, ato preparatório imprescindível ao processo administrativo da regulação,²⁰⁵ resultará na nulidade do ato normativo praticado pelos órgãos e entidades da Administração Pública responsáveis pela regulação, por descumprimento de formalidade essencial do processo regulatório.

5.2.2 Nulidade do ato normativo por vício de motivação

Tal qual abordado no item 3.2, a motivação do ato — a exposição dos motivos fáticos e jurídicos que conduziram à sua prática — integra o requisito de forma.²⁰⁶ Desse modo, tendo em conta que a violação à forma exigida se trata de causa de invalidade do ato administrativo, tornando-o passível de anulação, caso necessária à sua perfeição e eficácia,²⁰⁷ igualmente a ausência de motivação explícita, clara e congruente, quando obrigatória, implica a nulidade do ato praticado.²⁰⁸

Não se trata de mera formalidade, porquanto a falta de motivação inviabiliza o controle de legalidade do ato pelos órgãos de controle,²⁰⁹ bem como viola a garantia de contraditório e

²⁰³ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013, p. 11. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5434182/mod_folder/content/0/SCHIRATO%2C%20Vitor%20Rhein.%20A%20deteriora%C3%A7%C3%A3o%20do%20sistema%20regulat%C3%B3rio%20brasileiro.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 10 abr. 2021.

²⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Revista dos Tribunais, 2018, capítulo 11 (livro digital não paginado). Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101032/anchor/a-157101032>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

²⁰⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 160.

²⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 249.

²⁰⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 157.

²⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 35.033/RS**, Relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15 out. 2015.

²⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 249.

ampla defesa dos administrados,²¹⁰ acarretando a nulidade do ato.²¹¹ A respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que:²¹²

[O]mitindo-se a enunciação dos fatos e situações à vista dos quais se está procedendo de dado modo, não se terá como controlar a própria *existência material* de um motivo para ele [ato administrativo] e, menos ainda, seu *ajustamento à hipótese normativa*: carecendo de fundamentação esclarecedora do *porquê* se agiu da maneira tal ou qual não haverá como reconhecer-se, nos casos de discricção, *se houve ou não razão prestante* para justificar a medida e, pois, se ela era, deveras, confortada pelo sistema normativo.

Com efeito, como contestar a validade de um ato se os seus motivos, se sua razão de ser permanecer ignorada, oculta? Como impugná-lo, como submetê-lo ao crivo jurisdicional, se forem, desde logo, desconhecidas as bases em que está assentado? (Grifos no original)

Raciocínio idêntico se impõe à matéria da regulação. Como visto no item 3.2, a Lei das Agências Reguladoras e a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, conjuntamente, assentaram a obrigatoriedade de que os agentes públicos encarregados da regulação indiquem os pressupostos de fato e de direito de suas decisões — inclusive sobre a edição ou não de atos normativos —, devendo observar a adequação entre meios e fins. Previram, ainda, que a análise de impacto regulatório (AIR) — a preceder a edição de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos ou dos usuários dos serviços — servirá como modo de aferir-se a razoabilidade do impacto econômico da medida proposta. Outrossim, dispuseram que o conselho diretor ou diretoria colegiada deverá se manifestar, em relação ao relatório da AIR, a respeito da adequação do ato normativo aos objetivos visados, mencionando se os impactos estimados recomendam a edição da medida.

Perceba-se que, em virtude de tais exigências especiais, os aludidos diplomas legais impuseram aos órgãos e entidades responsáveis pela regulação um ônus de motivação *qualificada* — em comparação com os demais atos em geral —,²¹³ ²¹⁴ quando da edição do ato

²¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 55-73, jul./set. 2011, p. 71. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/download/209/200>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

²¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 249-250.

²¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 12. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 99.

²¹³ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013, p. 9-10. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5434182/mod_folder/content/0/SCHIRATO%2C%20Vitor%20Rhein.%20A%20deteriora%C3%A7%C3%A3o%20do%20sistema%20regul%C3%B3rio%20brasileiro.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 10 abr. 2021.

²¹⁴ PINHEIRO, Victor Marcel. Análise de impacto regulatório é facultativa para a administração pública federal? **Jota**, 27 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/analise-de-impacto-regulatorio-e-facultativa-para-a-administracao-publica-federal-27082020#_ftnref5~>>. Acesso em: 10 fev. 2021.

normativo. Essa motivação deverá levar em consideração a própria necessidade de editar-se a medida, a sua razoabilidade e adequação, bem como as informações e dados colhidos do processo administrativo, notadamente o resultado da análise de impacto regulatório.²¹⁵

Conforme abordado no capítulo 4, a análise de impacto regulatório (AIR) é, via de regra, requisito prévio à edição dos atos regulatórios normativos.²¹⁶ Ao avaliar os custos, benefícios e efeitos das medidas propostas pelos reguladores, a AIR subsidia e orienta a decisão a ser tomada pela autoridade, proporcionando “maior fundamentação técnica e analítica ao ente regulador”.²¹⁷ Como mecanismo destinado à melhoria da qualidade da regulação, o estudo de impacto busca assegurar que a atuação regulatória se apresente justificada e apropriada.^{218 219} Logo, e tendo em vista o disposto na Lei de Liberdade Econômica na Lei das Agências Reguladoras, a AIR se afigura como o próprio parâmetro para a verificação da razoabilidade do impacto econômico da providência adotada pela Administração, bem como da sua adequação aos fins objetivados, de modo a que “os benefícios sociais, ambientais e econômicos ultrapassem os custos diretos e indiretos, aí abrangidas as externalidades”.²²⁰

Dessarte, a AIR, a ser realizada no bojo do processo administrativo, trata-se de ato preparatório imprescindível à devida motivação da medida principal cuja edição se pretende, haja vista que nela se encontram “os elementos que estão sendo levados em conta na discussão que culminará na decisão afinal adotada, dotando o processo decisório de maior racionalidade

²¹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. A falta de causa como vício da regulação. **Pareceres - Carlos Ari Sundfeld**, vol. 1, p. 49-61, mar. 2013, DTR\2013\7030 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000178ee9e0edd83e7844d&docguid=10e99b510f0fe11e2bbb1010000000000&hitguid=10e99b510f0fe11e2bbb1010000000000&spos=2&epos=2&td=1366&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

²¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Revista dos Tribunais, 2018, capítulo 11 (livro digital não paginado). Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101032/anchor/a-157101032>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

²¹⁷ BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório — AIR**. Brasília: Presidência da República, 2018, p. 7. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view>. Acesso em: 20 mar. 2021.

²¹⁸ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **Guia técnico de boas práticas regulatórias: orientações técnicas para o aprimoramento do processo regulatório**. Rio de Janeiro: 2014, p. 20. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/guia_tecnico_boas_praticas.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

²¹⁹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers**. 2008, p. 31. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

²²⁰ FREITAS, Juarez. Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração. **Seqüência** (Florianópolis), n. 70, p. 115-133, jun. 2015, p. 116. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n70p115>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

e transparência.”²²¹ Com isso, torna-se possível que os agentes regulados conheçam os motivos que conduziram à escolha regulatória.²²²

A AIR, portanto, não pode ser vista como uma exigência meramente burocrática e custosa, senão como forma de conferir motivação robusta aos atos regulatórios — em que sejam atestados os motivos fáticos e jurídicos da decisão,²²³ bem como a sua necessidade, adequação e proporcionalidade.²²⁴ Desse modo, ao regulador, “não bastará inferir que a escolha será mais eficiente, esta deverá ser embasada em estudos que demonstrem essa preponderância dos benefícios em relação aos custos”.²²⁵

Nessa acepção, a análise de impacto consiste na própria motivação técnica do ato regulatório a ser produzido, de modo a garantir que a função regulatória, em sua ampla margem de discricionariedade, seja realizada de forma realmente técnica, isto é, que a medida seja juridicamente amparada e acertada.²²⁶ Em que pese o regulador tenha significativa autonomia no que diz respeito ao mérito dos seus atos — ao seu conteúdo —, deve decidir em observância rigorosa ao dever de motivação que lhe é imposto, visto que a sua discricionariedade técnica²²⁷

²²¹ SAMPAIO, Patrícia; GUERRA, Sérgio. Análise de Impacto Regulatório: ferramenta a serviço da transparência e da eficiência da regulação. *Revista Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 145, p. 31, set. 2012. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4265924/mod_resource/content/1/guerra%2C%20s%C3%A9rgio%20%20sampaio%2C%20patr%C3%ADcia%20%20an%C3%A1lise%20de%20impacto%20regulat%C3%B3rio.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2021.

²²² VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. **Avaliação de impacto regulatório**: uma ferramenta à disposição do Estado. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 152. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26032012-092844/publico/PatriciaPessoaValente_versao_completa.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

²²³ GABARDO, Emerson; GRANER, Mateus Domingues. A importância da participação popular na análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras federais brasileiras. *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 275-300, set./dez. 2020, p. 285. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82965/78904>>. Acesso em: 7 abr. 2021.

²²⁴ BLANCHET, Luiz Alberto; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. Análise de impacto regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 3, p. 1-15, set./dez. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.5020/2317-2150.2017.4219>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

²²⁵ VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. **Avaliação de impacto regulatório**: uma ferramenta à disposição do Estado. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 152. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26032012-092844/publico/PatriciaPessoaValente_versao_completa.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

²²⁶ PROENÇA, Jadir Dias (org.); RIBEIRO, Wladimir; *et al.* Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG: Contribuições para a melhoria da qualidade da regulação no Brasil. Brasília: Semear Editora, Brasília, 2010. v. 1, 252 p., p. 175. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/documentos/biblioteca-nacional/2010/proreg-volume-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

²²⁷ MAIOLINO, Eurico Zecchin. Discricionariedade, regulação e autolimitação. *Revista dos Tribunais*, vol. 909/2011, p. 21–36, Jul/2011 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000178facac682c355c8b5&docguid=I032b5ff0c0b611e0a1000008558bb68&hitguid=I032b5ff0c0b611e0a1000008558bb68&spos=4&epos=4&td=5&context=113&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

não pode traduzir-se em arbitrariedade (“*Il ne faut pas confondre pouvoir discrétionnaire et pouvoir arbitraire*”), ou seja, não lhe é lícito *pairar* acima da ordem jurídica.²²⁸ Com efeito, tal qual expõe Juarez Freitas:²²⁹

(...) [N]ão remanesce espaço jurídico para uma discricionariedade desmesurada, emotiva, autocentrada e omissiva. Dito de outro modo, na tomada da decisão administrativa, o agente público “lato sensu” tem que se guiar, antes de tudo, por estimativas sistemáticas de fato e de direito, seja no período da enunciação (cuja motivação não se compagina com circularidades vazias e inconsistências temporais), seja no momento da implementação de políticas públicas.

Segundo Justen Filho, a ausência da análise de impacto regulatório evidencia a falta de reflexão e ponderação sobre as providências propostas pela Administração, traduzindo-se em decisão desvinculada de fundamentos técnico-científicos.²³⁰ Defende, conseqüentemente, que “a inexistência da análise de impacto regulatório se constitui em defeito insanável e insuperável[,] (...) porque a autoridade administrativa não pode impor à sociedade alterações radicais e relevantes sem avaliar minuciosamente os efeitos decorrentes”.²³¹

No mesmo sentido, Carlos Ari Sunfeld, ao tratar de Plano Geral de Outorgas proposto pela Anatel, sem a prévia realização de AIR, concluiu que a omissão do estudo técnico para fundamentá-lo causaria a inviabilidade jurídica da medida, por violação ao dever de motivação imposto à agência, na edição de seus atos, tal qual previsto no art. 40 da Lei nº 9.472/1997 (“[o]s atos da Agência deverão ser sempre acompanhados da exposição formal dos motivos que os justifique”):²³²

²²⁸ PROENÇA, Jadir Dias (org.); RIBEIRO, Wladimir; *et al.* Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG: Contribuições para a melhoria da qualidade da regulação no Brasil. Brasília: Semear Editora, Brasília, 2010. v. 1, 252 p., p. 175. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/documentos/biblioteca-nacional/2010/proreg-volume-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

²²⁹ FREITAS, Juarez. Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração. **Seqüência** (Florianópolis), n. 70, p. 115-133, jun. 2015, p. 116. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n70p115>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

²³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Revista dos Tribunais, 2018, capítulo 11 (livro digital não paginado). Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101032/anchor/a-157101032>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

²³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Revista dos Tribunais, 2018, capítulo 11 (livro digital não paginado). Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101032/anchor/a-157101032>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

²³² SUNDFELD, Carlos Ari. A falta de causa como vício da regulação. **Pareceres - Carlos Ari Sunfeld**, vol. 1, p. 49-61, mar. 2013, DTR/2013/7030 (versão digital não paginada). Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000178ee9e0edd83e7844d&docguid=I0e99b510f0fe11e2bbb1010000000000&hitguid=I0e99b510f0fe11e2bbb1010000000000&spos=2&epos=2&td=1366&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

Mas não houve motivação suficiente para justificar medida de impacto e custos tão grandes. Muito especialmente, a Anatel não foi capaz de demonstrar sua necessidade. (...)

Ora, **se o estudo sobre os impactos da medida ainda está por ser feito, não há como justificar a proposta para adoção pronta da medida**, via Plano Geral de Outorgas. A propositura, com o devido respeito, baseia-se em mera intuição do órgão regulador, que sugeriu a criação de severa regra ao Chefe do Executivo para que, só depois, venha a se realizar o estudo de seus impactos.

A proposta em análise, **diante da reconhecida ausência de estudos técnicos para fundamentá-la** ou dimensionar seus efeitos, **contraria frontalmente** o previsto no art. 40 da Lei 9.472/1997, que impõe **o dever de decisões fundamentadas** pela agência. Por mais essa razão, portanto, a medida é juridicamente inviável. (Grifo nosso)

Por conseguinte, caso a AIR exigível não seja realizada, o ato praticado pelo órgão regulador será eivado de vício de forma, devido à ausência de motivação qualificada, que, como se viu *supra*, não pressupõe apenas a indicação explícita, clara e congruente dos seus fundamentos de fato e de direito,²³³ mas, também, a ponderação sobre sua necessidade, razoabilidade, adequação e proporcionalidade, à luz dos elementos obtidos na instrução do processo administrativo, mormente a análise de impacto regulatório.²³⁴ Assim, para o controle das escolhas regulatórias, em razão de tais preceitos, é imprescindível que os atos respectivos estejam devidamente fundamentados, o que, nesta situação, depende da produção do ato preparatório — a AIR —, que se traduzirá na própria motivação essencial ao ato principal.²³⁵ ²³⁶ Mediante a realização da AIR, será possível identificar o elemento — *e.g.* razoabilidade, adequação — que eventualmente tenha sido desrespeitado pelo agente regulador.²³⁷

A produção de nota técnica ou outro documento substitutivo,²³⁸ por sua vez, parece não suprir a nulidade causada pela omissão da AIR, quando exigida, visto que, por um lado, não

²³³ FREITAS, Juez. Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração. **Seqüência** (Florianópolis), n. 70, p. 115-133, jun. 2015, p. 116. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n70p115>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

²³⁴ CALDAS, Evandro. O PAPEL DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL NA REGULAÇÃO EXERCIDA PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 361-381 (p. 371), out. 2019. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/391>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

²³⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013, p. 11. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5434182/mod_folder/content/0/SCHIRATO%2C%20Vitor%20Rhein.%20A%20deteriora%C3%A7%C3%A3o%20do%20sistema%20regulat%C3%B3rio%20brasileiro.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 10 abr. 2021.

²³⁶ FREITAS, Juez. Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração. **Seqüência** (Florianópolis), n. 70, p. 115-133, jun. 2015, p. 122. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n70p115>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

²³⁷ VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. **Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 61. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26032012-092844/publico/PatriciaPessoaValente_versao_completa.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

²³⁸ Art. 6º, § 5º, da Lei nº 13.848/2019: “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.” (BRASIL. Lei

terá a profundidade metodológica da análise de impacto; e, por outro, a exigência da AIR, como mecanismo de verificação da razoabilidade e adequação do ato, decorre de expressa determinação legal. Ressalte-se, ainda, que, inobservado o requisito de realização de AIR, a Administração terá significativo ônus argumentativo para justificar a edição do ato normativo em rito processual diverso e demonstrar que ele corresponde às prescrições do devido processo normativo.²³⁹ Ademais, em tal situação, consoante Juarez Freitas, “[u]ma vez ausentes os bons motivos para exercer a liberdade, o agente público resta vinculado aos motivos opostos”.²⁴⁰

Desse modo, é possível concluir que a preterição de AIR exigível, ato instrutório imprescindível ao processo regulatório, conduzirá à nulidade do ato normativo, editado pela Administração, de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores e usuários dos serviços, por vício de motivação.

5.3 CONTROLE

O controle, consoante Di Pietro, constitui mecanismo para “assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade (...) [e] motivação”.²⁴¹ Pode ser feito pela própria Administração, pelo Judiciário, bem assim pelo Legislativo.²⁴²

Em decorrência do sistema de jurisdição una adotado pelo Brasil,²⁴³ o Poder Judiciário — de cuja apreciação a lei não pode excluir a lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF/1988) — possui o poder de, provocado, averiguar e invalidar os atos ilícitos praticados pela Administração, quando violem a legalidade.²⁴⁴ Tal sindicabilidade, segundo Hely Lopes

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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm>. Acesso em: 24 fev. 2021.)

²³⁹ PINHEIRO, Victor Marcel. Análise de impacto regulatório é facultativa para a administração pública federal? **Jota**, 27 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/analise-de-impacto-regulatorio-e-facultativa-para-a-administracao-publica-federal-27082020#_ftnref5~>. Acesso em: 10 fev. 2021.

²⁴⁰ FREITAS, Juarez. Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração. **Seqüência** (Florianópolis), n. 70, p. 115-133, jun. 2015, p. 121. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n70p115>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

²⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 907.

²⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 908.

²⁴³ COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean-Paul Veiga da. **Regulação e controle de preços do setor privado no direito brasileiro**: hipóteses de possibilidade — parâmetros jurídicos — a irretroatividade das normas no campo regulatório — formas e limites de atuação do Poder Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 272, p. 253-281 (p. 278), nov. 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/64304>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

²⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 203.

Meirelles, é “sobretudo um meio de preservação de direitos individuais, porque visa a impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários”.²⁴⁵

Independentemente de sua natureza — discricionária ou vinculada —, os atos podem ser controlados pelo Judiciário.²⁴⁶ Quanto aos discricionários, embora o administrador esteja autorizado por lei a eleger os meios necessários para determinar os fins legalmente estabelecidos, os seus atos podem ser questionados em razão de sua legalidade.²⁴⁷ Nesse caso, portanto, o controle possui uma única restrição, concernente ao objeto do julgamento, que deverá cingir-se ao exame de legalidade, mormente sobre os elementos do ato e a observância às formalidades instrumentais, à luz dos princípios regentes do proceder da Administração.²⁴⁸

Dessa forma, refogem do âmbito do controle jurisdicional os aspectos concernentes à apreciação subjetiva da Administração Pública, isto é, o denominado mérito administrativo, pautado pela oportunidade e conveniência.²⁴⁹ Isso porque o julgador não possui legitimidade para substituir a Administração em suas atribuições privativas — situação em que a discricionariedade do administrador seria, *tout court*, substituída por aquela do juiz —, mas apenas verificar se esta agiu em conformidade com o direito.²⁵⁰

Não é diferente na seara da regulação: o juiz não deve ter a pretensão de substituir o regulador, senão de assegurar a legitimidade democrática à atuação regulatória.²⁵¹ Nesse mister, é papel do julgador aferir, especialmente, se os procedimentos para a atuação administrativa, no processo decisório, foram observados, como a produção de prévia análise de impacto, quando obrigatória.²⁵² Ademais, deverá investigar “os motivos e a maturação da decisão

²⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 714.

²⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 203.

²⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos, Letramento, Casa do Direito, 2020, p. 77.

²⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 203 e p. 697.

²⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 926.

²⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 203.

²⁵¹ COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean-Paul Veiga da. **Regulação e controle de preços do setor privado no direito brasileiro: hipóteses de possibilidade — parâmetros jurídicos — a irretroatividade das normas no campo regulatório — formas e limites de atuação do Poder Judiciário**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 272, p. 253-281 (p. 277), nov. 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/64304>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

²⁵² COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean-Paul Veiga da. **Regulação e controle de preços do setor privado no direito brasileiro: hipóteses de possibilidade — parâmetros jurídicos — a irretroatividade das normas no campo regulatório — formas e limites de atuação do Poder Judiciário**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro,

regulatória”, isto é, se a opção do regulador foi devidamente motivada e ponderada à luz das opiniões colhidas na etapa de participação, dos estudos técnicos e da análise de impacto regulatório.²⁵³ Nessas hipóteses, respeitadas as formalidades do processo regulatório e devidamente motivada a decisão adotada, impõe-se ao juiz adotar postura de deferência em relação ao regulador e sua discricionariedade técnica.²⁵⁴

Do contrário, caso o julgador constate irregularidade procedimental, como a falta da AIR, em caso de sua obrigatoriedade, ou vício de motivação no ato normativo, decorrente da omissão desse estudo,²⁵⁵ entre outras questões, cabe-lhe intervir para anular o ato produzido, determinando ao regulador que o refaça da forma adequada.²⁵⁶ Em tais hipóteses, portanto, diante da antijuridicidade da decisão regulatória, não há mais que se falar em deferência ao agente técnico.²⁵⁷

Ressalte-se que, mesmo nas situações em que a AIR não tenha sido realizada pelo administrador, com fundamento em hipótese de inexigibilidade que revele alto grau de indeterminação e abstração — *e.g. urgência* (art. 4º, I, do decreto), *ato normativo considerado de baixo impacto* (inciso II),²⁵⁸ entre outros conceitos jurídicos indeterminados —, o Judiciário

v. 272, p. 253-281 (p. 277), nov. 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/64304>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

²⁵³ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto. Regulação Econômica e o Judiciário. In: **Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Currículo Permanente Módulo II — Direito Administrativo, 11 set. 2014, Porto Alegre. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=FSA6AQPWYSs&ab_channel=EmagisTRF4>. Acesso em: 18 abr. 2021.

²⁵⁴ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto. Regulação Econômica e o Judiciário. In: **Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Currículo Permanente Módulo II — Direito Administrativo, 11 set. 2014, Porto Alegre. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=FSA6AQPWYSs&ab_channel=EmagisTRF4>. Acesso em: 18 abr. 2021.

²⁵⁵ PROENÇA, Jadir Dias (org.); RIBEIRO, Wladimir; *et al.* Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG: Contribuições para a melhoria da qualidade da regulação no Brasil. Brasília: Semear Editora, Brasília, 2010. v. 1, 252 p., p. 176. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/documentos/biblioteca-nacional/2010/proreg-volume-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

²⁵⁶ COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean-Paul Veiga da. **Regulação e controle de preços do setor privado no direito brasileiro**: hipóteses de possibilidade — parâmetros jurídicos — a irretroatividade das normas no campo regulatório — formas e limites de atuação do Poder Judiciário. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 272, p. 253-281 (p. 277), nov. 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/64304>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

²⁵⁷ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto. Regulação Econômica e o Judiciário. In: **Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Currículo Permanente Módulo II — Direito Administrativo, 11 set. 2014, Porto Alegre. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=FSA6AQPWYSs&ab_channel=EmagisTRF4>. Acesso em: 18 abr. 2021.

²⁵⁸ O ato normativo de *baixo impacto* foi definido, nos termos do art. 2º, II, como aquele que a) não provoque aumento expressivo de custos para os agentes econômicos ou para os usuários dos serviços prestados; b) não provoque aumento expressivo de despesa orçamentária ou financeira; e c) não repercuta de forma substancial nas políticas públicas de saúde, de segurança, ambientais, econômicas ou sociais. Observe-se, portanto, que mesmo a definição de *baixo impacto* se desdobra em outros três conceitos jurídicos indeterminados (*aumento expressivo de custos; aumento expressivo de despesa; e repercussão substancial*).

há de investigar se a dispensa foi indevida.²⁵⁹ Isso porque mesmo aqueles atos que envolvam conceitos jurídicos indeterminados sujeitam-se à apreciação judicial, segundo entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal.²⁶⁰ Nesses casos, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, retomando lição de Fernando Sainz Moreno, o juiz necessitará exercer a qualificação dos motivos, devendo raciocinar, à vista dos motivos indicados e das circunstâncias concretas, sobre “o que é seguro que é” (*zona de certeza positiva*) e “o que é seguro que não é” (*zona de certeza negativa*), resolvendo, ao fim, o campo intermediário, a *zona de dúvidas*.²⁶¹ Em tal situação, portanto, a indeterminação só existirá em abstrato, é dizer, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais do que uma solução (*e.g.* ou determinada situação é urgente, ou não o é; ou certo ato qualificar-se-á como de baixo impacto, ou não).²⁶²

Recentemente, em virtude do “agigantamento da ação administrativa estatal no *Estado Regulador* e seu espraiamento por todas as dimensões da vida social”,²⁶³ o modo mais adequado de controle judicial que se deva fazer sobre a regulação vem sendo amplamente discutido e refletido, não apenas pela doutrina e jurisprudência, mas também nas pautas de encontros e debates científicos realizados por entidades associativas de profissionais do direito. Exemplo notável dessa preocupação é o que foi deliberado no segundo encontro do Fórum Nacional da Concorrência e da Regulação (II Fonacre), promovido pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), em 22 de agosto de 2018, ocasião em que se aprovou o enunciado nº 8, editado nestes termos:²⁶⁴

Embora o controle de juridicidade dos atos regulatórios não obedeça a uma parametrização fechada, **o Poder Judiciário deve privilegiar intervenções procedimentais em vez de intervenções resolutivas, de modo a verificar a observância**, entre outros pontos, i) da transparência e da publicidade das decisões administrativas, ii) da legitimidade e da efetiva participação dos atores juridicamente interessados, inclusive da sociedade civil, iii) **da realização do estudo de Análise de**

²⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 256.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 24699**, Relator Ministro Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 30 nov. 2004.

²⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 12. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 90-91.

²⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 12. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 90-91.

²⁶³ COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean-Paul Veiga da. **Regulação e controle de preços do setor privado no direito brasileiro: hipóteses de possibilidade — parâmetros jurídicos — a irretroatividade das normas no campo regulatório — formas e limites de atuação do Poder Judiciário**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 272, p. 253-281 (p. 278), nov. 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/64304>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

²⁶⁴ ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL (AJUFE). II Fórum Nacional da Concorrência e da Regulação (Fonacre). **Enunciado nº 8**. 22 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.ajufe.org.br/fonacre/enunciados-fonacre>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

Impacto Regulatório (AIR), quando cabível; e iv) do atendimento das balizas legais e constitucionais autorizativas da regulação, bem como dos **seus motivos determinantes**. (Grifo nosso)

Perceba-se que, em se tratando de controle judicial sobre a regulação, há que se conferir primazia à sua correção procedimental, ao respeito às formalidades essenciais, bem como à devida motivação do ato normativo.

De outra parte, no curso da ação judicial, é papel do juiz, também, estimular o diálogo entre reguladores e regulados, nos conflitos concernentes à violação da juridicidade, conforme o enunciado nº 9, aprovado no mesmo simpósio referido *supra*:²⁶⁵

Sempre que possível, o Poder Judiciário deve estimular o diálogo entre os agentes reguladores e econômicos, provendo-os com os incentivos e os parâmetros de legalidade necessários para que corrijam a juridicidade violada, inclusive mediante a adoção de mecanismos alternativos de resolução de controvérsias.

Por outro lado, o controle — e a anulação de atos viciados — também pode ser realizado pela própria Administração, no exercício da autotutela,²⁶⁶ porquanto, por estar atrelada ao preceito da legalidade, possui o poder-dever de zelar por sua observância.²⁶⁷ Nesse sentido, o teor do enunciado da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal,²⁶⁸ bem como o disposto no art. 53 da Lei nº 9.784/1999,²⁶⁹ respectivamente:

Súmula 473 do STF

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Lei nº 9.784/1999

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

O controle administrativo pode ser exercido por órgãos superiores hierarquicamente (chefias e corregedorias), por aqueles com competência para o julgamento de recursos, bem

²⁶⁵ ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL (AJUFE). II Fórum Nacional da Concorrência e da Regulação (Fonacre). **Enunciado nº 9**. 22 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.ajufe.org.br/fonacre/enunciados-fonacre>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

²⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 681.

²⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 279.

²⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula473/false>>. Acesso em: 24 fev. 2021.

²⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/19784.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

como por órgãos especializados.²⁷⁰ Na esfera federal, possui relevante papel nessa função a Procuradoria-Geral Federal, vinculada à Advocacia-Geral da União, que, no desempenho de consultoria e assessoramento, examina os atos regulatórios das agências reguladoras federais, tanto preventiva quanto repressivamente, com o objetivo de verificar sua juridicidade.²⁷¹ Essa análise, por parte do Procurador Federal, consoante Evandro Caldas, similarmente ao objeto de julgamento do controle jurisdicional, deve aferir principalmente “[a] observância [do ato] ao devido processo legal normativo, com a motivação que lhe é inerente”.²⁷² Como se vê, também a Administração, por meio de seus órgãos internos de controle, adotando postura deferente para com o regulador, tende a prestigiar o controle instrumental da regulação.

Ainda, especificamente no que diz respeito à AIR, como forma de controle administrativo preventivo, é de se considerar que os agentes públicos envolvidos na regulação devem ser instruídos e treinados adequadamente sobre as habilidades e competências imprescindíveis à condução da análise de impacto, com base nos atos normativos existentes. Isso possui grande relevância para o desenvolvimento de uma cultura administrativa que possibilite o êxito na implementação da sistemática da AIR e a redução de futuros problemas técnicos e procedimentais na regulação objetivada.²⁷³

Em qualquer caso, ressalte-se que, nas esferas administrativa, controladora e judicial, mesmo a invalidação do ato não prescindirá de que devam ser indicadas, expressamente, as suas consequências jurídicas e administrativas, como decorrência do preceito da segurança jurídica (art. 21, *caput*, da LINDB, incluído pela Lei nº 13.655/2018). Ademais, quando possível, devem ser indicadas “as condições para que a regularização ocorra de modo

²⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 681.

²⁷¹ CALDAS, Evandro. O PAPEL DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL NA REGULAÇÃO EXERCIDA PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 361-381 (p. 362), out. 2019. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/391>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

²⁷² CALDAS, Evandro. O PAPEL DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL NA REGULAÇÃO EXERCIDA PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 369, out. 2019. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/391>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

²⁷³ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA)**: Guidance for Policy Makers. 2008, p. 53. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais”, a fim de não impor aos sujeitos atingidos ônus ou prejuízos excessivos (parágrafo único do referido artigo).²⁷⁴

Por fim, é de se referir que, como consectário do preceito do controle popular,^{275 276} afigura-se necessário que a sociedade civil e as empresas sejam conscientizadas acerca dos processos regulatórios, para que possam contribuir com efetividade na realização da AIR e nas consultas públicas, fornecendo argumentos relevantes que possam auxiliar a formulação das políticas de regulação.²⁷⁷ Essa conscientização do público, segundo a OCDE, tem por objetivo promover a inclusão dos *stakeholders* e aumentar a confiança nas instituições, conferindo ampla legitimidade ao processo regulatório.²⁷⁸

²⁷⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2021.

²⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 808-809 e 907.

²⁷⁶ VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 83.

²⁷⁷ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA)**: Guidance for Policy Makers. 2008, p. 53. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

²⁷⁸ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA)**: Guidance for Policy Makers. 2008, p. 53. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

6 CONCLUSÃO

As decisões tomadas pelos órgãos e entidades reguladoras, sobretudo na edição de atos normativos, têm o potencial de acarretar ampla e significativa repercussão sobre a sociedade, mormente para o setor econômico regulado e aos seus respectivos consumidores e usuários. Embora tecnicamente discricionária, a regulação não pode ser arbitrária, isto é, desrespeitar a ordem jurídica que lhe serve de fundamento, sob pena de afrontar as suas próprias finalidades: assegurar a eficiência econômica e a livre concorrência, colmatar falhas de mercado e zelar pelos direitos dos consumidores e usuários dos serviços prestados.

Desse modo, a fim de que a atividade regulatória seja dotada de legitimidade e juridicidade, é imprescindível que ocorra em observância a determinadas balizas constitucionais e legais. Deve, portanto, respeitar o devido processo legal, em que se garanta a participação popular e se examinem a necessidade de regular e os impactos do ato proposto, bem como o dever de ampla motivação, por meio da explicitação pormenorizada dos motivos de fato e de direito da decisão, bem assim da indicação de sua razoabilidade e compatibilidade com a situação subjacente, levando-se em consideração os elementos da instrução do processo.

Como visto, a análise de impacto regulatório (AIR), nessa senda, enquanto componente do processo de regulação, apresenta-se como ferramenta essencial à governança regulatória, ao mensurar os custos e benefícios que os atos normativos propostos pela Administração terão sobre a coletividade, especialmente sobre o setor regulado. A grande valia da AIR reside na sua capacidade de, previamente à edição de tais normas, permitir aos agentes reguladores a tomada de decisão informada, bem como servir de elemento de motivação e demonstração de razoabilidade, proporcionalidade e adequação do ato a ser criado.

Nesse contexto, tal qual a introdução da participação popular no processo decisório indicou a superação do paradigma “regular primeiro, perguntar depois”, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e a Lei das Agências Reguladoras, ao determinarem à Administração a realização da AIR previamente à edição de atos normativos de interesse dos agentes econômicos, sinalizaram que, como consequência das boas práticas regulatórias, não mais se pode “regular primeiro, avaliar os impactos depois”. Logo, não é admissível que, quando exigível a AIR, por força da própria lei, sua omissão não cause a invalidade da norma.

Por conseguinte, o art. 21 do Decreto nº 10.411/2020, ao prever que a inobservância das disposições relativas à análise de impacto regulatório não acarretará a invalidade da norma

editada pela Administração, contém disposição ilegal, que extrapola o poder regulamentar conferido pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e pela Lei das Agências Reguladoras. O ato infralegal, por certo, não pode tornar letra morta os comandos legais sobre a obrigatoriedade da AIR.

Dessarte, é possível concluir que a ausência da análise de impacto regulatório, quando sua realização se afigure obrigatória no processo regulatório, vicia de nulidade o ato normativo editado, como consectário lógico da inobservância de formalidade essencial do rito processual e em virtude da violação ao dever de motivação. A antijuridicidade há de ser controlada, oportunamente, pela própria Administração e, sobretudo, pelo Poder Judiciário, quando provocado, sem prejuízo do delineamento de regime de transição, a fim de evitar a anomia regulatória e resguardar-se a segurança jurídica.

A imposição da AIR, na regulação brasileira, é novidade, de modo que há, ainda, longo caminho a ser percorrido para a sua implementação, sobretudo diante da aparente resistência manifestada pela própria Administração ao instituto, quando da edição do Decreto nº 10.411/2020. A exitosa adoção da AIR, portanto, destinada à melhoria da qualidade regulatória — que, ao fim e ao cabo, objetiva o próprio desenvolvimento econômico do país —, não prescindirá de uma mudança na cultura administrativa e do comprometimento por parte da Administração Pública e dos seus agentes encarregados da regulação, bem como da ampla participação da sociedade no processo regulatório, ressalvado, em todo caso, o papel do Poder Judiciário de remediar eventual antijuridicidade ao longo desse percurso.

REFERÊNCIAS

- ADRI, Renata Porto. **O planejamento da atividade econômica como dever do Estado**. 2007. 258 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7675/1/Renata%20Porto%20Adri.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2021.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de Impacto Regulatório — AIR. **Revista de Direito Público da Economia (RDPE)**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 9-15, out./dez. 2010. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1740993/mod_resource/content/1/alexandre%20santos%20de%20arag%C3%A3o%20-%20an%C3%A1lise%20de%20impacto%20regulat%C3%B3rio.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2021.
- ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL (AJUFE). II Fórum Nacional da Concorrência e da Regulação (Fonacre). **Enunciado nº 8**. 22 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.ajufer.org.br/fonacre/enunciados-fonacre>>. Acesso em: 30 mar. 2021.
- ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL (AJUFE). II Fórum Nacional da Concorrência e da Regulação (Fonacre). **Enunciado nº 9**. 22 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.ajufer.org.br/fonacre/enunciados-fonacre>>. Acesso em: 30 mar. 2021.
- BEZERRA, Lucas; SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. O percurso da regulamentação do 5G no Brasil: Normatizar a matéria em âmbito federal é suficiente para garantir a implementação e segurança dessa tecnologia? **Jota**, 19 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-percurso-da-regulamentacao-do-5g-no-brasil-19022021>>. Acesso em: 18 abr. 2021.
- BINENBOJM, Gustavo. O regulamento da Análise de Impacto Regulatório: Decreto nº 10.411/2020 esvazia obrigação legal de fazer AIR com prodigalidades de excludentes. **Jota**, 5 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-regulamento-da-analise-de-impacto-regulatorio-05012021>>. Acesso em: 23 mar. 2021.
- BLANCHET, Luiz Alberto; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. Análise de impacto regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 3, p. 1-15, set/dez. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.5020/2317-2150.2017.4219>>. Acesso em: 24 mar. 2021.
- BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **Guia técnico de boas práticas regulatórias**: orientações técnicas para o aprimoramento do processo regulatório. Rio de Janeiro: 2014. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/guia_tecnico_boas_praticas.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). **Resolução nº 5.810, de 3 de maio de 2018**. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/materia/>>

[/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/13773008/do1-2018-05-10-resolucao-n-5-810-de-3-de-maio-de-2018-13773004#:~:text=Aprova%20o%20Regimento%20Inverno%20da,Art.>](#). Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório — AIR**. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 2 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020**. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10411.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm>. Acesso em: 3 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm>. Acesso em: 24 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (...). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em: 24 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 35.033/RS**, Relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AC 1033 AgR-QO**, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 25 mai. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1075**, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 5 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 24699**, Relator Ministro Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 30 nov. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula473/false>>. Acesso em: 24 fev. 2021.

CALDAS, Evandro. O PAPEL DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL NA REGULAÇÃO EXERCIDA PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 361-381, out. 2019. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/391>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean-Paul Veiga da. **Regulação e controle de preços do setor privado no direito brasileiro**: hipóteses de possibilidade — parâmetros jurídicos — a irretroatividade das normas no campo regulatório — formas e limites de atuação do Poder Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 272, p. 253-281, nov. 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/64304>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

CYRINO, André; ALTOÉ JUNIOR, José Egidio. Análise de impacto regulatório e meios de pagamento. Por que não? Mais benéfico que investigar o varejo das transformações desse setor em franco crescimento é impor a obrigação de AIR na regulação sistêmica. **Jota**, 14 jul. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/analise-de-impacto-regulatorio-e-meios-de-pagamento-por-que-nao-14072020>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

DAYCHOUM, Mariam; VÉRAS, Rafael. **Processo administrativo nas agências reguladoras**: uma proposta de disciplina legislativa. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16535/Processo%20administrativo%20nas%20ag%C3%A2ncias%20reguladoras.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DUARTE JUNIOR, Ricardo. **As agências reguladoras e o procedimento normativo**: uma discussão acerca da democracia participativa. *Revista dos Tribunais*, vol. 913/2011, p. 21-55, nov. 2011. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000178eb68ec4186f6d68a&docguid=I84e27ef0114411e1be5a00008558bb68&hitguid=I84e27ef0114411e1be5a00008558bb68&spos=1&epos=1&td=1983&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Presidência da República. **Executive Order 11821**, 27 nov. 1974. *Inflation Impact Statements*. Disponível em: <<https://www.presidency.ucsb.edu/documents/executive-order-11821-inflation-impact-statements>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FREITAS, Juarez. Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração. **Seqüência** (Florianópolis), n. 70, p. 115-133, jun. 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n70p115>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

FREITAS, Vladimir Passos de; SILVA, Fernando Quadros da; *et al.* **Agências reguladoras no direito brasileiro: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/98557064/v1/document/98594755/anchor/a-98594755>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

GABARDO, Emerson; GRANER, Mateus Domingues. A importância da participação popular na análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras federais brasileiras. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 275-300, set./dez. 2020. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82965/78904>>. Acesso em: 7 abr. 2021.

GUARANYS, Marcelo Pacheco dos; ALBUQUERQUE, Kelvia Frota de; *et al.* Brasil, OCDE e análise de impacto regulatório. **Jota**, 10 set. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/brasil-ocde-e-analise-de-impacto-regulatorio-10092020>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Revista dos Tribunais, 2018. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101032/anchor/a-157101032>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. Discricionariedade, regulação e autolimitação. **Revista dos Tribunais**, vol. 909/2011, p. 21–36, Jul/2011. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000178facac682c355c8b5&docguid=I032b5ff0c0b611e0a10000008558bb68&hitguid=I032b5ff0c0b611e0a10000008558bb68&spos=4&epos=4&td=5&context=113&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto. Regulação Econômica e o Judiciário. In: **Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Currículo Permanente Módulo II — Direito Administrativo, 11 set. 2014, Porto Alegre. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=FSA6AQPWYSs&ab_channel=EmagisTRF4>. Acesso em: 18 abr. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 12. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 11. ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **A OCDE e o Brasil: Uma relação mutuamente benéfica**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/latin-america/paises/brasil-portugues/>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Better Regulation Practices across the European Union**. Paris: *OECD Publishing*, 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264311732-en>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers**. 2008. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

PINHEIRO, Victor Marcel. Análise de impacto regulatório é facultativa para a administração pública federal? *Jota*, 27 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/analise-de-impacto-regulatorio-e-facultativa-para-a-administracao-publica-federal-27082020#_ftnref5~>>. Acesso em: 10 fev. 2021.

PROENÇA, Jadir Dias (org.); RIBEIRO, Wladimir; *et al.* Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG: Contribuições para a melhoria da qualidade da regulação no Brasil. Brasília: Semear Editora, Brasília, 2010. v. 1, 252 p. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/documentos/biblioteca-nacional/2010/proreg-volume-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

SADDY, André. Incumbência da atividade administrativa regulatória. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 12/2020, p. 253-275, Jan-Mar/2020, DTR\2020\1783. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000178facb0871d183864c&docguid=I0a6717f053a111eaaa1d8c427263481&hitguid=I0a6717f053a111eaaa1d8c427263481&spos=1&epos=1&td=3&context=128&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

SAMPAIO, Patrícia; GUERRA, Sérgio. Análise de Impacto Regulatório: ferramenta a serviço da transparência e da eficiência da regulação. *Revista Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 145, p. 30-33, set. 2012. Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4265924/mod_resource/content/1/guerra%2C%20s%2C%20A9rgio%3B%20sampaio%2C%20patr%3%ADcia%20-%20an%3%A1lise%20de%20impacto%20regulat%3%B3rio.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 617.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013.

Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5434182/mod_folder/content/0/SCHIRATO%2C%20Vitor%20Rhein.%20A%20deteriora%C3%A7%C3%A3o%20do%20sistema%20regulat%C3%B3rio%20brasileiro.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 10 abr. 2021.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. As agências reguladoras e os princípios constitucionais.

Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 58/2007, p. 220-234, Jan-Mar/2007.

Disponível em: <

<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000178fac9c34f19a57505&docguid=I7fb5ea40f25311dfab6f010000000000&hitguid=I7fb5ea40f25311dfab6f010000000000&spos=17&epos=17&td=41&context=56&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>.

Acesso em: 7 abr. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos, Letramento, Casa do Direito, 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. A falta de causa como vício da regulação. **Pareceres - Carlos Ari Sundfeld**, vol. 1, p. 49-61, mar. 2013, DTR\2013\7030. Disponível em:

<<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000178ee9e0edd83e7844d&docguid=I0e99b510f0fe11e2bbb1010000000000&hitguid=I0e99b510f0fe11e2bbb1010000000000&spos=2&epos=2&td=1366&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>.

Acesso em: 23 mar. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 55-73, jul./set. 2011. Disponível em:

<<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/download/209/200>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões.

Legislar melhor: fazer o ponto da situação e honrar os nossos compromissos. Bruxelas,

2019. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52019DC0178>>.

Acesso em: 10 abr. 2021.

VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessoa. **Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado.** Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26032012-092844/publico/PatriciaPessoaValente_versao_completa.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

VALIATI, Thiago Priess. Sistema duplo de regulação no brasil: a regulação por contrato complementada pela regulação por agência. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 8/2019, p. 23-58. Jan-Mar/2019, DTR\2019\23952. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000178facc93e9bf827050&docguid=I3466c710301811e99c9e010000000000&hitguid=I3466c710301811e99c9e010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=216&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. O direito à participação do usuário nos processos regulatórios. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, (56), 2002, pp. 363-374. Disponível em: <<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MjY0NA%2C%2C>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

VILELA, Danilo Vieira. **Agências Reguladoras e a Efetivação da Ordem Econômica Constitucional Brasileira.** Salvador: Editora JusPodivm, 2018.