

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E PROCESSUALIDADE NO DIREITO PÚBLICO

REGULATORY IMPACT ANALYSIS AND PROCEDURALITY IN PUBLIC LAW

Mariany Freitas de Oliveira¹

Adriano da Silva Ribeiro²

RESUMO

O presente artigo analisa em que medida a Análise de Impacto Regulatório (AIR) pode ser compreendida como um instrumento de fortalecimento da processualidade no Direito Público brasileiro, bem como sua aplicação prática no ordenamento jurídico nacional. Partindo de uma revisão bibliográfica sobre a evolução do princípio da legalidade ao da juridicidade que rege a Administração Pública, o texto explora a importância da processualidade como garantia de racionalidade, transparência e participação nas decisões estatais, especialmente, no exercício da função regulatória. Conclui-se que a AIR ao favorecer a avaliação prévia dos efeitos de atos normativos, qualifica o processo decisório, reiterando o princípio da motivação dos atos públicos e contribuindo para a consolidação da processualidade no direito público, ainda que permeada por desafios como complexidade técnica e qualidade.

¹ Mestranda em Direito pelo PPGD FUMEC. Lattes iD: <https://lattes.cnpq.br/9884373534411947>. E-mail: marianyfreita@gmail.com

² Professor na Graduação e no Mestrado em Direito da FUMEC. Pós-Doutor em Direito pelo PPGD da Universidade FUMEC. Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC. Líder do Grupo de Pesquisas Empíricas em Direito e Jurimetria (GEDJUR) do PPGD/FUMEC - registrado no CNPq. Professor Diretor de Tese no Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Professor na Pós-Graduação da EJEF/TJMG (2022-atual). Assessor Judiciário TJMG. Lattes iD <http://lattes.cnpq.br/2662848014950489>; Orcid iD <https://orcid.org/0000-0002-6658-3179>. E-mail: adrianoribeiro@yahoo.com

Palavras-chave: Análise de Impacto Regulatório. Processualidade. Direito Público. Regulação.

ABSTRACT

This article examines the extent to which Regulatory Impact Analysis (RIA) can be understood as an instrument for strengthening proceduralism in Brazilian Public Law, as well as its practical application within the national legal framework. Based on a literature review concerning the evolution of the principle of legality to juridicity that guides Public Administration, the text explores the importance of proceduralism as a guarantee of rationality, transparency, and participation in governmental decision-making, particularly in the exercise of regulatory authority. The study concludes that RIA, by promoting the ex ante assessment of the effects of normative acts, qualifies the decision-making process, reinforces the principle of reason-giving in administrative actions, and contributes to the consolidation of proceduralism in Public Law, despite persisting challenges such as technical complexity and the quality of regulatory analyses.

Keywords: Regulatory Impact Analysis. Proceduralism. Public Law. Regulation.

1 INTRODUÇÃO

Os fundamentos contemporâneos do Direito Público desvincularam o princípio da legalidade da mera observância estrita da lei, impondo à Administração Pública o desafio de pautar sua atuação e, assim, também de ser controlada, a partir de uma avaliação mais abrangente de conformidade jurídica.

Como destaca Paulo Otero (2003), ao realizar a análise da evolução e do significado contemporâneo do princípio da legalidade no âmbito da Administração Pública, a legalidade integrar-se-ia agora em um contexto de um sistema policêntrico de fontes de Direito (Otero, 2003).

Assim, a legalidade teria deixado de ser uma mera subordinação formal à lei para se converter em uma vinculação à juridicidade, mais ampla (Binenbojm, 2014).

Ademais, a legalidade administrativa seria, atualmente, uma legalidade constitucional, que exige da Administração uma atuação positiva para a realização dos fins constitucionais (Otero, 2003).

Entretanto, a densidade normativa de muitos postulados constitucionais é consolidada em uma perspectiva histórica, fazendo com que o próprio escopo do que pode e deve ser cobrado do Estado ganha precisão ao longo do tempo, notadamente, por meio de legislações infraconstitucionais e da atividade jurisdicional.

Como relembra Barroso (2010), a natureza da linguagem constitucional, que para o autor seria própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas, faz com que estas apresentem maior grau de abstração e, assim, tenham menor densidade jurídica (Barroso, 2010, p.65). Nesse sentido, Mendes e Branco (2021) avaliam que a densidade normativa das normas constitucionais condiciona o espaço de conformação do legislador e do administrador, fazendo com que normas com baixa densidade tenham como efeito a ampliação da discricionariedade.

Para Otero (2003), a complexidade das tarefas administrativas e a proliferação de leis de baixa qualidade levam a um aumento da margem de escolha da Administração. Contudo, essa discricionariedade não é um poder arbitrário, mas sim um poder vinculado a conceitos jurídicos indeterminados e princípios que devem ser ponderados no caso concreto.

Destarte, ainda que, partindo da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (2008), qualifique-se os princípios fundamentais constitucionais como normas que podem ser satisfeitas em graus variados a partir das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, fato é que a Administração Pública, pode ser controlada e responsabilizada também no âmbito do mérito do cumprimento de normas com significativa imprecisão sobre o direito-dever que implicam.

Outrossim, em muitos casos, como no do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (Brasil, 1988), o cumprimento do dever constitucional pelo Estado implica a imposição de limites aos agentes privados, o que se dá, em grande parte, por meio de sua função normativa e regulatória.

Assim, observa-se na doutrina jurídica nacional (Moreira, 2003; Guerra, 2018) críticas ao modelo regulatório brasileiro, algumas voltadas para um alegado déficit democrático, em razão de órgãos técnicos não eleitos produzirem atos normativos, outras atinentes ao mérito e ao procedimento, como normas técnicas de baixa

qualidade; falta de motivação adequada; instabilidade regulatória; excesso de poder normativo e fragilidade processual.

Para Moreira (2003), o modelo regulatório brasileiro enfrentaria o desafio de compatibilizar independência técnica com legitimidade democrática, evitando a produção normativa sem o controle social adequado (Moreira, 2003). Para tanto, no contexto regulatório, a necessidade de fundamentação técnica e de motivação robusta torna-se cada dia mais relevante, o que reforça a centralidade da processualidade administrativa.

Nesse contexto, buscando fortalecer a chamada processualidade também no âmbito da produção normativa, têm-se defendido cada vez mais metodologias e procedimentos como a Análise de Impacto Regulatório (AIR).

Prevista no artigo 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (Lei de Liberdade Econômica), e no artigo 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 (Lei das Agências Reguladoras), a AIR é conceituada pelo Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, como um procedimento de avaliação prévia à edição de atos normativos, que contera informações e dados sobre seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão.

Nessa perspectiva, busca-se avaliar no presente artigo em que medida a AIR pode ser compreendida como um reforço da processualidade no Direito Público, bem como sua aplicação prática no ordenamento jurídico nacional.

2 A PROCESSUALIDADE NO DIREITO PÚBLICO E NA ATUAÇÃO REGULATÓRIA

O modelo de Estado e sua organização têm se transformado ao longo do tempo, ora executando diretamente atividades econômicas e sociais, ora assumindo preponderantemente o papel de regulador, por meio, notadamente, das agências reguladoras. No âmbito destas, a processualidade tem ganhado centralidade, em razão de seus poderes normativos, sancionatórios e fiscalizatórios.

Com efeito, a processualidade representa a superação da ideia de que o procedimento administrativo seria mera formalidade. Ao contrário, ao analisar o desenvolvimento na doutrina brasileira de uma visão ampla de processualidade, não mais restrita à função jurisdicional, mas aplicável a todas as várias funções do Estado e, portanto, também a Administração Pública, destaca Odete Medauar (2021):

Tendo em vista que a controlabilidade da Administração se vincula à democracia e a incontrolabilidade, ao arbítrio, o processo administrativo, também no tocante ao objetivo de facilitar o controle, coaduna-se à ideia de Administração democrática. (Medauar, 2021, p.81)

Assim, garantir que as decisões administrativas sejam fruto de processos organizados, com etapas necessárias e de sucessão encadeada, participativos e controláveis, constitui elemento indispensável à validade do ato administrativo e à legitimidade do exercício do poder público.

O processo administrativo, assim, torna-se técnica de limitação do poder estatal. Além disso, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (Brasil, 1988) reforçam o caráter processual da atividade administrativa.

Para Bastos *et al* (2022):

O avanço democrático do modelo de Estado e o enfraquecimento do positivismo tornaram insuficiente o raciocínio de que bastaria que a conduta administrativa fosse legal. Assim, passou-se a permitir o controle do ato administrativo, mesmo quando a conduta fosse aparentemente compatível com a lei. Esse avanço está relacionado à mutação da noção clássica de legalidade para uma ideia de legitimidade, que exige também a obediência à moralidade e à finalidade pública (BASTOS, BISNETO, NETO, 2022, p.761).

Interessante observar que para Silva *et al.* (2023), a processualidade administrativa teria também um papel na redução das demandas judiciais, sendo um pilar do regime democrático.

Com efeito, para os referidos autores a processualidade, ao promover a transparência, a motivação e a participação, conferiria legitimidade à atuação da Administração. Essa legitimidade, por sua vez, contribuiria diretamente para a redução das demandas judiciais, pois decisões bem fundamentadas e participativas tendem a ser menos contestadas, diminuindo a necessidade de intervenção do Poder Judiciário (SILVA; SOUZA; LIMA, 2023).

Destarte, a processualidade atuaria como um mecanismo de controle e legitimação do poder, condicionando a poder estatal a observância de procedimentos predeterminados, norteado por regras democráticas, no exercício das suas funções.

Para Carvalho Filho (2015), o Estado deve obedecer às próprias regras que institui, assim, a processualidade pode ser compreendida como decorrência direta do devido processo legal previsto no art. 5º, LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, projetando sobre toda a atuação estatal, e não apenas a jurisdicional, a necessidade de observância de etapas, motivos e garantias.

Nas palavras de Souza et al. (2020):

A realização de uma política pública, a implementação de um direito fundamental, ou mesmo, a resolução de litígios complexos ou de 'difusão irradiada', tanto no âmbito judicial ou administrativo deve ser efetivada por meio de uma procedimentalidade, que tem por alicerce os princípios do contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e isonomia--dignidade, em que se cria um espaço aberto à participação democrática de todos os interessados, que assim se autoproclamarem (Souza; Ribeiro; Freitas, 2020, p.137).

Assim, o processo administrativo aproximar-se-ia, cada vez mais, das características do processo judicial, em especial, quanto à racionalidade e ao respeito ao contraditório (Medauar, 2021), caracterizando-se como um fenômeno dinâmico de vir a ser, (Medauar, 2021, p.30), de forma que a atividade administrativa contemporânea não pode prescindir de procedimentos estruturados e participativos.

Nessa perspectiva, seria imprescindível, na atuação regulatória do Estado, a necessidade de uma procedimentalização qualificada, permitindo a transição de um figurino autoritário do poder público para uma administração consensual ou mediadora de interesses (Marques Neto, 2005, p.16). Nesse contexto, etapas como análise de impacto regulatório, audiências e consultas públicas, além da exigência de motivação técnica consistente, representariam o núcleo democrático das decisões regulatórias.

Vale lembrar, no que tange à produção normativa, que autores como Waldron (2003), defendem que em sociedades pluralistas, onde há divergências legítimas sobre o que é justo ou correto, o processo legislativo (com seus debates, votos e compromissos) seria o mecanismo mais apropriado para se chegar a uma decisão coletiva vinculante (Waldron, 2003).

Entretanto, o exercício do poder normativo das agências reguladoras pressupõe justamente o afastamento de um processo legislativo clássico conduzido pelo poder legislativo, considerando a própria definição de regulação.

Conforme relembra Justen Filho (2014), a regulação é um dos tipos de atividade estatal, que se traduz no desempenho tanto de função administrativa como legislativa, jurisdicional e de controle, não sendo uma atividade dotada de fim em si mesma, mas um instrumento para promover os fins essenciais do Estado (Justen Filho, 2014, p. 670).

No mesmo sentido, Cardoso e Soares (2022) relembram que “A atividade regulatória surge com o desafio de, entre outras medidas, promover as mudanças técnico-jurídicas com a agilidade que a sociedade moderna exige”, isto porque, “tendo em vista a incapacidade de a função legiferante, por sua própria natureza, acompanhar a evolução de todos os campos técnicos” (Cardoso; Soares, 2022, p.148).

Com efeito, parte da doutrina jurídica nacional aponta para um risco de excesso de poder normativo das entidades reguladoras. Nesse sentido, Mello (2009) sustenta, por exemplo, que a Administração Pública não poderia editar normas que criem obrigações ou restrições não previstas em lei, não podendo inovar a ordem jurídica, criando deveres ou limitando direitos além do que a lei prevê (Mello, 2009).

Entretanto, é inegável que, em maior ou menor medida, o exercício da função regulatória estatal implica o condicionamento do exercício de direitos por particulares ao impor regras, critérios ou tomar decisões, ainda que dentro da sua competência técnica legal.

Outros riscos no exercício da função regulatória estatal podem ser identificados na literatura nacional como o da captura regulatória (Guerra, 2018). Com efeito, a proximidade entre reguladores e agentes regulados pode comprometer a imparcialidade e a independência decisória.

Sobre tal risco, avalia-se que um olhar atento às formas de ingresso, regras e controle sobre o corpo técnico das agências é primordial, inclusive, no que tange às normativas existentes ou não de prevenção de conflitos de interesse, mas tal temática não será objeto do presente estudo.

Outrossim, interessante registrar que autores como Moreira (2003), apontam para um risco de déficit de legitimidade democrática, destacando que a expertise técnica das agências reguladoras, não afasta a necessidade de adoção de procedimentos transparentes, motivados e participativos como condição de validade e legitimidade dos seus atos normativos.

Entretanto, considera-se primordial destacar duas recorrentes críticas que se avalia, sob o plano prático-operacional, intrínsecas à concretização da processualidade administrativa, quais sejam, a baixa qualidade de motivação técnica e a inconsistência regulatória.

Como afirma Justen Filho (2014), a competência administrativa discricionária não legitima decisões impensadas ou mal formuladas (Justen Filho, 2014, p.676). Com efeito, não há se desconsiderar que mudanças abruptas ou pouco justificadas no padrão regulatório favorecem um cenário de insegurança jurídica e comprometem a legitimidade das decisões.

No que tange à primeira crítica, Ramalho (2016) ao analisar a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) sobre a “motivação administrativa” no contexto das escolhas regulatórias, conclui que diferentes deveres são associados ao conceito de motivação à luz dos acórdãos do referido órgão de controle externo (Ramalho, 2016, p.144).

Assim, a motivação implicaria tanto um dever mais operacional, como o de disponibilidade documental, quanto outros mais complexos, notadamente, o dever de evidenciar, técnica ou cientificamente, as premissas admitidas pelo regulador, bem como a demonstração de avaliação de alternativas, de forma que a escolha do regulador seja precedida de ponderação de aspectos positivos e negativos de diferentes opções (Ramalho, 2016, p.144).

É nesse contexto que o fortalecimento de instrumentos como a AIR, que reduzem o espaço decisório discricionário e reforçam a racionalidade técnica da ação estatal, tem sido defendidos como instrumentos para favorecer a processualidade no exercício da função regulatória.

Com efeito, a AIR é definida pelo Decreto nº 10.411/2020 como procedimento de avaliação prévia destinado a verificar a razoabilidade e os prováveis efeitos de atos normativos. Saab e Silva (2022) apontam que a AIR funciona como filtro de racionalidade, exigindo diagnóstico, análise de alternativas, mensuração de impactos e participação social.

Para Cardoso e Soares (2022), a “AIR se configura em um instrumento imposto pelo povo para legitimação da atividade regulatória como corolário do princípio da legalidade, convolvendo-se em direito subjetivo do cidadão” (Cardoso; Soares, 2022, p.142).

Segundo a literatura especializada, a AIR teria surgido em 1966 na Dinamarca a partir de uma preocupação com os impactos administrativos e econômicos da regulação, tendo em seguida se estruturado formalmente nos Estados Unidos, a partir da Ordem Executiva 12.291, e tendo se disseminado internacionalmente a partir do final de 1970 (Grandino, 2019).

No que se refere aos elementos da AIR, de acordo com o art. 6º do Decreto nº 10.411/2020, aplicável aos órgãos e às entidades da administração pública federal:

Art. 6º A AIR será concluída por meio de relatório que contenha:

- I - sumário executivo objetivo e conciso, que deverá empregar linguagem simples e acessível ao público em geral;
- II - identificação do problema regulatório que se pretende solucionar, com a apresentação de suas causas e sua extensão;
- III - identificação dos agentes econômicos, dos usuários dos serviços prestados e dos demais afetados pelo problema regulatório identificado;
- IV - identificação da fundamentação legal que ampara a ação do órgão ou da entidade quanto ao problema regulatório identificado;
- V - definição dos objetivos a serem alcançados;
- VI - descrição das alternativas possíveis ao enfrentamento do problema regulatório identificado, consideradas as opções de não ação, de soluções normativas e de, sempre que possível, soluções não normativas;
- VII - exposição dos possíveis impactos das alternativas identificadas, inclusive quanto aos seus custos regulatórios;
- VII-A - os impactos sobre as microempresas e as empresas de pequeno porte;
- VIII - considerações referentes às informações e às manifestações recebidas para a AIR **em eventuais processos de participação social ou de outros processos de recebimento de subsídios de interessados na matéria em análise**;
- IX - mapeamento da experiência internacional quanto às medidas adotadas para a resolução do problema regulatório identificado;
- X - identificação e definição dos efeitos e riscos decorrentes da edição, da alteração ou da revogação do ato normativo;
- XI - comparação das alternativas consideradas para a resolução do problema regulatório identificado, acompanhada de análise fundamentada que contenha a metodologia específica escolhida para o caso concreto e a alternativa ou a combinação de alternativas sugerida, considerada mais adequada à resolução do problema regulatório e ao alcance dos objetivos pretendidos; e

XII - descrição da estratégia para implementação da alternativa sugerida, acompanhada das formas de monitoramento e de avaliação a serem adotadas e, quando couber, avaliação quanto à necessidade de alteração ou de revogação de normas vigentes (Brasil, 2020)

Prevê ainda o art. 8º do referido decreto que o relatório de AIR poderá ser objeto de participação social específica realizada antes da decisão sobre a melhor alternativa para enfrentar o problema regulatório identificado e antes da elaboração de eventual minuta de ato normativo a ser editado.

Entretanto, o art. 9º do mesmo decreto impõe a realização de consulta pública sobre o texto preliminar da proposta de ato normativo na hipótese de o órgão ou a entidade optar, após a conclusão da AIR, pela edição, alteração ou revogação de ato normativo para enfrentamento do problema regulatório identificado.

Assim, ainda que a AIR comporte hipóteses de exceções como as propostas de edição de decreto ou aos atos normativos a serem submetidos ao Congresso Nacional e hipóteses de dispensa (previstas no art. 4º do referido decreto, como casos de urgência, ato normativo que vise a manter a convergência aos padrões internacionais, entre outros), a sua obrigatoriedade parece inegável conforme previsão do art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (Lei de Liberdade Econômica) (Brasil, 2019), e do art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 (Lei das Agências Reguladoras) (Brasil 2019), se aplicando aos atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, no âmbito das respectivas competências dos órgãos e das entidades da administração pública federal.

Interessante observar que no âmbito do estado de Minas Gerais, a obrigatoriedade da Análise de Impacto Regulatório também foi prevista por meio da Lei nº 23.959, de 27 de setembro de 2021, que estabelece a Declaração Estadual de Direitos de Liberdade Econômica (Minas Gerais, 2021).

O art. 7º da referida lei determina:

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, 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 (Minas Gerais, 2021).

Posteriormente, o Decreto nº 48.936, de 1º de novembro de 2024, que dispõe sobre normas para o procedimento de elaboração, encaminhamento e publicação dos atos normativos de competência do Governador, detalhou a aplicação da AIR no âmbito do Poder Executivo estadual (Minas Gerais, 2024).

O art. 12 do decreto estabelece que o procedimento de elaboração de ato normativo de competência do Governador será instruído, entre outros documentos, com a Análise de Impacto Regulatório (AIR), aprovada pela Secretaria de Estado de Governo (Segov) (Minas Gerais, 2024).

O decreto também prevê que a AIR será realizada pelo órgão ou pela entidade proponente, previamente à elaboração da minuta do ato e da manifestação jurídica.

Além disso, o § 4º do art. 12 estabelece hipóteses em que a AIR poderá ser substituída por nota técnica ou documento equivalente, como em atos de natureza administrativa restritos ao âmbito interno, atos de efeitos concretos e atos que disponham sobre execução orçamentária e financeira (Minas Gerais, 2024).

Segundo Cardoso e Soares (2022), a AIR teria uma natureza dúplice, na medida em que representaria um direito subjetivo dos integrantes do mercado regulado e um dever do poder público.

Para os referidos autores:

A responsabilização do Estado pela não adoção de todas as cautelas possíveis para minorar os danos provocados pela atividade regulatória é uma necessidade. A obrigatoriedade da AIR fornece um elemento objetivo para essa análise, já que este consistirá em etapa obrigatória à atividade regulatória de grande impacto, pois se o Estado não adotou as cautelas necessárias para o exercício do seu Poder de Império, isto, por si só, já é uma afronta aos direitos fundamentais dos cidadãos, pois a exigência da boa administração é inerente ao conceito de cidadania e a AIR é instrumento nuclear para o desempenho satisfatório da atividade regulatória (Cardoso; Soares, 2022, p.158).

No mesmo sentido, compreende Cardoso (2022), ao discutir a responsabilidade civil do Estado no exercício da sua função regulatória:

O ator responsável pela criação do risco (nesse caso regulatório) tem o dever legal de comprovar a adoção de todas as cautelas previamente à edição do ato normativo, sob pena de responder pelos efeitos daí decorrentes, salvo se comprovar, sob aspectos técnicos, a inofensividade do ato. Se não há amparo para a normatização, esta não deve ser realizada, pois não se admitem aventuras na atividade regulatória (Cardoso, 2022, p.153).

Assim, a AIR parece se colocar, para a doutrina no ordenamento jurídico nacional, como requisito de validade de atos normativos, seja em termos de forma (formalidade essencial) ou de motivação (ausência de AIR como vício de motivação) (Teixeira, 2021), bem como requisito de legitimidade.

Outros autores ainda a concebem como a concretização do princípio da eficiência da Administração Pública e do princípio do devido processo legal (Cardoso, 2022).

Para o referido autor, “A AIR integra o devido processo legal para a edição de atos regulatórios, sendo etapa formal e obrigatória a todos os documentos deste, desde que considerados elegíveis para tal, nos termos de regulamento” (Cardoso, 2022, p.153).

Interessante observar, como relembra Teixeira (2021), que o art. 21 do Decreto nº 10.411/2020 prevê que a inobservância ao disposto no próprio Decreto não constitui escusa válida para o descumprimento da norma editada e nem acarreta a invalidade da norma editada, o que para o referido autor representa uma ilegalidade.

Fato é que, ainda que Acórdãos do Tribunal de Contas da União (TCU) destaquem a importância da AIR, em termos de qualidade regulatória e motivação do ato e que busquem monitorar a implementação da AIR nos órgãos e entidades da administração pública federal expedindo recomendações como adotar estratégia para coleta e tratamento de dados ou ainda definir terminologia e parâmetros para dispensas de AIR (TCU, 2024), denota-se que não foi identificado, em pesquisa realizada sítio eletrônico do TCU, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), decisões que concluam expressamente pela invalidade do ato normativo em razão da ausência de AIR.

No âmbito dos Tribunais Regionais Federais, pode-se citar a discussão afeta à regulação da revenda varejista de gasolina e etanol hidratado fora de estabelecimento autorizado (atual Resolução nº 858/2021), tendo o Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e Lubrificantes - SINDICOM

questionado ato do Superintendente de Fiscalização e Abastecimento da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP (REsp: 2167660/2024), pleiteando mais precisamente a nulidade do processo administrativo e nova AIR com a adequada participação social.

Observa-se que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região assim se manifestou:

MANDADO DE SEGURANÇA. ANP. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO. CONSULTA E AUDIÊNCIA PÚBLICAS. PARTICIPAÇÃO EFETIVA DE AGENTES ECONÔMICOS. MARCO REGULATÓRIO NA REVENDA DE COMBUSTÍVEIS. LEI N.º 14.292/2022. REGULAÇÃO JÁ EDITADA. RECURSOS PREJUDICADOS. **No âmbito de matéria regulatória, a ideia central é a deferência à atividade técnica da Agência Reguladora. Como não é possível invadir tal atividade, e nem o Judiciário deve crer possuir tal expertise, hoje se tornou mais comum o controle por via transversa, com ataque ao trâmite administrativo de propostas que alteram marcos regulatórios.** Embora algumas vezes isso possa ter solidez, aqui, se fosse viável essa análise, nada parece provado, de modo líquido e certo, em relação a tais aspectos. Mas o certo é que a regulação foi editada, e em parte até referida em lei posterior, de modo que, como não houve pedido contra a norma administrativa que viesse a ser editada, o feito perdeu o objeto. Remessa e apelos conhecidos, para julgar extinto o feito, por perda de objeto.

Insta registrar que o STJ deu provimento ao Recurso Especial determinando que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região se pronuncie, de maneira motivada e atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, sobre a questão suscitada como omissa, qual seja, aferir a obediência ao devido processo legal no curso de procedimento decorrente do Aviso de Consulta e Audiência Públicas n.º 7/2021, instaurado pela ANP para aprovação das alterações no marco regulatório relativo à revenda de combustíveis.

Em recente julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por sua vez, observa-se manifestação no sentido de que a ausência de Análise de Impacto Regulatório em ato consolidativo não configura vício formal.

Com efeito, no caso concreto discute-se a possibilidade de suspensão dos efeitos das Resoluções RDC n.º 691/2022 e n.º 693/2022 da Agência Nacional de

Vigilância Sanitária (ANVISA), as quais regulam a produção e comercialização do álcool etílico na forma líquida em todas as graduações, especialmente o álcool 70º INPM.

Para o requerente haveria contradição da ANVISA, que durante a pandemia da COVID-19 suspendeu temporariamente a proibição da comercialização do álcool líquido 70º INPM, reconhecendo sua eficácia sanitizante sem risco iminente à saúde pública. Ademais, defendendo a ineficácia da proibição quanto à redução de acidentes e internações por queimaduras.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região concluiu, entretanto, que a ANVISA possui competência legal para regulamentar a comercialização de álcool etílico em graduações superiores a 54º GL visando à proteção da saúde pública, compreendendo que a suspensão temporária da proibição durante situação excepcional de emergência em saúde pública não descaracterizaria os riscos inerentes ao álcool líquido.

Outrossim, conforme mencionado, sobre a ausência de Análise de Impacto Regulatório concluiu que em ato consolidativo não configuraria vício formal (TRF-3 - AI: 50095616420254030000, Relator: Desembargadora Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, Data de Julgamento: 26/08/2025, 4ª Turma, Data de Publicação: 02/09/2025).

Em outra discussão recente afeta à Portaria/MTP nº 671, de 8 de novembro de 2021, editada pelo Ministro de Estado do Trabalho e Previdência, que regulamenta nova modalidade de registro da jornada de trabalho— o sistema de registro eletrônico de ponto via programa (REP-P), os requerentes apontam que o ato normativo violaria os princípios da eficiência e da motivação (art. 37, caput, da CF/88), tendo em vista que foi editado sem a prévia Análise de Impacto.

Entretanto, o STF, no âmbito da Arguição de descumprimento de preceito fundamental, limita-se, em suma, a manifestação de não conhecimento, “Na hipótese, a Portaria impugnada encontra fundamento de validade no art. 74, § 2º, da CLT, que expressamente determina ao Ministério do Trabalho a regulamentação da matéria. O controle concentrado não constitui meio idôneo para impugnar a validade de ato regulamentar e secundário”.(STF - ADPF: 911 DF, Relator.: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 05/05/2023, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 05/05/2023 PUBLIC 08/05/2023).

Nessa perspectiva, a vinculação automática entre a existência da AIR ou ainda a qualidade desta e os princípios da eficiência e da motivação (art. 37, caput, da CR/88) ou do devido processo legal (art.5º, LIV, da CR/88), de modo que a sua ausência implicaria em um reconhecimento de violação direta do art. 37 ou 5º da CR/88 parece não encontrar, a princípio, exemplo concreto na jurisprudência atual (Brasil, 1988).

No entanto, ressalta-se que o STF já se pronunciou, determinando a suspensão da eficácia de atos normativos exarados no exercício de competência regulatória, como foi o caso na ADPF nº 656/2020 proposta contra a Portaria 43/2020 da Secretaria de Defesa Agropecuária do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), que estabelece prazos para aprovação tácita de uso de agrotóxicos, fertilizantes e outros químicos, sem a conclusão de estudos técnicos sobre os efeitos nocivos ao ambiente e à saúde da população.

Conforme ementa do Acórdão de 22/06/2020, o ato a pretexto de interpretar o texto legal, acabou por extrapolar o espaço normativo reservado pela Constituição às autoridades administrativas, citando a ementa, igualmente, a ADPF 489 na qual se discutiu a constitucionalidade da Portaria do Ministério do Trabalho 1.129/2017, a qual redefiniu os conceitos de trabalho forçado, jornada exaustiva e condições análogas às de escravos.

Por outro lado, a jurisprudência nacional, conforme destaca Cardoso (2022), parece favorecer a compreensão pela existência da chamada reserva de regulação ao prestigiar a competência regulatória das agências reguladoras.

Mais precisamente, o referido autor exemplifica o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº. 13.454/2017 que autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna e do art. 4º da Lei nº. 13.269/201 que liberava a produção e a comercialização, independente de registro sanitário, da substância fosfoetanolamina sintética (Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADI 5.501 e 5.779) dando ênfase à competência da ANVISA.

Nas palavras de Pinto et al. (2024), a reserva de regulação poderia ser conceituada como espaços de competência decisória exclusiva do regulador “tratando-se de uma exigência da sociedade, na medida em que os demorados tramites legislativos, como já destacado, não dão conta de responder – de forma

célere e técnica – às evoluções tecnológicas e sociais” (Fonseca, 2016, p. 153 *apud* Pinto, 2024, p.77).

No entanto, como destaca Mesquita (2024), em matéria de controle judicial das escolhas regulatórias, não haveria consenso na doutrina e na jurisprudência sobre os critérios que devem informar o controle jurisdicional das escolhas regulatórias e nem sobre o grau de intervenção (Mesquita, 2024, p.91).

3 CONCLUSÃO

A Análise de Impacto Regulatório (AIR) se consolida como um instrumento importante para o fortalecimento da processualidade no Direito Público contemporâneo. Ao exigir uma avaliação prévia e sistemática das alternativas e dos efeitos dos atos normativos, a AIR qualifica o processo decisório, favorecendo a transparência, a legitimidade dos atos administrativos/regulatórios e a participação social.

Ainda que inegáveis desafios tenham sido identificados pelos órgãos de controle na sua implementação como necessidade de treinamento e capacitação de servidores e de definição mais detalhada de parâmetros para dispensas de AIR, a sua previsão legal coaduna e reforça os princípios constitucionais do devido processo legal, bem como da eficiência e da motivação.

Observa-se, entretanto, a partir da análise de recentes decisões judiciais no âmbito nacional, que a vinculação automática entre a existência da AIR ou ainda a qualidade desta e os princípios da eficiência e da motivação (art. 37, caput, da CF/88) ou do devido processo legal (art.5º, LIV, da CF/88), de modo que a sua ausência implicaria em um reconhecimento de violação direta do art. 37 ou do art. 5º da CF/88 parece não encontrar, a princípio, exemplo concreto na jurisprudência atual.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Luiza Fernanda Gama; BISNETO, Pedro Bentes Baranda; SANTANA NETO, Hamilton Gomes de. **O princípio da legalidade e o direito administrativo**. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação, São Paulo, v. 8, n. 7, jul. 2022.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 dez. 2025.

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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º jul. 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm. Acesso em: 12 dez. 2025.

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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 jun. 2019a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm. Acesso em: 12 dez. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelece garantias de livre mercado. Diário Oficial da

União, Brasília, DF, 20 set. 2019b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm. Acesso em: 12 dez. 2025.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Regulação de serviços públicos e controle externo**. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOARES, Alexandre Augusto Rocha. **Direito subjetivo à regulação eficiente: a natureza dúplice da Análise de Impacto Regulatório**.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** / José dos Santos Carvalho Filho. – 28. ed. rev. – São Paulo : Atlas, 2015.

CHEVALLIER, Jacques. **A teoria do Estado de Direito**. In: CHEVALLIER, Jacques. O Estado de Direito. Tradução de Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Cap. I, p. 13-27.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionariedade, regulação e flexibilidade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A nova regulamentação dos serviços públicos**. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Bahia, nº1, fev/mar/abr de 2005. Disponível em: <https://direitoepoliticaeconomica.wordpress.com/wp-content/uploads/2012/02/redae-1-fevereiro-2005-floriano-marques-neto.pdf>. Acesso em: 17 de dez, 2025.

MATTOS, Braulio Campos. **A regra da eficiência na regulação econômica: aplicação e consequências**. 2024. 223 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2024.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 3.ed. revista, ampliada e atualizada Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

MINAS GERAIS. **Decreto nº 48.936, de 1º de novembro de 2024**. Dispõe sobre normas para o procedimento de elaboração, encaminhamento e publicação dos atos normativos de competência do Governador, nos termos da Lei Complementar nº 78, de 9 de julho de 2004. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, [2024]. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/DEC/48936/2024/>. Acesso em: 12 dez. 2025.

MINAS GERAIS. **Lei nº 23.959, de 27 de setembro de 2021**. Institui a Declaração Estadual de Direitos de Liberdade Econômica. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, [2021]. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/LEI/23959/2021/?cons=1>. Acesso em: 12 dez. 2025.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a "elaboração processual de normas". **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v.1, n.2, p.221-255, abr./jun 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007.

OECD. **Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance**, Paris: OECD Publishing, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264209022-en>. Acesso em: 12 fev. 2026.

PINTO, Tereza Cristina Mota dos Santos; BRITO, Alex Castro de; PINTO, Yuri Nogueira. A existência de reserva de regulação no âmbito da regulação de terapias gênicas. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, v. 10, n. 1, p. 66-86, jan./jul. 2024.

RAMALHO, Bruno Araujo. O dever de “motivação administrativa” no contexto das escolhas regulatórias: uma análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU). In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos (org.), **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**, Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016, p.123-153.

SAAB, F.; SILVA, S. A. M. Qual a qualidade da análise de impacto regulatório elaborada por agências reguladoras do Brasil?. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 56, n. 4, p. 435-454, jul./ago. 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/3RtdtZrVhV7dFQsR5s3rch/>. Acesso em: 12 dez. 2025.

SILVA, Bruno Cezar; SOUZA, Maria Auxiliadora Alves de; LIMA, Mauricene de Paula. **Administração Pública: A Processualidade Administrativa e a Redução das Demandas Judiciais**, p. 1-24, 2023.

SOUZA, Zaphia Boroni; RIBEIRO, Adriano da Silva; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Análise crítica dos processos estruturais na perspectiva da processualidade democrática. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p. 124-139, Set./Dez. 2020. DOI: ,[https://doi.org/ 10.46560/meritum.v15i3.8298](https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.8298). Acesso em: 12 fev. 2026.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STJ - REsp: 2167660, Relator.: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Publicação: Data da Publicação DJ 16/12/2024. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 12 fev. 2026.

STF - ADPF: 656 DF 0087430-03.2020.1.00 .0000, Relator.: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 29/04/2022, Data de Publicação: 03/05/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 12 fev. 2026.

STF - ADPF: 911 DF, Relator.: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 05/05/2023, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 05/05/2023 PUBLIC 08/05/2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 12 fev. 2026.

TEIXEIRA, Ricardo Santos. **A ausência da análise de impacto regulatório (AIR) exigível como causa de nulidade do ato regulatório normativo**. 2021. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) – Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021.

TRF-3 - AI: 50095616420254030000, Relator.: Desembargadora Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, Data de Julgamento: 26/08/2025, 4ª Turma, Data de Publicação: 02/09/2025. Acesso em: 12 fev. 2026.

TCU - RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO (RACOM): 23252022, Relator.: VITAL DO RÊGO, Data de Julgamento: 19/10/2022. Acesso em: 12 fev. 2026.

WALDRON, Jeremy. Introdução. In: WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Cap. I, p. 1-38.