

Análise de Impacto Regulatório – AIR como Garantia de Segurança e Estabilidade Regulatória

SCHMITKE, Yuri. “Análise de Impacto Regulatório – AIR como Garantia de Segurança e Estabilidade Regulatória”. Agência CanalEnergia. Rio de Janeiro. 3 de novembro de 2016.

Segundo o Ranking da Burocracia, o Brasil encontra-se na 179ª posição, dentre os 183 países avaliados, o que se comprova pelo fato de termos editado 5,24 milhões de normas, na esfera dos três entes federativos, desde a Constituição Federal de 1988 até 2014. No âmbito regulatório, não há dúvidas de que deve ser avaliada a sustentabilidade das incontáveis normas regulatórias, inclusive quanto ao prazo de validade e sua respectiva extinção.

A Análise de Impacto Regulatório – AIR tem se mostrado a ferramenta mais eficaz para melhorar a qualidade regulatória e equacionar o estoque das normas regulatórias (necessidade vs utilidade), mediante análise ex ante e ex post.

A AIR é um dos instrumentos disponíveis para melhorar a qualidade da regulação e consiste na análise e avaliação dos possíveis benefícios, custos e impactos de regulações novas ou já existentes (OECD, 2008), através de método capaz de ajudar no desenho, na implementação e no monitoramento de melhorias dos sistemas regulatórios, oferecendo uma metodologia de avaliação das consequências regulatórias (KIRKPATRIC e PARKER, 2004).

AIR é um dos pilares da governança regulatória, tendo por finalidade auxiliar na tomada de decisão e contribuir para uma regulação eficiente, eficaz, transparente e responsável. Para fins de garantir a tão almejada segurança e estabilidade regulatória, a AIR tem por escopo propiciar previsibilidade, redução de riscos e ganhos em eficiência e qualidade na regulação, mediante participação dos stakeholders e mecanismos de accountability, ou seja, através da participação dos agentes interessados (consulta pública), transparência e prestação de contas (responsabilização do regulador).

Disso resulta maior legitimação do regulador na tomada de decisão, com base em evidências empíricas, afastando-se decisões discricionárias e imotivadas, bem como a intervenção indevida e prejudicial do regulador na atividade econômica dos agentes regulados, o que também contribui significativamente para a redução do estoque de normas regulatórias (desregulação), atrai mais investimentos e melhora a competitividade de mercado (livre concorrência) ao evitar abusos do poder econômico.

Dentre os principais atores que utilizam AIR na tomada de decisão, destaca-se a Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD ou Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, que traz orientações

econômicas e regulatórias para seus 34 países membros. Apesar do Brasil não ser membro, tem recebido e implementado orientações da OCDE com bastante frequência.

Nos Estados Unidos, o Office of Information and Regulatory Affairs – OIRA, órgão criado em 1980, vinculado ao Office of Management and Budget – OMB (White House), tem por objetivo avaliar impacto regulatório de agências reguladoras em situações em que o impacto econômico supera 100 milhões de dólares.

No Reino Unido há o Better Regulation Delivery Office – BRDO, órgão vinculado ao Department for Business, Innovation and Skills – BIS, criado em 2012, em razão da reestruturação, mas cuja AIR vem sendo adotada pelos britânicos desde a década de 80.

No México, a Comisión Federal de Mejora Regulatoria – COFEMER, vinculada à Secretaría de Economía, criada em 2000, é a única experiência na América Latina e possui alguns dos melhores índices de eficiência do mundo em AIR. A Alemanha empreende AIR através do Nationaler Normenkontrollrat – NKR (Conselho Nacional de Controle de Normas), vinculado ao Chefe do Governo Federal (Chancelaria), criado em 2006. Os países membros da União Europeia se orientam através do Impact Assessment Board – IAB, órgão vinculado ao Gabinete do Secretário-Geral da Comissão Europeia, criado em 2006. Em suma, são elementos essenciais de uma AIR: (i) a descrição com mapeamento das normas vigentes, definição do problema e objetivos políticos, e demonstração da necessidade de nova regulação; (ii) as opções/alternativas que podem ser adotadas, inclusive não regulatórias; (iii) os custos diretos e indiretos para quantificar os impactos da regulação (econômicos, financeiros, sociais e ambientais); (iv) a consulta pública para coleta de informações com participação dos interessados (stakeholders); (v) a fase de cumprimento e execução com descrição da política de conformidade com as normas e instrumentos garantidores de cumprimento; e (vi) o acompanhamento regulatório com mecanismos de coleta de informação e definição da validade da norma regulatória (manutenção, modificação ou extinção).

O procedimento adotado pela BRDO (UK) prevê diversas etapas a serem seguidas, na seguinte ordem: (i) definição do problema e dos objetivos a serem alcançados; (ii) consulta com participação dos agentes para validar as conclusões alcançadas nas fases anteriores; (iii) seleção das diferentes opções a serem consideradas; (iv) escolha do método de análise; (v) mapeamento de dados para mensurar custos e benefícios de todas as opções identificadas; (vi) análise e comparação das opções, segundo o método definido, e elaboração do relatório de AIR e da norma regulatória; (vii) consulta pública das minutas do relatório de AIR e da norma regulatória para validação do resultado com os interessados; (viii) ajuste do relatório de AIR e sugestão da medida regulatória a ser adotada pelo agente regulador responsável pela tomada de decisão; (ix) monitoramento da regulação, mediante levantamento de informações para os stakeholders e o regulador;

Em diversos países, a AIR é tratada como ferramenta estratégica, utilizada por órgãos vinculados ao Poder Executivo e que possuem a atribuição de orientar e fiscalizar a atuação das diversas agências reguladoras. O PLS nº 52/2013, que tem por objeto a reestruturação das agências reguladoras federais, previa em sua redação originária, de relatoria do Senador Walter Pinheiro, a criação de uma Câmara de Supervisão Regulatória, mas cuja intensão foi abandonada no relatório substitutivo da Senadora Simone Tebet.

A primeira experiência no Brasil (ainda que pouco utilizada na prática) ocorreu com a edição do Decreto nº 4.176.2012, que estabelece modelo de AIR no anexo à Exposição de Motivos dos atos normativos submetidos à apreciação da Presidência da República.

O Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão e

Regulação (PRO-REG), criado pelo Governo Federal em 2007, objetivando contribuir para a melhoria do sistema regulatório, coordenação entre as agências reguladoras federais, mecanismos de prestação de contas e transparência (accountability), participação social e qualidade da regulação de mercados. O Brasil iniciou assim uma série de reformas regulatórias, trazendo a orientação para que a AIR fosse adotada pelas agências em 2010, o que foi reiterado com a recomendação do Tribunal de Contas da União – TCU, na forma do Acórdão nº 240/2015. ANAC, ANATEL, ANCINE, ANEEL, ANP, ANS e ANVISA são as agências federais que já utilizam AIR (em alguma medida) na tomada de decisões, o que provavelmente passará a ser obrigatório quando da sanção do referido PLS nº 52.

O Decreto nº 7.963/2013, que institui o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e a Câmara Nacional das Relações de Consumo, prevê como eixo de regulação e fiscalização a AIR, neste caso, sob a perspectiva dos direitos do consumidor.

Ocorre que, pela experiência e orientação internacional, a AIR deveria ser primordialmente utilizada por órgão supervisor das agências reguladoras, somente em casos de relevante impacto ambiental, social, econômico e financeiro. Nos EUA, v.g., a AIR é adotada somente se o impacto econômico for superior a 100 milhões de dólares.

No caso específico do setor elétrico brasileiro, a ANEEL passou a utilizar AIR a partir de 2013, com a edição da Resolução Normativa nº 540. Contudo, o procedimento tem se resumido apenas ao preenchimento do formulário, sem acompanhamento de relatório técnico detalhado e análise efetiva de custo-benefício, e, na grande maioria das vezes, sem consulta pública prévia à elaboração da norma regulatória, o que prejudica substantivamente a efetividade do instrumento e a legitimação do regulador.

Importante observar que a AIR não se resume apenas a um instrumento para auxiliar as agências reguladoras a tomarem decisões ou produzirem as suas normas, tendo também por escopo embasar a edição de leis, decretos e portarias que produzem relevante impacto regulatório.

Muitos dos prejuízos que o setor elétrico vem enfrentando certamente seriam evitados ou reduzidos caso houvesse a adoção da AIR na tomada de decisões político-regulatórias, tal qual ocorreu no caso da renovação das concessões (MP nº 579/2012), que já causou prejuízos na ordem de 100 bilhões de reais para o setor, no caso da judicialização para evitar ajustes no GSF (Generation Scalling Factor) das usinas hidrelétricas participantes do MRE, que somada as decisões liminares de outros agentes afetados, por vezes postergou a liquidação financeira no âmbito da CCEE. Também podemos destacar a judicialização do caso da CDE pelos consumidores livres, e, mais recentemente, os prejuízos que poderão advir em face de algumas das disposições inseridas às pressas no texto originário da MP nº 735/2015.

Questões como implementar um mercado de energia elétrica 100% livre e as respectivas regras de transição, assim como a decisão de substituir a rede elétrica por uma rede inteligente (smart grid), especialmente na área de distribuição, objetivando eliminar ou reduzir o furto de energia e a necessidade de deslocamento mensal de pessoal para aferição de consumo, certamente são questões político-regulatórias que merecem análise aprofundada de custo-benefício, sendo imprescindível a adoção de AIR para a tomada de decisão.

Caso a AIR seja utilizada após a elaboração da minuta da norma regulatória, sem a participação prévia dos agentes afetados e efetiva quantificação dos custos e benefícios, sem análise empírica dos dados coletados, o instrumento irá prestar-se apenas a justificar decisões já tomadas (ex-post), salvo pequenos ajustes, resultando em cumprimento de mera obrigação.

Para que a AIR não se torne mais um instrumento burocrático e inoperante, torna-se imprescindível a capacitação de pessoal, inclusive mediante intercâmbio internacional, para que haja a correta utilização desta complexa ferramenta, o que também deve ser acompanhado de destinação específica e suficiente de recursos financeiros para a sua plena execução.

TISI, Yuri Schmitke Almeida Belchior. Análise de Impacto Regulatório – AIR como Garantia de Segurança e Estabilidade Regulatória. Rio de Janeiro, 04 de novembro de 2016.