

Análise de Impacto Regulatório – AIR
Alexandre Santos de Aragão

A teoria dos jogos no contexto social e a visão de controle
André Luiz Francisco da Silva Vital

O Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) nas licitações e contratos de obras públicas
Ângelo Henrique Lopes da Silva, Gualter Ramalho Portella

O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica
Florianio de Azevedo Marques Neto

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA RDPE

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
COMENTADA

Regulatory Impact Analysis and Cost Benefit Analysis: What is Different across the Sea?
Ivan César Ribeiro

As finanças públicas oitocentistas de Portugal e Brasil (1808-1826)
Luís Fernando Lopes Pereira, Rodrigo Luís Kanayama

A análise de impacto como mecanismo de controle do tabaco
Patrícia Rodrigues Pessoa Valente

Prejuízos provocados por medidas de regulamentação do trânsito
Pedro Costa Gonçalves

Aspectos concorrenciais da concessão de florestas públicas
Thiago Marrara

O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil
Vitor Rhein Schirato

Falha na elaboração do projeto básico e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos (Comentários a acórdão do Superior Tribunal de Justiça)
Renata Carlos Steiner



Editora Fórum

Manesco - Advocacia

TOMBO: 39

CCDIR:

CUTTER:

ANO: 10 EDIÇÃO:

EX: 1 VOL:

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA RDPE



ISSN 1678-7102

R. de Dir. Público da Economia - RDPE	Belo Horizonte	ano 8	n. 32	p. 1-264	out./dez. 2010
---------------------------------------	----------------	-------	-------	----------	----------------

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA - RDPE

Diretores

Vital Moreira
Marçal Justen Filho
Egon Bockmann Moreira

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (São Paulo)
Almiro do Couto e Silva (Porto Alegre)
Calixto Salomão Filho (São Paulo)
Carlos Ari Sundfeld (São Paulo)
Celso Antônio Bandeira de Mello (São Paulo)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto
(Rio de Janeiro)
Eduardo Paz Ferreira (Lisboa)
Eros Roberto Grau (São Paulo)
Fábio Nusdeo (São Paulo)
Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto
(São Paulo)
Leila Cuéllar (Curitiba)
Luís Domingos Silva Moraes (Lisboa)

Luís Roberto Barroso (Rio de Janeiro)
Manuel Afonso Vaz (Porto)
Manuel Porto (Coimbra)
Maria Manuel Leitão Marques (Coimbra)
Maria Sílvia Zanella Di Pietro (São Paulo)
Miguel Póiares Maduro (Lisboa)
Monica Spezia Justen (Curitiba)
Paula A. Forgioni (São Paulo)
Paulo Otero (Lisboa)
Pedro Gonçalves (Coimbra)
Ronaldo Porto Macedo Jr. (São Paulo)
Sérgio Ferraz (Rio de Janeiro)
Tercio Sampaio Ferraz Jr. (São Paulo)

Antigos Conselheiros

Antônio Sousa Franco (Lisboa)
Caio Tácito (Rio de Janeiro)
Lúcia Valle Figueiredo (São Paulo)
Marcos Jurueña Villela Souto (Rio de Janeiro)

R454 Revista de Direito Público da Economia - RDPE. ano 1, n. 1,
jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Trimestral
ISSN: 1678-7102

1. Direito público. 2. Direito econômico. I. Fórum.

CDD: 341 CDU: 342

© 2010 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão

Projeto gráfico: Luiz Alberto Pimenta
Diagramação: Bruno Lopes
Bibliotecária: Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região

Esta publicação está indexada no Ulrich's Periodicals Directory.

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional e em Portugal

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA

A Revista de Direito Público da Economia - RDPE visa explorar, investigar a fundo e condensar correntes de pensamento referentes ao Direito Público da Economia contemporâneo. Sua aposta é aprofundar e instigar o desenvolvimento de novas abordagens de investigação.

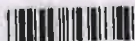
Trata-se, por um lado, de afirmar uma nova perspectiva de conhecimento do Direito Público da Economia, oriunda da conjugação das visões de estudiosos de diversas áreas do saber (direito, economia, ciência política, administração etc.), sem perder, porém, a tônica jurídica. Trata-se, por outro lado, de envolver o pesquisador com aqueles que estão diretamente inseridos no exercício da regulação pública, conjugando temas transversais (como a concorrência e a regulação) com temas de natureza setorial, relativos aos setores econômicos específicos mais significativos (telecomunicações, energia, transportes, mídia, banca e mercado de capitais, água e resíduos etc.), incluindo também os novos setores (como a Internet, o comércio eletrônico etc.).

e-mail para remessa de artigos e contribuições:
egon@rdpe.com.br

ISSN 1678-7102



9 771678 710003



39

RDPE

Análise de Impacto Regulatório – AIR

Alexandre Santos de Aragão

Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor do Mestrado de Regulação e Concorrência da Universidade Cândido Mendes. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado.

Palavras-chave: Regulação econômica. Agências reguladoras. Impacto regulatório.

A regulação econômica pode gerar efeitos negativos no desenvolvimento da economia, especialmente se aumentar desproporcionalmente os custos e a burocracia necessária à exploração das atividades econômicas, inibindo o desenvolvimento de pequenas e médias empresas, ou, ainda, indiretamente criando vantagens competitivas para algum participante do mercado, dentre outras coisas. Há o risco, também, de a regulação estatal apresentar-se desatualizada, morosa e excessiva, em prejuízo dos consumidores e empresários.¹

Nesse sentido, Anna Maria Campos, Jorge Paula Ávila e Dércio Santiago Jr. salientam que as “agências reguladoras não escapam a considerações gerais quanto ao valor que esta ação governamental pode agregar aos mercados. Há quase consenso de que as forças do mercado, por si sós, não sejam capazes de se organizar de modo a prover a melhor alocação dos recursos da sociedade em determinados campos. Mas há também grande desconfiança quanto ao valor que possa ser agregado pela ação regulatória governamental, justamente por seus efeitos, possivelmente dissonantes dos objetivos perseguidos pelas políticas de desenvolvimento”.²

Estimar os custos e os benefícios da regulação não é uma tarefa fácil, mas já vêm sendo realizados estudos que demonstram a importância de um controle dos impactos regulatórios. Em 2007, nos dias 25 e 26 de outubro, a Casa Civil da Presidência da República realizou um seminário internacional sobre o tema, com vistas a disseminar as ferramentas sugeridas pela OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento

¹ ALBUQUERQUE, Kélvia Frota. *A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil: um passo fundamental para o crescimento econômico sustentado*. 2006. Monografia (Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Administração Pública) – FGV Management – Núcleo Brasília, Fundação Getúlio Vargas, Brasília, 2006. f. 16-19.

² CAMPOS, Anna Maria et al. Avaliação de agências reguladoras: uma agenda de desafios para a sociedade brasileira. *Revista de Administração Pública*, v. 34, n. 05, p. 31, set./out. 2000.

Econômico) para a condução de uma análise dos impactos regulatórios no Brasil, através da avaliação dos seus resultados e explicitação dos seus custos.

Em documento intitulado "Building a framework for conducting Regulatory Impact Analysis (RIA): Tools for Policy-Makers",³ a OCDE sugere que, no bojo dessa análise, sejam, antes da emissão de atos normativos, avaliadas as seguintes questões atinentes à regulação: (i) se o problema que demanda a atuação do Estado foi corretamente definido; (ii) se a ação estatal é justificada, considerando os seus possíveis custos e benefícios e as alternativas cabíveis; (iii) se há base legal para a regulação estatal; (iv) se o grau de intervenção é o mínimo o possível para o atingir o objetivo visado; (v) se os benefícios da regulação justificam os seus custos; (vi) se a distribuição dos efeitos positivos e negativos da regulação na sociedade é pautada pela transparência; (vii) se a regulação é clara, consistente, compreensível e acessível aos administrados; (viii) se todas as partes interessadas tiveram a oportunidade de apresentar as suas opiniões e críticas a respeito das normas regulatórias, através de mecanismos de consulta pública; (ix) se a observância das normas regulatórias pelos particulares é incentivada e assegurada através de distribuição eficiente de competências entre órgãos do governo; (x) se a regulação foi implementada da maneira como esperado.

Ainda de acordo com referido documento, o estudo dos impactos da regulação deve abranger a análise das suas consequências à competitividade nacional, aos grupos socialmente vulneráveis ou excluídos, ao meio ambiente, aos direitos dos cidadãos e empresas.

As agências, enfim, seriam obrigadas a previamente demonstrar a razoabilidade de suas decisões, os seus prováveis custos diretos e indiretos, os benefícios esperados, e a razão pela qual não foram escolhidos outros meios para atingir o mesmo propósito. Trata-se, em outras palavras, de uma análise prévia da proporcionalidade da regulação, com a necessária participação dos administrados.

Algo parecido já vem sendo realizado nos Estados Unidos, ao menos desde o Governo Reagan, tendo como marco as *Executive Orders* nº 12.291 e 12.498, que, em síntese, submeteram os atos das agências à prévia

³ Documento divulgado no Seminário Internacional sobre Avaliação do Impacto Regulatório, realizado sob a coordenação do subchefe de Articulação Governamental da Casa Civil da Presidência da República, Luis Alberto dos Santos, em 25 e 26 de outubro de 2007.

aprova
vincu

da a E
lece
antes
a sua
Group
ces ou

tos pa
(três)

Direito
da rea
camen
os sub

A ques
setoriz
mais o
tão da
em raz
todas e
quando
cia em

E
sobre A
dá para
uma at
conseq
mas ad
admini
que o o
decisão

⁴ CARBON
Madrid:

aprovação do *Office of Management and Budget* (OMB), diretamente vinculado ao Presidente.

Posteriormente, com o Governo do Presidente Bill Clinton, foi editada a *Executive Order* nº 12.886/93 – *Regulatory Planning and Review*, estabelecendo procedimentos obrigatórios para as agências, no sentido de que, antes de iniciarem os seus procedimentos regulatórios, devem comunicar a sua intenção a um órgão central do Governo — o *Regulatory Working Group* — incumbido de alertá-las para as regulações desnecessárias, duplícies ou contraditórias entre si ou com a política governamental.⁴

Faremos nossa exposição em tríades: analisaremos (três) **pressupostos** para a implantação de sistemas de AIR; em seguida trataremos dos (três) **desafios** e de (três) possíveis **soluções** para eles.

Hoje, o Direito não é apenas a lei, não há mais aquela imagem do Direito que era desligado da realidade administrativa, da realidade política, da realidade econômica. Hoje, qualquer assunto, para ser tratado juridicamente de forma adequada, tem de considerar também o ambiente — os subsistemas que pretende regular — onde ele pretende incidir.

A setorização da regulação é um fenômeno mundial e incontestável. A questão da independência das instâncias setoriais é outra coisa. Mas a setorização existe, de qualquer modo. Quando essa setorização possui — mais ou menos intensamente — características de independência, a questão da coordenação entre essas várias instâncias fica mais séria. Ou seja, em razão da setorização regulatória, é necessária uma coordenação entre todas essas instâncias. A necessidade de coordenação aumenta ainda mais quando algumas ou muitas dessas instâncias são dotadas de independência em relação a uma autoridade central.

Eu queria, antes, estabelecer três pressupostos da nossa análise sobre AIR. O **primeiro pressuposto** é a necessidade de coordenação. Não dá para se ter várias instâncias regulatórias, independentes ou não, cada uma atuando sem ter atenção em relação às outras. Isso pode gerar várias consequências indesejáveis, como, por exemplo: contradição de normas administrativas, que gera insegurança jurídica e conflitos judiciais e administrativos; atrasos nas tomadas de decisões — porque um não sabe o que o outro está fazendo —; conflitos internos; e, para evitar a tomada de decisão em prol de um ou de outro lado, acabam não decidindo nada.

⁴ CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 43-47.

Haveria também, sem a coordenação, a possibilidade de não atendimento ao princípio constitucional da eficiência. Pode ser que o órgão já tenha feito estudos estatísticos da situação e o outro vai realizar de novo o mesmo estudo estatístico para saber como agir. Pode haver riscos de desperdício de tempo, dinheiro e pessoal, em razão de uma instância institucional não saber o que a outra está fazendo.

O primeiro pressuposto da existência da AIR é, portanto, a necessidade de coordenação; e o **segundo pressuposto**, também já referido, é o da manutenção da independência das instâncias reguladoras que tenham recebido aquela autonomia reforçada setorialmente.

O *grande desafio é coordenar sem tirar a independência*. Temos o princípio da proporcionalidade atuando aqui, pelo qual se deve escolher um meio adequado para realizar o fim visado, no nosso tema, o meio adequado para realizar a necessidade de coordenação. Dentre esses meios adequados — e aí vem o elemento necessidade da proporcionalidade —, tem que se escolher o meio menos restritivo à autonomia da agência. Do ponto de vista da adequação, o objetivo a ser visado é a necessidade de coordenação, não a substituição da instância regulatória; e mesmo sendo só para a coordenação, o instrumento a ser adotado tem de ser a forma menos restritiva à independência.

O segundo pressuposto, que é paradoxal em relação ao primeiro, é de manter ao máximo possível a independência das agências reguladoras que já forem especialmente autônomas. Dar ou não independência não vai ser uma decisão do órgão responsável pela AIR. Trata-se de decisão legislativa já tomada.

O **terceiro pressuposto** que gostaríamos de sugerir é o da ampla abrangência da AIR: a obrigação de se realizar análises de impacto regulatório não pode ser uma imposição apenas das agências reguladoras independentes. Deve ser uma instância de coordenação de todas as instâncias regulatórias, senão fica sendo apenas uma instância de controle de agências independentes, desvirtuando-se o seu caráter.

Compreendo que não se pode passar, de repente, a fazer a análise de todas as entidades e órgãos da administração pública que ditam algum tipo de norma. Mas, se for o caso, devemos ter esse objetivo pelo menos por setor, por área. Por exemplo, vamos fazer AIR no setor de energia, sim, mas no setor de energia como um todo. Não seria para se fazer AIR só na ANEEL e na ANP, mas também no Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), no MME, e em outros

órgãos que eventualmente tenham conexão com essa regulação, com esse objeto.

Gostaria de fixar esses três elementos, que são, na verdade, pressupostos para as reflexões que estamos fazendo em relação à AIR. Eu sugeriria que, primeiro, nós passássemos pelo pressuposto de que há realmente uma necessidade de coordenação; segundo, que essa necessidade de coordenação não pode servir de biombo para outras modalidades de interferência e de controle, alcançando-se os objetivos de coordenação com a menor interferência possível na independência das agências reguladoras que já a possuem; terceiro, que a AIR deve ser pensada de forma global, seja universal para todas as áreas em que haja edição de atos de efeitos gerais ou abstratos, seja, se isso não for possível, por exemplo, pelo menos por setor ou por qualquer outro critério objetivos genérico de submissão à AIR.

A partir desses três pressupostos, vamos ver os três desafios da AIR e depois apresentar três possíveis sugestões. Não estamos a dizer que não possam existir outras tão ou mais apropriadas, mas gostaríamos de apresentar algumas às quais as nossas reflexões, até o momento, nos levaram.

O *primeiro desafio*, conforme apresentado ao citar os pressupostos, é o de conciliar coordenação com independência. Creio que o princípio da proporcionalidade e a adequação e a necessidade, conforme já exposto, são fundamentais nessa tarefa. O princípio da proporcionalidade é um princípio de conciliação. Inicialmente filosófico, o Direito o encampou através da doutrina do Tribunal Constitucional Alemão. O princípio da proporcionalidade não foi cunhado recentemente — os primeiros registros escritos sobre o princípio da proporcionalidade remontam às lições de Aristóteles.

O princípio da proporcionalidade procura conciliar ao máximo necessidades, valores e objetivos que estejam em contradição, realizando o mínimo de restrição aos que se encontram em choque. Isso demonstra bem o espírito do princípio da proporcionalidade, que é conciliar necessidades, lógicas, valores diferentes. E a necessidade de coordenação é realmente uma necessidade antitética, por natureza, à independência. É melhor se enfrentar essa realidade. É mais útil pensar que, realmente, para coordenar, deverá existir algum tipo de ingerência, mas que deve se buscar a menor ingerência possível, restringindo-se, ao máximo, o objetivo dessa ingerência. Esse é o primeiro desafio: conciliar coordenação com independência.

Segundo desafio: evitar retrabalho. A doutrina italiana passou por dois momentos pendulares muito interessantes relacionados a isso. Ela teve um momento de grande controle procedimental dos atos regulatórios, participação popular, participação de outros órgãos etc. Mas depois, eles passaram desse momento de grande admiração pela participação, discussão e coordenação e passaram a ver isso de uma maneira um pouco cética, especulando se o tempo que se gastava, as impugnações exageradas e a abertura para brigas meramente políticas não acabavam era por violar o princípio da eficiência. O mesmo princípio da eficiência serviu de fundamento tanto para a paixão como para a decepção com esses procedimentos. Temos o desafio então de a AIR não burocratizar o processo administrativo de edição de atos administrativos regulatórios.

O **terceiro desafio** é a necessidade de autolimitação do órgão central encarregado das AIR, que seria realmente um órgão suprarregulador, não no sentido de editar a regulação, mas no sentido de ter de alguma forma poderes sobre a regulação de todos os setores.

Possíveis soluções: a **primeira solução** seria uma ideia de *soft law*, de o órgão das AIR tentar se impor voluntariamente, por meio de consensos, às entidades reguladoras. Na França, umas das autoridades administrativas independentes que possui maior índice de efetividade de cumprimento das suas decisões é a autoridade de acesso a documentos públicos, que não tem poder de requisição, de determinação, de aplicação de sanções; mas pela autoridade meta-jurídica é umas das que mais tem efetividade decisória. É que precisamos não apenas de um ambiente jurídico-institucional, mas também de um ambiente cultural para que os objetivos dessas entidades sejam atingidos. A lei e as instituições têm limites em seu papel de mudança da realidade.

O órgão encarregado da AIR, se não vier a ser editada lei expressa em sentido contrário, poderia sugerir, divulgar a sua posição na imprensa, mas deve, segundo propomos, deixar o processo voltar para a agência, para a agência decidir, até porque a AIR não deixa de ser mecanismo de tutela administrativa. E há um brocardo francês — *pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au-delà du texte* —, segundo o qual qualquer supervisão de entidades da Administração Indireta deve ser previamente estabelecido em lei.

Uma possível **segunda solução** seria o aumento e a qualificação da participação popular. Esse é um dos grandes desafios da regulação nos países latinos, que não têm uma tradição de participação muito grande,

e o governo tem que apoiar e fomentar essa participação popular, mas também, ao mesmo tempo, sem capturá-la, mantendo-a politicamente independente.

A *terceira solução* seria o pluralismo, independência e a qualificação técnica do próprio órgão competente para coordenar a realização das AIRs. Pode-se cogitar também da própria independência desse órgão; pode-se cogitar que ele, pelo menos parcialmente, tenha representantes de agências independentes em sua direção etc. As agências poderiam, por exemplo, eleger um representante para estar lá presente; ter um representante da sociedade, um representante dos regulados etc.

São três pressupostos, três desafios e três possíveis soluções que colocamos para reflexão da comunidade jurídica.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

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.