

**QUESTÕES RELEVANTES AO DESENHO DO MARCO NORMATIVO  
ADEQUADO À IMPLANTAÇÃO DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO  
EM ÂMBITO FEDERAL**

**Relatório de Trabalho – PRO-REG – Contrato 001/2010**

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Agosto de 2010

## SUMÁRIO

Introdução	4
Parte I - Normatização da AIR à luz do direito brasileiro	7
1.1 - A quem competirá a realização de AIR e a criação ou não de novo órgão no âmbito da Administração Pública federal	8
1.1.1 A quem competirá a realização da AIR	8
1.2 - Necessidade de lei para criação de órgãos e cargos, bem como para atribuição de competências à Administração Pública, e a aplicabilidade ou não desta exigência ao projeto de ato normativo de AIR	15
1.3 - Outras questões relacionadas à introdução da AIR por decreto presidencial	22
1.4 - Implantação da AIR por lei	27
1.5 - Possibilidade de edição de medida provisória	30
1.6 - Possibilidade de edição de decreto presidencial	31
1.7 - Possibilidade de implantação da AIR por norma interna a cada órgão ou entidade	33
1.8 - Conclusão parcial	35
Parte II – Questões relacionadas ao conteúdo do diploma instituidor da AIR	37
2.1 - Definição de AIR	38
2.2 - Quem estaria obrigado a elaborar AIR	44
2.3 - Situações que necessariamente exigirão a realização de AIR	46
2.4 - AIR para projetos de lei de iniciativa do Presidente da República	48
2.5 - Itens que devem ser considerados na AIR – metodologia	50
2.6 - Momento em que deve ser realizada e prazos	53
2.7 - Exame da AIR e <i>feedback</i> : responsável pela análise do resultado	

da AIR	54
2.8 - Procedimentos de consulta e audiência públicas	56
2.9 - Abrangência da AIR: situações dispensadas de AIR	58
2.10 - Publicidade dos resultados da AIR	59
2.11 - Outras questões relevantes	60
2.11.1 - Conseqüência da não realização de AIR	60
2.11.2 - Sanção para o administrador que deixar de realizar AIR	61
2.11.3 - Previsão de AIR para revisão periódica da legislação em vigor	
	62
2.12 - Limites da norma proposta	62
2.13 - A norma proposta e o Decreto 4.176/02	63
Conclusão	65
Bibliografia	66
Anexo: Exposição de Motivos e a proposta de norma	

## Introdução

O estudo que se segue tem por objetivo, em conformidade com o Termo de Referência 001/2010, sugerir o plano normativo necessário à implementação da Análise de Impacto Regulatório (AIR) em âmbito federal.

É preciso esclarecer, desde logo, que a adoção de AIR não é um movimento isolado, mas se insere em um contexto de modernização e aperfeiçoamento da capacidade institucional e regulatória do País, que vem sendo capitaneada pelo PRO-REG, criado pelo Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007. Esse caráter instrumental e acessório da AIR a uma finalidade maior, de melhoria da capacidade regulatória dos Estados, é destacado em diversos países.<sup>1</sup>

A adoção da AIR tende a trazer efeitos mais positivos quanto mais o país invista no aprimoramento do seu corpo técnico regulatório, sendo ainda necessário capacitar esses indivíduos para aplicar os por vezes complexos instrumentos de análise quantitativa e qualitativa adotados para fins de AIR.<sup>2</sup>

Relevante nesse processo é, ainda, o momento de realização da AIR, que será mais efetiva quanto mais antecipada no tempo.

---

<sup>1</sup> No México, por exemplo, a Comissão Federal de Reforma Regulatória, além de apresentar as manifestações de impacto regulatório, tem por objetivos: revisar o marco regulatório nacional, promover assessoria técnica em questões de melhoria regulatória, celebrar acordos interinstitucionais em matéria regulatória, dentre outras atividades que possam promover a melhoria da qualidade da regulação. Para um exemplo brasileiro, pode-se mencionar que o programa instituído pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA para melhoria do marco regulatório dos setores sob sua competência mostra-se mais amplo do que a introdução da Análise de Impacto Regulatório previamente à adoção de normas de repercussão geral pela agência reguladora. Ver, a respeito, Portaria 422/2008 da ANVISA.

<sup>2</sup> ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. *Relatório sobre a reforma regulatória – Brasil: Fortalecendo a Governança para o crescimento*. Disponível em <http://www.seae.fazenda.gov.br/destaque/brasil-fortalecendo-a-governanca-para-o-crescimento-final.pdf/view?searchterm=>. Acesso em 30.03.2010, p. 23.

Esta questão deve ser observada sob um duplo aspecto: é muito importante que a AIR seja feita antes da tomada de decisão política relevante, o que deve ser compreendido tanto como (i) anteriormente à inauguração do novo marco legal de determinado setor, já que as leis são, no ordenamento brasileiro, o instrumento por excelência para se inovar na ordem jurídica<sup>3</sup>; e (ii) o processo de AIR deve ser iniciado assim que detectado um problema que demande a tomada de uma decisão de política pública, de modo a poder ser efetivamente útil em auxiliar o administrador em sua escolha. Também deve haver, para a sua implantação exitosa, coordenação entre órgãos e entidades da Administração Pública.<sup>4</sup>

Do ponto de vista formal, o projeto de norma que se segue buscou observar as diretrizes da Lei de Processo Administrativo Federal, de 29 de janeiro de 1999, e as determinações do Decreto 4.176, de 28 de março de 2002<sup>5</sup>, sem sobrepô-las. Assim, não contém normas gerais de processo administrativo federal ou para apresentação de projetos de leis ao Presidente da República, que devem continuar seguindo as supracitadas normas.

Nos limites do Termo de Referência que inspira este trabalho, a norma proposta restringe o seu objeto à implantação de Análise de Impacto Regulatório em âmbito federal, que, como exposto, deve constituir uma etapa ou elemento de um processo mais amplo de melhoria da qualidade da

---

<sup>3</sup> Uma vez promulgada a lei de ordenação de determinado setor, a realização de AIR apenas sobre os atos normativos secundários (decretos, resoluções, portarias, instruções normativas, etc.) poderá ter êxito limitado na construção de políticas públicas mais eficientes e que propiciem efetivo ganho de bem-estar para a sociedade, já que algumas das decisões políticas fundamentais já terão sido tomadas pelo legislador, cabendo ao ordenamento jurídico infralegal a elas se adaptar.

<sup>4</sup> Sobre a importância da coordenação institucional, ver COMISSÃO EUROPEIA. *Impact Assessment Guidelines, 2009*, p. 6. Disponível em [http://ec.europa.eu/governance/impact/key\\_docs/key\\_docs\\_en.htm](http://ec.europa.eu/governance/impact/key_docs/key_docs_en.htm). Acesso em abril de 2010.

<sup>5</sup> O Decreto 4.176/02 estabelece normas e diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento, ao Presidente da República, de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal.

regulação.<sup>6</sup> No entanto, é preciso destacar que a AIR é uma ferramenta que poderá ser de grande auxílio também aos órgãos e entidades das Administrações Públicas estaduais, municipais e distrital.

Para a execução do Termo de Referência que rege este trabalho, primeiramente analisamos o grau de hierarquia normativa necessária à instituição válida da AIR em sede da Administração Pública Federal (isto é, se lei ordinária, medida provisória, decreto ou ato normativo interno a cada órgão ou entidade da Administração Pública federal). Em seguida, apresentamos as principais questões que foram levantadas durante o processo de elaboração da norma, e as razões para as soluções adotadas. Por fim, apresentamos a minuta da norma cuja redação nos foi solicitada, precedida por sua exposição de motivos.

---

<sup>6</sup> Comentando a situação atual, manifesta-se Gustavo Henrique Trindade da Silva: “No Brasil não há um sistema de AIR integrado e formalmente estabelecido, embora se adote algum tipo de análise de impacto para elaboração de atos normativos em determinadas situações. No campo da saúde, iniciativas de avaliação de políticas públicas ainda constituem prática de recente incorporação no país. (...) Espelhada na experiência internacional de países desenvolvidos e alinhada aos avanços e desafios da política regulatória brasileira, e de suas singularidades relativas ao campo da vigilância sanitária, a Anvisa decidiu incorporar a AIR como parte de seu Programa de Boas Práticas Regulatórias, incluindo-a como etapa do processo de revisão e elaboração de novos regulamentos, a ser implantada gradualmente a partir de 2009. A incorporação da AIR como parte do processo de tomada de decisão configura importante aperfeiçoamento das práticas regulatórias da Anvisa no que se refere à sua experiência normativa”. TRINDADE DA SILVA, Gustavo Henrique. Regulação sanitária no Brasil: singularidades, avanços e desafios. In PROENÇA, Jadir Dias; VIEIRA DA COSTA, Patrícia; MONTAGNER, Paula. *Desafios da regulação no Brasil*. Brasil: ENAP, 2009, p. 240.

## Parte I - Normatização da AIR à luz do direito brasileiro

A análise de direito comparado permite-nos extrair algumas características que merecem ser estudadas, a fim de concluirmos se devem ou não ser reproduzidas na norma que inaugurará a adoção da Análise de Impacto Regulatório no direito brasileiro em âmbito federal.<sup>7</sup>

Em primeiro lugar, observamos que a AIR é uma preocupação que deve abranger todos os órgãos e entidades da Administração Pública que tomam decisões com potencial de ter influência sobre temas econômicos, sociais, ambientais e de políticas públicas, não devendo se limitar às agências reguladoras.<sup>8</sup>

Adicionalmente, constatamos que, em vários países pesquisados, houve uma opção por montar um aparato burocrático específico para supervisionar o processo de AIR levado a efeito pelos diversos órgãos da Administração. Assim, tem-se, por exemplo, o *Office of Information and Regulatory Affairs* – OIRA, nos Estados Unidos e a *Comisión Federal de Reforma Regulatoria* – COFEMER, no México, embora não haja um modelo único adotado por todos os países.<sup>9</sup>

Iniciamos nossa análise pelo tema da necessidade ou oportunidade de se criar um órgão específico, no âmbito da Administração Pública, para

---

<sup>7</sup> Esclarece-se, desde logo, que todos os textos doutrinários e normativos citados ao longo do trabalho, que originalmente se encontravam em língua estrangeira, foram vertidos para o português por tradução livre da autora.

<sup>8</sup> A abrangência da AIR é comentada por PECl: “a) por um lado, nem todo poder normativo origina-se de agências reguladoras independentes, demandando a ampliação do escopo de implementação da AIR para além dos órgãos reguladores; b) por outro lado, nem toda agência reguladora independente tem expressivo poder normativo (veja o exemplo da Ancine) e sua diversidade institucional e organizacional pode dificultar o tratamento homogêneo da AIR”. PECl, Alketa. *Desenho de uma Estratégia de Implantação e Institucionalização da Análise do Impacto Regulatório*, 2009, mimeo, p. 62.

<sup>9</sup> OCDE. *Building an institutional framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for policymakers*. Paris: OCDE, 2008, p. 36.

supervisionar as AIRs realizadas pelos distintos órgãos e entidades, já que esta decisão é relevante para se discutir o grau de hierarquia necessário ao ato normativo que instituirá a AIR em sede federal.

## **1.1 A quem competirá a realização de AIR e a criação ou não de novo órgão no âmbito da Administração Pública Federal**

### **1.1.1 A quem competirá a realização da AIR**

A proposta de ato normativo que se segue prevê a realização da AIR no interior dos órgãos e entidades já existentes, sendo de responsabilidade daquele que tenha a atribuição de tomar a decisão política que buscará solucionar o problema diagnosticado. A opção pela realização da AIR de forma descentralizada, sem a criação de um órgão supervisor centralizado, pode ser fundamentada em:

- (i) aproveitar-se o conhecimento técnico já produzido no interior de cada órgão ou entidade. Os temas potencialmente sujeitos à AIR são os mais diversos. A alocação do dever de realizar AIR a cada órgão ou ente da Administração, de acordo com as competências que já possuem, permite um maior aprofundamento e melhor aproveitamento dos conhecimentos já existentes e disponíveis na seara estatal, em elogio ao princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CF/88);
- (ii) menor custo de implantação do processo de AIR, pois se poderá aproveitar, em grande parte, processos e recursos, inclusive humanos, já disponíveis nesses órgãos e entidades. Nesse aspecto, concretiza-se o princípio da economicidade (art. 70, *caput*, CF/88); e

- (iii) especialmente no caso das agências reguladoras federais, menor resistência político-institucional à adoção da AIR, já que tais entes se posicionaram fortemente contrários à criação de um órgão responsável ou supervisor da AIR fora de seus quadros, conforme aponta o estudo de Peci.<sup>10</sup>

Por outro lado, não se ignora a necessidade de sinergia e coordenação entre os vários órgãos estatais, como forma de gerar e implementar políticas públicas coerentes, evitando-se, dentro do possível, a adoção de soluções desconexas ou potencialmente conflitantes. Dando um exemplo ilustrativo, a AIR referente a uma possível decisão de se alterar o marco legal vigente em matéria de geração de energia elétrica deveria, ademais de considerar as opiniões das diversas autoridades com competência sobre esse setor – dentre os quais o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, o Ministério de Minas e Energia - MME, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL –, levar em conta ainda o posicionamento das autoridades ambientais (tais como o Ministério do Meio Ambiente e o Instituto Nacional do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA), das autoridades com competência sobre os insumos necessários a essa atividade (como a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP e a Agência Nacional de Águas – ANA); das autoridades concorrenciais (Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE, Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE e Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE); e, ainda, dos órgãos e associações de defesa dos consumidores livres e dos usuários do serviço público de distribuição de energia elétrica.

---

<sup>10</sup> Sobre a oportunidade de criação de um “órgão supervisor” da AIR, PECL observou que, embora seja uma prática usual ao redor do mundo, e cuja relevância é internacionalmente reconhecida, “revela-se uma forte resistência [no Brasil] decorrente, principalmente, de uma percepção de controle sobre entes de natureza independente, quando estas são consideradas objeto exclusivo da revisão regulatória” (*Desenho de uma estratégia de implantação e institucionalização da análise do impacto regulatório*, 2009, mimeo, p. 6). Essa posição é reforçada em outra passagem do mesmo trabalho: “De forma geral, prevalece uma resistência ao modelo do órgão supervisor da qualidade regulatória, não apenas por parte dos órgãos regulados, mas também pela maioria dos públicos entrevistados” (*ob. cit.*, p. 54). Adiante, conclui: “Embora a relevância de um órgão supervisor da qualidade regulatória esteja bem reconhecida na literatura institucional, assim como evidenciada pelo *benchmarking* internacional, sua criação nesse primeiro momento de implantação da AIR no contexto brasileiro não é recomendada (...)”. (*ob. cit.*, p. 64).

Dessa forma, tem-se que, na tomada de decisões de políticas públicas relevantes faz-se imperioso algum grau de coordenação entre as decisões políticas gestadas e executadas no âmbito de diferentes órgãos e entidades administrativos; todavia, a criação de um órgão supervisor de AIR encontra resistências, especialmente por parte das autoridades reguladoras independentes.

Portanto, o arcabouço jurídico-institucional que se propõe trabalha com a formulação da AIR no âmbito interno de cada órgão ou entidade, sem uma supervisão cogente de um órgão especificamente criado para esse fim. Não nos parece ser aconselhável, por ora, que seja instituído o OSR, com poder de supervisão das AIRs desenvolvidas no âmbito das autoridades personalizadas da Administração, em especial, daquelas qualificadas como agências reguladoras. Embora se reconheça que, se restrita ao escopo específico de uniformização de práticas de AIR, coordenação institucional e melhoria da qualidade regulatória, a mera existência do órgão de supervisão da análise de impacto regulatório não seria, em si, uma instância supervisora da regulação realizada pelas agências, essas entidades temem eventual abuso do OSR no exercício de suas atribuições, vindo este a se constituir, na prática, em instância supervisora da regulação das agências.<sup>11</sup>

Por outro lado, parece-nos que atividades de fomento e difusão da AIR já podem ser realizadas pelo PRO-REG, sem que seja necessário criar competências supervisoras sobre as AIRs que venham a ser realizadas no âmbito das autarquias, especialmente daquelas qualificadas como agências reguladoras. De fato, o PRO-REG ou entidade equivalente poderá participar dos processos de consulta e audiência públicas, na elaboração de *guidelines*, bem como na promoção de cursos de capacitação de servidores nas melhores técnicas de AIR.

---

<sup>11</sup> PECL, Alekta. *Desenho de uma estratégia de implantação e institucionalização da análise do impacto regulatório*, 2009, mimeo.

Dessa forma, na realização de consultas públicas obrigatórias - condição de validade da norma ou decisão que vier a ser exarada após o processo de AIR – poderá ser muito útil a participação desse órgão interno de coordenação (PRO-REG ou equivalente). Nessas consultas públicas, ademais dos potenciais interessados e da própria sociedade civil, será estimulada a participação dos diversos órgãos e entidades da Administração Pública que possam potencialmente ter algo a contribuir sobre o tema regulatório que estiver sendo enfrentado.<sup>12</sup>

Trata-se, nesse sentido, de aprofundar um processo que já se encontra em curso, em sede federal, embora ainda não de todo normatizado e sistematizado, como ocorre, por exemplo, em matéria de defesa da concorrência. Com efeito, os projetos de atos normativos com potencial impacto sobre matéria concorrencial já vêm sendo objeto de considerações da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda, no âmbito dos procedimentos de consulta pública instaurados pelas agências reguladoras.<sup>13</sup>

A sugestão que ora se apresenta pretende aprofundar esse modelo, ao prever que não apenas as autoridades concorrenciais, mas toda autoridade que possa ter as matérias afetas à sua competência modificadas ou atingidas em decorrência de uma proposta de lei, ato normativo ou decisão de repercussão geral, seja formalmente informada do início do processo de AIR que venha a discutir essas propostas, a fim de que possa se manifestar no

---

<sup>12</sup> Este papel já vem sendo desempenhado pelo Pro-Reg, como aponta Kélvia Albuquerque: “A importância estratégica do Pro-Reg, para além das ações específicas que já estão sendo executadas, reside no fato de que o seu Comitê Gestor, integrado pela Casa Civil e pelos ministérios da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, pode funcionar – na prática já vem funcionando, há algum tempo – como uma instância de coordenação regulatória em nível federal, aproximando-se, ainda que de maneira incipiente, das unidades de coordenação e controle da qualidade regulatória citadas pela OCDE”. ALBUQUERQUE, Kélvia. A visão da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. In PROENÇA, Jadir Dias; VIEIRA DA COSTA, Patrícia; MONTAGNER, Paula. *Desafios da regulação no Brasil*. Brasil: ENAP, 2009, p. 94.

<sup>13</sup> A previsão de que a SEAE exercerá essa função encontra-se no artigo 12 do Decreto 6193/2007. A normatização desse processo, por lei, encontra-se prevista no Projeto de Lei 3337/04, em tramitação (atualmente apensado ao Projeto de Lei 2057/2003). Fonte: < [http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=248978](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=248978)>. Acesso em 13.05.2010.

curso da consulta pública para avaliação do potencial impacto regulatório. Nesse sentido, como visto, o PRO-REG ou órgão semelhante poderá desempenhar uma função de fomento à participação de todas as parcelas da sociedade potencialmente afetadas (governo, usuários, agentes econômicos etc.).

Cumprido ainda considerar que, embora a OCDE recomende, em princípio, a existência de uma entidade supervisora da AIR independente daquela responsável pela elaboração do Relatório de AIR<sup>14</sup>, a própria Organização reconhece que diferentes países podem apresentar distintas soluções institucionais:

“Não há um modelo institucional único para um uso sistemático da AIR. Entre os países da OCDE há uma variedade de instituições que compartilham distintas responsabilidades e que trabalham baseando-se em diferentes metodologias. Em geral, um departamento especializado ou grupo de especialistas em cada linha ministerial e instituição regulatória realiza o trabalho de AIR. Para assegurar a coordenação entre esses órgãos e conferir coerência ao sistema regulatório, há duas formas institucionais dentre os países da OCDE:

- Estruturas estatais centralizadas que confiam em um órgão supervisor para a reforma regulatória, órgão esse localizado no centro do governo. (...);
- Uma estrutura institucional descentralizada [que] não confia em um órgão supervisor específico; [nesses casos] a coordenação entre reguladores é essencial para obter objetivos

---

<sup>14</sup> A OCDE alerta para o risco de que “se as instituições de monitoramento não são independentes das agências que elaboram a AIR, a qualidade da AIR poderá ser comprometida”. OCDE. *Building an institutional framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for policymakers*. Paris: OCDE, 2008, p. 40. No entanto, o projeto anexo contempla processos periódicos de revisão da AIR, sendo que a realização de procedimentos de consulta pública permitem a intervenção dos grupos interessados (*stakeholders*) no processo, inclusive no que se refere às demais esferas governamentais, reduzindo-se esse risco. Essa prática reduz ainda outra preocupação da OCDE, consistente na possibilidade de que os dados venham a ser enviesados: “o risco de que a coleta de dados por meio da consulta possa levar à ‘captura dos dados’ sempre permanece. Quando os *stakeholders* fornecem muitos dos dados necessários há um alto risco de que a AIR seja enviesada. Esse risco pode ser administrado por meio da diversificação das fontes de dados, e por meio da abordagem por meio de ‘freios e contrapesos’. Dados enviesados também podem ser detectados sendo [a autoridade] absolutamente transparente. Se os dados são fracos, a qualidade da AIR pode ser melhorada por meio de revisão externa exaustiva. Quanto mais o processo é aberto, maior a probabilidade de se evitar o viés” (*ob. cit.*, p. 48).

políticos. Responsabilidades são normalmente compartilhadas entre diferentes instituições e linhas ministeriais, que utilizam extensos mecanismos de consulta para atingir acordos e consensos”.

Nesse sentido, a OCDE conclui: “a experiência da OCDE releva que as escolhas relativas a estruturas institucionais para AIR por vezes dependem do apoio político disponível, da estrutura institucional original, da cultura política e administrativa, dos recursos existentes e, mais particularmente, da existência de algum programa geral focado em governança regulatória e reforma”.<sup>15</sup>

Trazendo as considerações da OCDE à realidade brasileira, e à luz do recomendado pelos estudiosos locais, optamos, no projeto de norma anexo, por introduzir a segunda estrutura institucional vislumbrada pela OCDE – descentralizada – com um amplo processo de consulta pública à sociedade e aos demais órgãos e entidades governamentais.

De todo modo, como visto, não é incompatível com a prática de AIR dentro dos próprios órgãos e entidades da Administração Pública que exista um órgão centralizado, vinculado diretamente à Presidência da República, para desempenhar algumas das funções mencionadas pela OCDE como altamente relevantes para assegurar a qualidade da regulação, tais como (i) assessorar o incremento da capacidade regulatória por meio da publicação de diretrizes a serem seguidas pelos reguladores, porém sem caráter cogente (“*guidelines*”); (ii) promover considerações relacionadas à política regulatória de longo prazo, elaborando sugestões para o aprimoramento das ferramentas e mudanças de caráter administrativo-institucional; e (iii) manifestar-se sobre novas propostas de regulação, mediante contribuições às consultas públicas, exercendo uma pressão legítima pela melhoria da qualidade da regulação.<sup>16</sup> A partir dessas

---

<sup>15</sup> OCDE. *Building an institutional framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for policymakers*. Paris: OCDE, 2008, p. 36.

<sup>16</sup> Estamos afastando, pelas razões já anteriormente expostas, a possibilidade de que essa autoridade central tenha poder de veto sobre a regulação gestada no âmbito das autoridades administrativas independentes, que é uma alternativa aventada em tese no relatório da OCDE

atribuições, esse órgão poderá realizar seminários e cursos de capacitação; cartilhas e livros com material de AIR; guias de metodologia de implantação de AIR, com sugestões de ferramentas quantitativas e qualitativas de medição; difusão desse ferramental da forma menos onerosa possível, inclusive privilegiando a rede mundial de computadores (internet); participação nos debates das consultas e audiências públicas que venham a ser promovidas no curso de processos de AIR.

Em realidade, como visto, grande parte dessas atribuições já vem sendo desenvolvida pelo PRO-REG, e a sugestão aqui proposta é que essas funções sejam aprofundadas e aprimoradas, sem que, contudo, adquiram um caráter cogente, ao menos no que tange às agências reguladoras e demais autoridades administrativas com autonomia reforçada existentes ou que venham a ser criadas no âmbito da Administração Pública.<sup>17</sup> Como explanado, não se desconhece que diversos países que possuem autoridades independentes em sua organização administrativa vêm obtendo sucesso na sistematização de AIR por meio de um órgão supervisor dessa análise; porém, a história brasileira de implantação de autoridades reguladoras independentes ainda é muito recente, estando em processo de consolidação, de modo que poderia ser uma ruptura muito traumática no processo de consolidação institucional a criação de um órgão supervisor com possibilidade de rever suas manifestações em matéria de AIR.

---

(OCDE. *Relatório sobre a reforma regulatória – Brasil: Fortalecendo a Governança para o crescimento*, p. 43).

<sup>17</sup> De acordo com SARAVIA: “Levando em consideração a experiência internacional, e as particularidades do sistema político e administrativo brasileiro, este consultor considera que seria aconselhável a criação de um Órgão de Supervisão Regulatória, no âmbito da Presidência da República, sem subordinação a nenhum ministério ou órgão da Presidência da República. Tal OSR poderia incluir uma estrutura semelhante à prevista no Decreto 6.062, de 16 de março de 2007 que institui o Comitê Gestor do PRO-REG – CGP e o Comitê Consultivo do PRO-REG – CCP. Poderia estabelecer um órgão interno com atribuições similares às que este Decreto atribui à Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República”. SARAVIA, “*Versão Definitiva do Relatório de Estudo (parcela 3) do contrato nº 112/2008*” (Processo nº 00040.001021/2008-31), 2009, mimeo, p. 49. Em nosso entender, esse OSR teria características de consultoria e assessoria, mas sem competência para revisar a AIR efetuada pelas autoridades administrativas independentes ou as decisões quanto ao dever ou não de se realizar uma AIR tomadas por essas entidades.

Por fim, esclarece-se que, no âmbito da Administração direta, como há uma relação de subordinação entre departamentos, secretarias e ministérios, não vislumbramos objeção caso o Presidente da República decida prover o PRO-REG, ou um órgão específico que venha a ser criado para esse fim, de competência para supervisionar as AIRs realizadas no seu interior. Além disso, caso, no futuro, a conjuntura seja diversa e mais solidificada, poder-se-á reconsiderar a oportunidade de se atribuir a revisão da AIR realizada no âmbito das agências reguladoras a um órgão supervisor.

## **1.2 Necessidade de lei para criação de órgãos e cargos, bem como para atribuição de competências à Administração Pública, e a aplicabilidade ou não desta exigência ao projeto de ato normativo de AIR**

Um tema extremamente relevante a ser considerado, no que concerne ao modelo normativo-institucional a ser adotado para implantação da AIR no Brasil, consiste em definir qual o grau hierárquico do ato normativo a ser expedido (lei ordinária, medida provisória, decreto ou ato normativo interno a cada órgão).<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Não há, a esse respeito, uniformidade entre os países que adotam a AIR, mesmo porque essa decisão depende de peculiaridades inerentes a cada ordenamento jurídico e à conformação de Estado e de governo de cada país. A OCDE possui orientação no sentido de ser recomendável que a obrigação de AIR seja determinada por “standards básicos e princípios de políticas regulatórias de qualidade. Alguns países da OCDE fizeram isso por meio de uma lei ou decreto que especificou a cobertura e o método de AIR a serem usados”. OCDE. *Building an institutional framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for policymakers*. Paris: OCDE, 2008, p. 32. A OCDE menciona como países que adotaram a AIR por meio de lei: República Checa, Coréia e México. Dentre os que a adotaram por meio de Decreto destacam-se EUA (por ato do Presidente da República) e Austrália, Áustria, França, Itália e Holanda (esses, por ato do Primeiro Ministro) (*ob. cit.*, p. 33). Dentre esses países, possuem regime jurídico mais próximo ao brasileiro a França e a Itália. Mesmo assim, no caso da França, a solução pela introdução da AIR por meio de Decreto não auxilia na decisão sobre o grau de hierarquia normativa necessária ou desejável à adoção desse instrumento em sede federal no Brasil, pois, enquanto na França vigora o princípio da reserva de regulamento – segundo o qual todas as matérias que não são expressamente referidas na Constituição como requerendo lei formal podem ser tratadas em âmbito regulamentar – no Brasil vigora o princípio da legalidade estrita aplicado à Administração Pública (art. 37, *caput*, CF/88), de acordo com o qual a Administração somente pode agir quando obrigada ou autorizada por lei em sentido estrito. Na Itália, a AIR foi instituída pela Lei 50/99. Todavia, há na lei apenas uma previsão de

Caso se decida pela criação de um órgão ou entidade para supervisionar a AIR, bem como na hipótese de se criarem novos cargos, será essencial a aprovação de uma lei ordinária, de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.

Nesse sentido, dispõem os artigos 48, X e XI; 61, §1º, “e” e 84, VI, da Constituição Federal, em sua atual redação:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, *b*;

XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública;

Art. 61. (...)

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...)

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Da redação do artigo 84, VI, “a”, da Constituição Federal depreende-se que, *a contrario sensu*, para a criação de órgãos e cargos no âmbito da Administração Pública faz-se necessária a edição de lei em sentido estrito.

---

adoção da AIR; o processo foi detalhado por meio de Decreto do Presidente do Conselho de Ministros.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“Poder Executivo. Competência legislativa. Organização da administração pública. Decretos 26.118/05 e 25.975/05. Reestruturação de autarquia e criação de cargos. Repercussão geral reconhecida (...). A Constituição da República não oferece guarida à possibilidade de o Governador do Distrito Federal criar cargos e reestruturar órgãos públicos por meio de simples decreto. Mantida a decisão do Tribunal *a quo*, que, fundado em dispositivos da Lei Orgânica do DF, entendeu violado, na espécie, o princípio da reserva legal.” (RE 577.025, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 11-12-08, Plenário, *DJE* de 6-3-09)

Por outro lado, dúvida pode surgir caso, para implantação da AIR, decida-se apenas pela criação de órgãos internos na estrutura da Administração já existente, sem lhe atrelar novos cargos ou funções.

Veja-se que o termo “órgão” é utilizado sem restrições ou condicionantes na redação do inciso VI do artigo 84 da Constituição Federal, o que permitiria, em uma primeira interpretação, entender que todo e qualquer órgão, mesmo de natureza subordinada, requereria lei para sua edição, visto que o manejo de decreto é autorizado pela Constituição quando “não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”.

Assim, uma primeira dificuldade que precisa ser ultrapassada reside na interpretação a ser conferida à palavra “órgão”, que, como aponta a doutrina, pode identificar tanto um Ministério como uma Secretaria ou Departamento no interior desse Ministério.

A Lei de Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/99) traz uma definição bastante genérica de “órgão” em seu art. 1º, §2º, I, segundo a qual “órgão” é “a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta”.

Acerca dos órgãos públicos, Odete Medauar esclarece que:

“Órgãos públicos ou órgãos administrativos são unidades de atuação, que englobam um conjunto de pessoas e meios materiais ordenados para realizar uma atribuição predeterminada. Por exemplo: uma Secretaria Municipal de Educação é um órgão municipal formado por um conjunto de servidores e meios materiais, destinado a colocar em prática as atribuições do Município no tocante ao ensino. (...) O termo órgão, aplicado a setores da Administração Pública, é utilizado, às vezes, sem precisão técnica, pra denominar qualquer parte da Administração Pública. Tratando-se da Administração brasileira, mais adequado é usar o vocábulo ‘órgão’ para designar unidade de atuação integrante de uma pessoa jurídica. Exemplo: Ministério é órgão, uma Delegacia Regional é órgão; uma Secretaria de Estado é órgão. No âmbito de uma autarquia, dotada de personalidade jurídica própria, como, por exemplo, numa Universidade estadual, o Departamento de Recursos Humanos é um órgão da autarquia. O órgão público caracteriza-se, então, por ser parte de um todo, quer tenha dimensões amplas (um Ministério) ou pequenas dimensões (seção de pessoal de um Ministério). Em virtude da divisão das atividades, cada órgão é dotado de atribuições específicas que não se confundem com as atribuições de outros órgãos e que, em princípio, somente por ele podem ser exercidas. No direito público, as atribuições de cada órgão ou autoridade recebem o nome de competência. Competência significa a aptidão legal conferida a um órgão ou autoridade para realizar determinadas atividades”.<sup>19</sup>

Na hipótese de, para a implantação de AIR, a Administração Pública decidir apenas reordenar internamente a conformação dos órgãos principais e das entidades já existentes, poderá se sustentar estar dispensada a exigência de lei, com as ressalvas abaixo tecidas. Nesse sentido, explana José dos Santos Carvalho Filho:

“São legítimas a transformação e a reengenharia de órgãos públicos por ato privativo do Chefe do Executivo (e, portanto, dispensada lei) quando tais fatos administrativos se incluírem no mero processo de organização da administração pública. A nova diretriz constitucional já tinha o endosso de parte da doutrina, segundo a qual seria lícito que o Executivo criasse órgãos auxiliares, inferiores ou subalternos, desde que aproveitasse os cargos já existentes e tivesse a competência delegada por lei, somando-se ainda a condição de não serem praticados atos que pudessem constranger a esfera jurídica dos particulares. De

---

<sup>19</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2009, p. 55.

qualquer forma, a Constituição agora parece ter dirimido qualquer dúvida a respeito dessa possibilidade”.<sup>20</sup>

Em sentido semelhante, em artigo escrito ainda sob a égide da redação original do art. 84, VI, da Constituição Federal, sustentou Carlos Ari Sundfeld:

“é impossível ao Chefe do Executivo instituir órgão mediante a criação de cargos novos, porque esta última medida é reservada exclusivamente à lei (art. 48, X). Do mesmo modo, incabível a criação, por decreto, de órgão para exercer competência nova (é dizer: não prevista em lei) que importe em constringer os particulares à ação ou omissão, sob pena de confronto com o art. 5º, II, da CF.

Portanto, em princípio, é dado ao decreto criar órgão, desde que o faça com o aproveitamento de cargos já existentes e desde que suas competências ou já tenham sido atribuídas por lei à Administração ou não importem na prática de atos que constringam a esfera jurídica dos particulares.”<sup>21</sup>

No julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.372-1/ES, o Ministro Sidney Sanches afirmou, acerca do art. 84, VI, da Constituição, já sob a regência da redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional nº 32/01: “a criação e extinção de órgãos da administração pública depende de Lei, de iniciativa do Poder Executivo. E, uma vez criado o órgão, sua organização e funcionamento será regulado por decreto”.

Assim, caso, para a implantação da AIR, almeje-se apenas a reordenação interna de órgãos e entidades, com a mera criação, por exemplo, de uma unidade subalterna no âmbito de um Ministério ou autarquia já existente, poderá ser sustentada a desnecessidade de lei ordinária, podendo se defender a suficiência de decreto do Presidente da República ou ato interno

---

<sup>20</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p.13. A questão relativa à competência será tratada no próximo item.

<sup>21</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Criação, estruturação e extinção de órgãos públicos. *Revista de Direito Público*, n. 97, jan-mar de 1991.

da entidade da Administração Indireta para a sua instituição, observadas as demais considerações adiante comentadas.

Será sustentável a afirmativa de que a instituição do processo de AIR constitui densificação dos princípios constitucionais da eficiência e economicidade, não criando deveres aos particulares. Não haveria, por essa argumentação, a criação de nova competência ou atribuição às agências reguladoras, já que a AIR é compreendida como um procedimento instrumental ao melhor atingimento, por cada órgão ou entidade da Administração, das competências que já possuem (decisões relevantes em matéria de políticas públicas), decorrentes da lei ou da própria Constituição Federal.<sup>22</sup>

Aliás, é preciso lembrar, nesse sentido, que algumas agências reguladoras tiveram seus procedimentos ou ordenação interna disciplinados por decreto presidencial ou outros atos normativos da Administração direta, sem que isso tenha constituído, até o presente, um óbice grave à sua autonomia.<sup>23</sup>

Se é compatível com o ordenamento brasileiro que as agências possam ter seus procedimentos e sua organização administrativa interna previstos em decreto ou atos ministeriais, pela mesma razão haveria de se admitir a constitucionalidade de um decreto presidencial que apenas institui um procedimento específico no âmbito da Administração Pública federal, em atendimento a princípios constitucionais como economicidade, eficiência, motivação, proporcionalidade, e que se encontra, inclusive, em consonância com diretrizes gerais da Lei de Processo Administrativo Federal (conforme, por

---

<sup>22</sup> Nesse sentido, cumpre lembrar que as autarquias são criadas por lei e as fundações públicas devem ter sua constituição autorizada por lei (art. 37, XIX, CF/88). Já a estrutura que compõe a Administração Direta federal é encontrada atualmente na Lei 10.683/03, na qual estão listados os Ministérios, Conselhos Interministeriais e Secretarias ligados à Presidência da República.

<sup>23</sup> Veja-se, a título ilustrativo, o disposto no art. 10, *caput*, da Lei 9.472/97: “Art. 10, Caberá ao Poder Executivo instalar a Agência [ANATEL], devendo o seu regulamento, aprovado por decreto do Presidente da República, fixar-lhe a estrutura organizacional”. O Regimento Interno da ANEEL foi originalmente estabelecido em Portaria do Ministério de Minas e Energia (Portaria MME 349/97).

exemplo, a previsão de consulta pública para processos decisórios de caráter geral e o direito à resposta fundamentada, bem como a possibilidade de realização de audiências públicas, nos termos dos artigos 31 e 32 da Lei 9.784/99).<sup>24</sup>

Em realidade, o processo de AIR reflete, em grande parte, a introdução, no ordenamento jurídico, de um processo auxiliar à tomada de decisão política, tornando-o mais racional e embasado, e no curso do qual está prevista consulta pública prévia e obrigatória, de modo a serem ponderadas e discutidas as possíveis opções a serem adotadas pelo legislador ou administrador público. Previsões como essa, de forma menos detalhada, já constam, inclusive, de diversas normas da legislação regente das agências reguladoras em vigor.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Lei 9.784/99. “Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada. § 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas. § 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais. Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo”.

<sup>25</sup> Podem ser citadas, a título ilustrativo, as seguintes normas: Lei 9.427/96: “Art. 4º. (...) § 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL”. Lei 9.472/97: “Art. 19. A Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...) III - elaborar e propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas a que se referem os incisos I a IV do artigo anterior, submetendo previamente à consulta pública as relativas aos incisos I a III”; (...) “Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca”. Lei 9.478/97: “Art. 19. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP”. Lei 10.233/01: “Art. 34-A. As concessões a serem outorgadas pela ANTT e pela ANTAQ para a exploração de infraestrutura, precedidas ou não de obra pública, ou para prestação de serviços de transporte ferroviário associado à exploração de infraestrutura, terão caráter de exclusividade quanto a seu objeto e serão precedidas de licitação disciplinada em regulamento próprio, aprovado pela Diretoria da Agência e no respectivo edital. § 1º As condições básicas do edital de licitação serão submetidas à prévia consulta pública”. “Art. 68. As iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os

Em síntese, na hipótese de se decidir pela implantação da AIR no âmbito dos Ministérios e entidades já existentes, sem a criação de novos cargos nem competências de supervisão (ou poder de reforma) das conclusões constantes do Relatório de AIR, torna-se mais sustentável a desnecessidade de se manejar o processo legislativo, com toda a sua complexidade e tempo de tramitação, já que, para mera reorganização interna de órgãos já existentes, sem criação de cargos, e para o detalhamento de competências já previstas na lei, a doutrina sustenta que o ordenamento jurídico em vigor não exige a promulgação de lei em sentido estrito.

Não se pode, no entanto, desconsiderar de todo a possibilidade de que as agências reguladoras que possuem competência para expedir seus próprios regimentos internos aleguem que a criação, por decreto, de procedimentos cogentes como condição de validade de seus atos normativos e decisões de repercussão geral viola a autonomia reforçada que lhes é legalmente atribuída. Há, no entanto, argumentos para contraditar este eventual argumento, que serão explicitados adiante.

### **1.3 Outras questões relacionadas à introdução da AIR por decreto presidencial**

Como visto acima, caso a opção venha a ser pela adoção da AIR no âmbito dos próprios órgãos e entidades já existentes na Administração Pública sem a criação do órgão supervisor, torna-se mais robusta a argumentação da desnecessidade de lei, pois a doutrina defende a possibilidade de reengenharia interna de órgãos públicos mediante a edição de decretos, prática essa que não ofenderia os artigos 48, X e 84, VI, da Constituição Federal.

---

direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública".

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, em seu relatório sobre o atual estágio da regulação no Brasil, mencionou, inclusive, a possibilidade de se proceder a uma emenda ao Decreto 4.176, de 2002, para introduzir a obrigação do uso da AIR no país, o que reforça a argumentação quanto à desnecessidade de lei.<sup>26</sup>

No entanto, ainda que superada a questão da necessidade de lei do ponto de vista orgânico – abdicando-se da criação de novos órgãos ou cargos no âmbito da Administração Pública federal – faz-se também relevante considerar se a implantação da AIR implica ou não criação de nova competência para a Administração Pública, situação na qual será igualmente necessária a edição de lei.

Com efeito, nenhum órgão ou entidade da Administração Pública pode outorgar competências a si mesmo; essas necessitam decorrer da lei. A competência é sempre, em qualquer caso, um elemento vinculado do ato administrativo; portanto, dependente de lei que a estabeleça ou, ainda, de previsão da própria Constituição Federal. Esclarecendo a questão da competência dos órgãos públicos a partir do princípio da legalidade, dispõe Marçal Justen Filho:

“o princípio da legalidade aplica-se à criação dos órgãos estatais. A lei que disciplina o órgão institui uma estrutura organizacional determinada, fixa competências, impõe limites à prevalência de concepções individuais das pessoas físicas”.<sup>27</sup>

Parece-nos sustentável, no entanto, que a AIR não seja considerada, em si, uma nova competência ou atribuição imposta aos órgãos e entidades da Administração Pública federal, situação que requereria lei. Conforme se observa da prática do direito comparado, a AIR é, antes de tudo, um instrumento para que órgãos e entidades possam melhor desempenhar as

---

<sup>26</sup> OCDE. *Relatório sobre a reforma regulatória – Brasil: Fortalecendo a Governança para o crescimento*, p. 342.

<sup>27</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 95.

competências que já possuem e, assim, concretizarem os princípios constitucionais da eficiência e economicidade.

A prevalecer essa concepção da AIR, não como uma nova atribuição, mas como um detalhamento ou procedimento instrumental e acessório ao desempenho de competências já legalmente estabelecidas (auxílio ao processo de tomada de decisões), poder-se-á igualmente dispensar a necessidade de lei para sua edição, vislumbrando-se a possibilidade de sua imposição por decreto.

Mesmo no que tange à instituição de uma possível sanção ao órgão ou entidade que deixe de executar uma AIR quando exigível pelo ordenamento jurídico, se for o caso, seria possível sustentar a desnecessidade de lei em sentido estrito, ainda que com menor grau de certeza quanto à sua constitucionalidade. A esse respeito, comenta Fábio Medina Osório, após mencionar os princípios da tipicidade e da legalidade aplicados à Administração:

“esta limitação sofrerá cortes importantes no campo das relações de especial sujeição, marcadamente nas sujeições especialíssimas, onde as delegações são encaradas com naturalidade e dentro de uma funcionalidade pertinente às peculiaridades dessas relações. Se uma relação estritamente especial permite, com razoabilidade, ao infrator o conhecimento das proibições, na velocidade exigível do Estado, não se pode pretender o engessamento dessas relações, a partir do transplante inadequado e imprudente dos princípios penalísticos”.<sup>28</sup>

Em se considerando que os servidores públicos estão em situação de especial sujeição face à Administração Pública<sup>29</sup>, poder-se-ia argumentar, com plausibilidade, a constitucionalidade de eventual decreto que estatua penalidade ao servidor que deixar de efetuar a AIR quando devida.

---

<sup>28</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: RT, 2005, p. 262.

<sup>29</sup> Sobre as relações de especial sujeição, ver BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.783 a 787.

De todo modo, para que não seja necessário o enfrentamento dessa controvérsia, o projeto de norma sugerido no anexo a este trabalho não cria novos ilícitos nem novas sanções de caráter administrativo ou disciplinar aos servidores encarregados de realizar a AIR, limitando-se a fazer remissão a infrações já atualmente previstas no ordenamento jurídico, dentre as quais merece destaque a Lei 8.112/90 e, eventualmente, a lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), nas hipóteses, por exemplo, de restar caracterizada negligência grave ou má-fé.<sup>30</sup> A norma proposta efetua apenas uma remissão genérica à legislação de responsabilidade civil e administrativa (disciplinar) que já está em vigor.

Por fim, cumpre lembrar que os artigos 84, II, e 87, parágrafo único, da Constituição Federal determinam competir ao Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado, o exercício da direção superior da Administração Federal, o que lhe permite traçar diretrizes gerais para melhor densificação dos princípios constitucionais por parte dos órgãos e entidades administrativos.<sup>31</sup> Veja-se que, no modelo proposto, não há criação de órgão supervisor da AIR com poderes revisionais sobre a atividade que venha a ser desenvolvida no âmbito das autoridades administrativas independentes, de modo que se pode invocar a supervisão, em uma linha finalística de instituição da política pública de implementação da AIR, para se sustentar que tal previsão, por decreto presidencial, não fere a autonomia das agências reguladoras.

---

<sup>30</sup> Lei 8.429/92. “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...) II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”.

<sup>31</sup> Constituição Federal. “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; (...)”. “Art. 87. (...) Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República”; (...).

A principal vantagem da adoção da AIR por meio de Decreto do Presidente da República reside nos baixos custos relacionados à sua implementação, especialmente no que tange ao tempo exigido para a tramitação do processo legislativo. É preciso lembrar que a AIR será instituída como uma ferramenta instrumental de formulação de política pública a ser aplicada por toda a Administração; portanto, em grande parte, pela Administração direta, até mesmo para elaboração de projetos de lei pelo Poder Executivo. Nessas situações mostra-se reduzida a discussão quanto à possibilidade de edição de decreto – já que, na Administração direta, vigora o princípio da subordinação dos órgãos aos Ministros e ao Presidente – a menos que se decida pela criação de órgão supervisor ou de novos cargos, hipóteses em que, como visto, a Constituição Federal exige lei.

Quanto às desvantagens do manejo do decreto, parece-nos relevante mencionar (i) que as autoridades administrativas autônomas poderão ser reticentes a reconhecer a sua vinculação a uma determinação cogente de realizar AIR imposta através de decreto do Presidente da República, sustentando que suas competências e deveres decorrem direta e expressamente das leis que as instituíram; e (ii) a alegação de que a Presidência da República estaria criando novas competências e atribuições, inclusive com possível aumento de custos, a entidades autônomas da Administração, ou, ainda, obrigando-lhes à adoção de um determinado procedimento para tomada de decisões, em restrição à sua autonomia reforçada.<sup>32</sup>

Como forma de se buscar mitigar as críticas acima citadas, a Casa Civil poderia colocar o projeto de Decreto em consulta pública e colher

---

<sup>32</sup> Como anteriormente explanado, a este argumento pode ser contraposto que, em realidade, a AIR seria apenas um instrumento de implementação de determinações que decorrem diretamente da Constituição Federal e da legislação em vigor, como preservação de eficiência e economicidade, não se tratando, propriamente, da criação de novas atribuições à Administração Pública federal. A elevação dos custos também dependeria de prova, já que a AIR deve, em princípio, ser parte “natural” do processo de tomada de decisão no interior das autoridades reguladoras.

manifestações da sociedade como um todo, inclusive das agências reguladoras e demais autarquias federais sobre a forma de implantação da AIR, como meio de buscar reduzir o dissenso. Com essa mesma finalidade poderiam ser realizadas audiências públicas e seminários com os principais dirigentes dos órgãos e entidades federais diretamente afetados pela instituição da AIR, para discussão do projeto de Decreto e das finalidades atreladas a sua adoção.

Essa sugestão busca reduzir o risco de questionamento quanto à legitimidade do decreto que venha a ser adotado, e pode propiciar um debate profícuo com as agências reguladoras. No entanto, não poderão ser de todo logo imediatamente afastados os riscos de alegação de que o decreto cria novas atribuições a entidades personalizadas da Administração Pública, em violação ao princípio da legalidade estrita (art. 37, *caput*, CF/88).

#### **1.4 Implantação da AIR por lei**

A edição de uma lei em sentido estrito para a introdução da AIR no âmbito da Administração Pública Federal se apresenta a forma com menor risco de levantar questionamentos; todavia, dada a complexidade do manejo do processo legislativo, poder-se-á frustrar o objetivo de sua implantação em curto lapso temporal.

De fato, ainda que ultrapassada a questão acima discutida quanto à criação de órgão administrativo, e se decida não introduzir novos cargos na Administração federal, no Brasil ainda será exigível a promulgação de lei ordinária na hipótese de se entender que a exigência de realização de AIR implica criação de novas atribuições no âmbito da Administração Pública.

Com efeito, se a introdução de AIR for interpretada como uma nova competência ou atribuição que está sendo outorgada a órgãos e entidades administrativos, será necessária lei em sentido estrito, já que toda competência administrativa apresenta-se necessariamente vinculada à lei ou à Constituição Federal, isto é, não se pode instituir nova competência por decreto ou ato

administrativo, sob pena de ofender-se o princípio da legalidade aplicado à Administração (art. 37, *caput*, Constituição Federal).<sup>33</sup> Especialmente as autoridades administrativas independentes poderão ser reticentes a cumprir um decreto presidencial que possa ser considerado restritivo do seu poder de autodeterminação.

Adicionalmente, em favor da opção pela promulgação de lei em sentido estrito, tem-se que, se a norma a ser criada instituir algum ilícito de natureza administrativa ou disciplinar, como, por hipótese, a apenação do administrador que não realize AIR quando o ordenamento jurídico a exija, a introdução dessa pena por meio de lei ordinária reduzirá o risco de eventual impugnação futura, pois terá sido respeitado o princípio da legalidade estrita na criação de infrações e sanções aos administrados, por analogia ao princípio da reserva legal na instituição de crimes e penas.<sup>34</sup>

Caso a opção final escolhida venha a ser pela edição de lei em sentido estrito, o correspondente projeto de lei será de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, por se tratar de matéria afeta à organização e funcionamento do Poder Executivo, nos termos do art. 61, §1º, “e”, da Constituição Federal.

A nosso ver, nessa hipótese, a AIR poderá ser implementada no ordenamento jurídico brasileiro mediante a aprovação de lei específica que reja a matéria, ou, ainda, por meio de alteração da Lei de Processo Administrativo Federal. Essa última foi a solução adotada, por exemplo, no México, em que a introdução de AIR deu-se por meio de alteração à *Ley Federal de*

---

<sup>33</sup> Este ponto será mais detalhado adiante neste documento.

<sup>34</sup> Constituição Federal. “Art. 5º. XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” Há, no entanto, argumentos para se sustentar a possibilidade do tratamento dessa matéria por decreto, tendo em vista que não se está criando infrações nem situações ensejadoras de sanção aos particulares, mas tão-somente aos próprios servidores e agentes políticos da Administração, os quais se encontram em relação de sujeição especial com o poder público, pelo menos para a parcela da doutrina administrativista que defende a compatibilidade do instituto da “relação de especial sujeição” com o direito brasileiro.

*Procedimiento Administrativo*.<sup>35</sup> No mesmo sentido, na Espanha a AIR foi implementada através de lei de repercussão geral para a Administração, a Lei 50/1997, denominada *Ley del Gobierno*.<sup>36</sup> Na Itália, a AIR também foi introduzida por lei, cujo objeto consistia na reforma dos procedimentos administrativos, a denominada *Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione 1998 - Lei nº 50/99*. A adoção da AIR no âmbito da Administração Pública Italiana está

---

<sup>35</sup> México. Ley Federal de Procedimiento Administrativo, de 04.08.1994, conforme alterada. Disponível em <<http://www.cofemer.gob.mx/documentos/marcojuridico/LEYES/lfpa.pdf>>. Acesso em 24.04.2010.

<sup>36</sup> A previsão da AIR encontra-se nos art. 22 e 24 da aludida lei, que versam respectivamente sobre projetos de leis e atos decorrentes do poder regulamentar do Executivo. “Artigo 22. Da iniciativa legislativa do Governo: 2. O procedimento de elaboração de projetos de lei a que se refere a seção anterior iniciar-se-á no Ministério ou Ministérios competentes, mediante a elaboração do respectivo anteprojeto, que deverá estar acompanhado pela memória, estudos e relatórios sobre a necessidade e oportunidade do mesmo, um relatório sobre o impacto em razão de gênero das medidas que estabeleça, assim como por uma memória econômica que contenha a estimativa do custo a que dará lugar. Em todo caso, os anteprojetos de lei deverão ser informados a Secretaria Geral Técnica. 3. O chefe do Departamento proponente enviará o anteprojeto ao Conselho de Ministros, a fim de que este decida sobre os últimos trâmites e, em particular, sobre as consultas, pareceres e relatórios que forem convenientes, e sobre as condições da sua execução, sem prejuízo dos que forem legalmente exigidos. 4. Uma vez concluído o procedimento previsto na seção anterior, o chefe do Departamento proponente submeterá o projeto proposto, mais uma vez, ao Conselho de Ministros, para aprovação como projeto de lei e seu encaminhamento à Câmara dos Deputados, ou, se for o caso, o Senado, acompanhado de uma exposição de motivos e o relatório e outros elementos necessários para decidir.”

“Artigo 24. Do processo de elaboração dos regulamentos: A elaboração dos regulamentos se ajustará ao seguinte procedimento: (a) O início do procedimento de elaboração de um regulamento será conduzido pelo centro diretivo competente, mediante a elaboração do correspondente projeto, que será acompanhado por um relatório sobre a sua necessidade e oportunidade, assim como por uma memória econômica que contenha a estimativa do custo a que dará ensejo. (b) Durante o processo de elaboração deverão ser solicitados, além dos relatórios, ditames e aprovações prévias preceptivos, quantos estudos e consultas se considerem convenientes para garantir o acerto e a legalidade do texto. Em qualquer caso, os regulamentos devem ser acompanhados de um relatório sobre o impacto de gênero das medidas nele previstas. (c) Uma vez elaborado um texto de disposição [normativa] que afete os direitos e interesses legítimos dos cidadãos, esse será objeto de audiência, por um período razoável de tempo não inferior a quinze dias úteis, diretamente ou através de organizações e associações reconhecidas pela lei que os agrupem e representem, e cujos fins sejam diretamente relacionados ao objeto da prestação. A decisão sobre o procedimento escolhido para realizar audiência com os cidadãos afetados pela medida será devidamente fundamentada pelo órgão responsável pela abertura da audiência. Além disso, quando a natureza da norma aconselhar, será objeto de informação ao público durante o período indicado.”

disciplinada no art. 5º, que prevê a *Analisi dell'impatto della regolamentazione*.<sup>37</sup>

## 1.5 Possibilidade de edição de medida provisória

Em situações de urgência e relevância, a Constituição Federal autoriza o Presidente da República a editar medidas provisórias, com força material de lei:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

No que tange à possibilidade de se implementar a AIR por meio de medida provisória, apesar da relevância do tema, tememos que, por ausência do critério “urgência”, possa ser levantado um argumento de inconstitucionalidade. É relevante, nesse sentido, esclarecer que o Supremo Tribunal Federal, em alguns casos excepcionais, já decidiu ser competente para controlar a presença ou não do critério constitucional de “urgência” nas medidas provisórias editadas pelo Presidente da República,<sup>38</sup> embora,

---

<sup>37</sup> “Art. 5-1. Por meio de decreto do Presidente do Conselho de Ministros são definidos, dentro de sessenta dias da data de entrada em vigor da presente lei e a título experimental, tempo e modalidade de efetuação das análises de impacto da regulamentação (AIR) sobre a organização das administrações públicas e sobre as atividades dos cidadãos e das empresas em relação aos padrões de atos normativos adotados pelo Governo ou de regulamentações ministeriais ou interministeriais. 2. As Comissões Parlamentares competentes podem requerer uma relação que contenha a AIR por padrões de atos normativos e projetos de lei para seu exame, a fim de desenvolver a instrução legislativa.”

<sup>38</sup> Veja-se, a título ilustrativo, a decisão proferida na medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade 4049, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, com a seguinte ementa: “CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 402, DE 23 DE NOVEMBRO DE 2007, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.656, DE 16 DE ABRIL DE 2008. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS DA IMPREVISIBILIDADE E DA URGÊNCIA (§ 3º DO ART. 167 DA CF), CONCOMITANTEMENTE. (...) 2. Medida provisória que abre crédito extraordinário não se exaure no ato de sua primeira aplicação. Ela somente se exaure ao final do exercício financeiro para o qual foi aberto o crédito extraordinário nela referido. Hipótese em que a abertura do crédito se deu nos últimos quatro meses do exercício, projetando-se, nos limites de seus saldos, para o orçamento do exercício financeiro subsequente (§ 2º do art. 167 da CF). 3. A conversão em lei da medida provisória que abre crédito extraordinário não prejudica a análise deste Supremo Tribunal Federal quanto aos vícios apontados na ação direta de inconstitucionalidade. 4. A abertura de crédito extraordinário para pagamento de despesas de simples custeio e investimentos triviais,

geralmente, entenda que a matéria está compreendida na discricionariedade da Administração.<sup>39</sup>

Assim, caso a opção política seja pela introdução de temas que, de acordo com a Constituição Federal, exigem lei em sentido estrito (como a criação de órgãos e cargos públicos), desaconselhamos o manejo do instituto da medida provisória para introdução da AIR no direito brasileiro, pela exposição ao risco de questionamento quanto à constitucionalidade.

## **1.6 Possibilidade de edição de decreto presidencial**

Por todo o já acima exposto, desde que não se pretenda criar um órgão específico dedicado à AIR nem novos cargos para a sua efetivação, parece-nos ser possível a instituição de AIR por meio de decreto do Presidente da República.

Em nosso entender, há fundadas razões para se defender que a AIR não inaugura novas competências ou deveres à Administração Pública e não afeta as esferas de liberdade e propriedade dos cidadãos e pessoas jurídicas

---

que evidentemente não se caracterizam pela imprevisibilidade e urgência, viola o § 3º do art. 167 da Constituição Federal. Violação que alcança o inciso V do mesmo artigo, na medida em que o ato normativo adversado vem a categorizar como de natureza extraordinária crédito que, em verdade, não passa de especial, ou suplementar. 5. Medida cautelar deferida.” (ADI 4049 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2008, DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009 EMENT VOL-02359-02 PP-00187)

<sup>39</sup> “2. Esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente”. (ADI 2527 MC, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 16/08/2007, DJ 23-11-2007). AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MEDIDA PROVISÓRIA. REQUISITOS DA URGÊNCIA E RELEVÂNCIA. O entendimento desta Corte é no sentido de que o exame dos requisitos da urgência e relevância somente pode ser submetido ao Judiciário quando se configurar abuso da discricionariedade pelo chefe do Poder Executivo. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AI 489108 AgR, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 02/05/2006, DJ 26-05-2006)

externas à própria estrutura burocrática federal, de modo que, também sob esse prisma, não seria exigida lei em sentido estrito para implantação da AIR.

A principal vantagem da adoção da AIR por decreto reside na maior celeridade com que poderá ser introduzida na esfera federal, sem a necessidade de se aguardar o tempo necessário à tramitação do processo legislativo.

A possível desvantagem poderá estar em eventual descontentamento por parte das agências reguladoras independentes, já que essas têm suas atribuições decorrentes diretamente das leis que as instituem, possuem uma autonomia reforçada face à Administração direta e, eventualmente, poderiam alegar a sua não submissão ao Decreto, sob o argumento de que esse restringiria a sua esfera de autonomia.<sup>40</sup>

A nosso ver, uma eventual alegação nesse sentido não mereceria prosperar, pois (i) do fato de as competências das agências reguladoras exararem da lei não se segue que essas possam desconsiderar o arcabouço normativo expedido por decreto presidencial, no uso do seu legítimo poder regulamentar (art. 84, IV, CF/88), que deverá, logicamente, respeitar os espaços atribuídos por lei como sendo de competência exclusiva das autoridades reguladoras; (ii) como se discutirá adiante, a AIR constitui um instrumento para melhor atendimento das funções que essas autoridades já possuem, em elogio às exigências constitucionais de eficiência, economicidade, proporcionalidade e razoabilidade da Administração no manejo de suas competências;<sup>41</sup> (iii) o sistema jurídico vigente admite, em algumas

---

<sup>40</sup> Ver, a respeito da autonomia reforçada das agências reguladoras, ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

<sup>41</sup> Com efeito, a doutrina contemporânea expõe que, para além do dever de observância da legalidade, a Administração Pública está sujeita ao princípio da juridicidade, que determina o respeito a todo o ordenamento jurídico e, em especial, à Constituição Federal. “O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um ‘princípio da legalidade’, se tomado em sentido amplo, ou seja, não se restringindo à mera submissão à Lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 87.

hipóteses, que, mesmo no caso das agências reguladoras, procedimentos administrativos no seu interior possam ser objeto de decreto, tanto que algumas delas têm seus regimentos internos aprovados por atos da Administração direta; e (iv) a Constituição Federal confere poder de supervisão, na formulação das políticas públicas, ao Presidente da República (art. 84, II, Constituição Federal) e aos Ministros de Estado (art. 87, parágrafo único, I, Constituição Federal).

De todo modo, como forma de se privilegiar o diálogo, recomenda-se que, na hipótese de se decidir pela adoção de decreto do Presidente da República para a introdução da AIR no ordenamento jurídico federal, a sua minuta seja submetida a um processo prévio de consulta pública, a fim de que a sociedade e, inclusive, as agências reguladoras, possam sobre ele se manifestar.

Por fim, não se pode esquecer de que a implementação exitosa da AIR depende de que essa seja adotada por toda a Administração Pública federal, e não apenas pelas entidades administrativas independentes.

### **1.7 Possibilidade de implementação da AIR por norma interna a cada órgão ou entidade**

Uma última solução vislumbrada consistiria em que se deixasse a cargo de cada entidade da Administração Indireta o estabelecimento das regras e procedimentos de realização da AIR sobre as matérias de sua competência. Esta solução depende, preliminarmente, de serem superadas as questões acima colocadas quanto à criação de órgãos, cargos e competências, matérias que, como visto, exigem lei em sentido estrito.

A vantagem da adoção desse modelo de edição de norma interna por cada órgão ou entidade reside em que possivelmente deflagraria menos contestação por parte das entidades da Administração Indireta, em especial, das agências reguladoras.

No que tange às desvantagens, além de eventuais alegações de violação do princípio da legalidade (sob a alegação de criar novas competências e atribuições para a Administração Pública, discussão essa que já buscamos acima superar, quando analisamos a possibilidade de edição de decretos), essa opção poderá vir a se mostrar ineficaz, ante a ausência de coercibilidade. Sem um instrumento normativo exógeno que imponha às entidades da Administração Indireta uma obrigação de realizar AIR, ou ao menos delas exija a edição de atos internos para esse fim sob pena de sanção, a AIR poderia vir a se tornar letra morta, já que ficaria a cargo de cada ente adotá-la ou não.

Além disso, pode-se experimentar um aumento nos custos da sua implantação, pois será necessário trabalhar a matéria internamente em cada ente administrativo, promovendo a elaboração das normas necessárias à instauração da AIR.

Ademais, no que tange à sociedade, a ausência de generalidade – e, portanto, uniformidade das normas disciplinadoras do processo de AIR – tende a aumentar o custo de informação e do processo de aprendizagem no que tange a esse instituto, já que poderá haver tantas normas de AIR quantas forem as entidades personalizadas da Administração Indireta.

Por fim, é preciso mencionar ainda que essa possibilidade também contraria as diretrizes da OCDE para implantação de AIR, segundo as quais “a AIR precisa ser apoiada por um instrumento legislativo que o torne compulsório para órgãos e entidades integrantes da administração pública”.<sup>42</sup> Deixar livre a cada entidade deliberar sobre o momento e a forma de adotá-la poderá, na prática, postergar indefinidamente a sua adoção.

---

<sup>42</sup> OCDE. *Relatório sobre a reforma regulatória – Brasil: Fortalecendo a Governança para o crescimento*, p. 63.

Por todas as razões acima, desaconselhamos que se deixe livremente a cargo de cada entidade da Administração Pública Federal a instituição das normas de AIR internamente, sem prejuízo de que possam, nos termos sugeridos na minuta de ato normativo anexa a este relatório, produzir normas suplementares para detalhamento do processo de AIR às suas peculiaridades.

## **1.8 Conclusão parcial**

À luz do acima exposto, deverá a Presidência da República realizar uma análise, em termos do grau de segurança jurídica e tempo a ser despendido para a implantação de AIR, para decidir se a implantará por lei ordinária, medida provisória, ou, ainda, decreto do Presidente da República.

Caso se decida pela criação do órgão supervisor de AIR, com novos cargos, será necessária a edição de lei, por força dos arts. 48, X e XI; 61, §1º, “e”; e 84, VI, da Constituição Federal.

Na ausência dessas previsões, será sustentável a suficiência da edição de decreto presidencial para instituição da AIR, já que essa é um processo interno à própria Administração Federal, que não interfere na esfera jurídica de terceiros, i.e., não introduz deveres exógenos à própria Administração, nem ofenderia a autonomia das agências reguladoras, a quem, pelo modelo que propomos, caberá realizar a AIR relativa às matérias de sua competência, sem ficarem submetidas a processo revisional.

A implantação por ato normativo interno de cada órgão ou entidade é desaconselhada, pela ausência de força cogente externa, por aumentar os custos de implantação da AIR e por criar a possibilidade de procedimentos díspares no âmbito da Administração Pública Federal, dificultando o acesso do público a informações precisas sobre a realização da AIR. Isso não impede que as entidades que o desejarem possam elaborar normas suplementares, de complementação e adaptação da norma geral às suas peculiaridades.

Por se tratar de um tema de natureza administrativo-processual, caso se decida pela edição de uma lei ordinária, a AIR poderia ser implantada por meio de alteração à Lei 9.784/99, a Lei de Processo Administrativo Federal. Ou seja, caso se opte pela edição de uma lei ordinária, será possível, em tese, a elaboração de uma lei mais concisa, que apenas insira o Processo de AIR, de forma cogente, no ordenamento jurídico brasileiro, deixando para o decreto presidencial, ou para as resoluções de Diretoria Colegiada das agências reguladoras, a regulamentação do procedimento.

No entanto, dada a extensão da norma proposta neste trabalho, possivelmente a sua edição, de forma autônoma, tornará o seu manejo e interpretação mais fáceis do que a introdução de todos os dispositivos normativos sugeridos na já extensa Lei 9.784/99. Outra possibilidade é que a lei apenas determine, de forma genérica, o dever de realizar AIR (o que, nesse caso, poderia ser realizado mediante a introdução de alguns poucos dispositivos à Lei 9.784/99), atribuindo ao Chefe do Poder Executivo, no uso do seu poder regulamentar, a densificação do comando legal.

Em razão da relevância do tema tratado, recomenda-se que, na hipótese de vir a ser adotado por meio de ato do Poder Executivo, o projeto de ato normativo anexo seja submetido a amplo processo de consulta pública previamente à sua edição.

## **Parte II – Questões relacionadas ao conteúdo do diploma instituidor da AIR**

Nesta parte do trabalho apresentamos as justificativas para os artigos introduzidos na minuta de ato normativo de edição de AIR que propomos no Anexo a este relatório. Com pequenas alterações, o modelo sugerido poderá ser facilmente adaptável, seja a um projeto de lei, seja a uma minuta de decreto.<sup>43</sup>

O objetivo da norma anexa é, em conformidade com o Termo de Referência 001/2010, apresentar proposta de ato normativo para implantação da Análise de Impacto Regulatório (“AIR”) como instrumento de apoio à melhoria da qualidade de regulação. De acordo com as instruções recebidas, referida proposta de norma deverá conter: definição de AIR; quem deve elaborar a AIR; situações que necessariamente exigirão a realização de AIR; metodologia de análise a ser aplicada; momento e prazos para implementação da AIR; detalhamento do procedimento de consulta e/ou audiências públicas a ser aplicado no curso da AIR; quem analisará o resultado da AIR; situações de dispensa de AIR; publicidade a ser conferida aos resultados da AIR efetuada.

Em razão do conteúdo requerido, a norma apresenta razoável extensão, sendo composta de vinte e nove artigos, subdivididos em parágrafos, incisos e alíneas. A norma encontra-se dividida em capítulos, estando assim estruturada:

Capítulo I – Da Análise de Impacto Regulatório

Capítulo II – Do Processo de AIR

Capítulo III – Da competência para instaurar o Processo de AIR

Capítulo IV – Da Consulta Pública

Capítulo V – Da Conclusão do Processo e do Relatório Final de AIR

---

<sup>43</sup> Esclarecemos que, neste capítulo, utilizamos letras maiúsculas toda vez que um termo definido na minuta de norma apresentada no Anexo é mencionado, a fim de propiciar a identidade imediata do termo utilizado neste capítulo com o texto normativo proposto.

Capítulo VI – Dos atos que não se sujeitam à AIR

Capítulo VII – Da nulidade

Capítulo VIII – Do Processo de AIR para Revisão da Regulação em Vigor

Capítulo IX – Das Disposições Finais e Transitórias

A partir de todo o acima exposto, o projeto de norma que se segue reflete as considerações a seguir expostas.

## 2.1 Definição de AIR

A definição legal de AIR contemplada no projeto de norma que se segue inspira-se no modelo europeu, em que se observa uma concepção mais abrangente de AIR, incluindo não apenas uma análise econômica (de custo-benefício ou custo-efetividade), mas também envolvendo questões relacionadas ao meio ambiente e às condições sociais.<sup>44</sup>

Para a elaboração da definição legal, foram tomados em consideração os seguintes conceitos colhidos na doutrina e em estudos da Comissão Europeia e da OCDE:

“A AIR é uma ferramenta regulatória que examina e avalia os prováveis benefícios, custos e efeitos das regulações novas ou alteradas. Ela oferece aos tomadores de decisão dados empíricos valiosos e uma estrutura abrangente na qual eles podem avaliar suas opções e as conseqüências que suas decisões podem ter.

---

<sup>44</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Impact Assessment Guidelines*. Disponível em <[http://ec.europa.eu/governance/impact/consultation/ia\\_consultation\\_en.htm](http://ec.europa.eu/governance/impact/consultation/ia_consultation_en.htm)>. Acesso em abril de 2010. Sugerindo a adoção dessa análise mais ampla pelo Brasil, tendo em vista as grandes necessidades do país em termos de desigualdades sociais e índices de pobreza, ver Alketa Peci: “Uma diferença potencial e desejável na aplicação da AIR no contexto de países que busquem promover o desenvolvimento sustentável é o uso do instrumento para além da promoção da eficiência dos mercados – tal como advoga a OCDE. De fato, a redução dos níveis de pobreza deve ser um dos objetivos principais. A regulação desempenha um papel importante na distribuição dos benefícios advindos da maior eficiência dos mercados de acordo com as preferências sociais da sociedade”. Peci, Alketa. *Desenho de uma Estratégia de Implantação e Institucionalização da Análise do Impacto Regulatório*, 2009, mimeo, pp. 11/12.

“Um escasso entendimento dos problemas em questão ou dos efeitos indiretos da ação governamental pode debilitar os incentivos regulatórios e resultar em falha regulatória. A AIR é utilizada para definir problemas e garantir que a ação governamental seja justificada e apropriada.”<sup>45</sup>

“Análise de impacto é um conjunto de etapas lógicas para auxiliá-lo a preparar propostas de políticas. É um processo que prepara provas para os tomadores de decisões políticas acerca das vantagens e desvantagens de possíveis opções políticas por meio da análise dos seus impactos potenciais. Os resultados deste processo são sumarizados e apresentados no Relatório de AI.”<sup>46</sup>

“Análise de impacto é uma ferramenta chave para assegurar que as iniciativas da Comissão e a legislação da União Europeia sejam preparadas em bases de provas transparentes, compreensíveis e balanceadas.”<sup>47</sup>

“[Análise de impacto regulatório] pode ser uma ferramenta eficaz para a elaboração de política pública moderna e baseada em provas. Ela propicia um arcabouço estruturado para informar [o processo] de consideração da gama de opções disponíveis para se lidar com problemas de política [pública] e as vantagens e desvantagens associadas a cada uma.”<sup>48</sup>

“A Análise de Impacto Regulatório (AIR) é uma ferramenta fundamental para auxiliar os governos na análise dos impactos da regulação. A AIR é utilizada para examinar e mensurar os prováveis benefícios, custos e efeitos da regulação nova ou existente.”<sup>49</sup>

“Processo de gestão regulatória por resultados, orientado pelos princípios da transparência, tecnicidade e legitimidade. A AIR contribui para o funcionamento interno das organizações públicas

---

<sup>45</sup> OCDE. *Relatório sobre a reforma regulatória – Brasil: Fortalecendo a Governança para o crescimento*. Disponível em < <http://www.seae.fazenda.gov.br/destaque/brasil-fortalecendo-a-governanca-para-o-crescimento-final.pdf/view?searchterm=> >. Acesso em 30.03.2010, p. 62.

<sup>46</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Impact Assessment Guidelines*. Disponível em <[http://ec.europa.eu/governance/impact/consultation/ia\\_consultation\\_en.htm](http://ec.europa.eu/governance/impact/consultation/ia_consultation_en.htm)>. Acesso em abril de 2010, p. 4.

<sup>47</sup> *Idem*.

<sup>48</sup> MANDELKEN GROUP. *Mandelkern Group on Better Regulation Final Report*. União Europeia, 2001, p. 19. Disponível em <[http://ec.europa.eu/governance/better\\_regulation/documents/mandelkern\\_report.pdf](http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf)>. Acesso em 05.04.2010.

<sup>49</sup> OCDE. *Building an institutional framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for policymakers*. Paris: OCDE, 2008, p. 7.

ao passo em que melhora a governança e fortalece a democracia.”<sup>50</sup>

“AIR consiste na análise e avaliação dos possíveis benefícios, custos e impactos de regulamentações novas ou já existentes.”<sup>51</sup>

“A Análise de Impacto Regulatório (AIR) é uma avaliação ex ante dos custos e benefícios de novas propostas de regulamentação. Pode ser aplicada a regulamentações já existentes. Nesse sentido, a AIR é um instrumento de apoio ao processo de tomada de decisão.”<sup>52</sup>

A definição legal de um instituto jurídico de direito administrativo deve ligar-se diretamente à finalidade de atendimento a interesses públicos, tendo em vista que competências são atribuídas a autoridades administrativas para que se cumpram objetivos socialmente relevantes. Portanto, uma definição normativa deve se preocupar em refletir as principais características do instituto e apontar as finalidades que justificam a sua criação.

Conforme esclarece a OCDE, “um sistema de AIR que funcione adequadamente pode colaborar na promoção de coerência política, tornando mais transparentes os *tradeoffs* inerentes a propostas regulatórias, identificando quem mais provavelmente se beneficiará da distribuição dos impactos da regulação, e como a redução de risco em uma área pode criar riscos para outra área de política governamental. A AIR melhora o uso de evidências na elaboração de políticas [públicas] e reduz a incidência de falhas regulatórias decorrentes da opção por regular, quando não for o caso de fazê-lo, ou de deixar de regular, quando houver clara necessidade de fazê-lo”.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> PECCI, Alketa. *Desenho de uma Estratégia de Implantação e Institucionalização da Análise do Impacto Regulatório*, 2009, mimeo, p. 10

<sup>51</sup> PECCI, Alketa. *Desenho de uma Estratégia de Implantação e Institucionalização da Análise do Impacto Regulatório*, 2009, mimeo.

<sup>52</sup> SARAVIA, Enrique. “*Versão Definitiva do Relatório de Estudo (parcela 3) do contrato nº 112/2008*” (Processo nº 00040.001021/2008-31), 2009, mimeo, p. 8.

<sup>53</sup> OCDE / REGULATORY POLICY COMMITTEE. *Indicators of regulatory management systems – 2009 Report*. Paris: OCDE, 2009, p. 61.

Dos conceitos acima reproduzidos retiramos (i) o caráter procedimental e instrumental da AIR, traduzido, em termos jurídicos, em um processo administrativo que objetiva auxiliar o administrador público a medir as potenciais conseqüências de uma iniciativa de adoção de determinada lei ou ato normativo, ou, ainda, de uma decisão de repercussão geral; e (ii) a finalidade de análise dos custos, benefícios e conseqüências econômicas, sociais e ambientais associados à nova lei, ato normativo ou decisão<sup>54</sup>, com o objetivo de evitar perdas de bem-estar social e, assim, auxiliar na concretização dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF/88) e dos princípios fundadores da Ordem Constitucional Econômica (art. 170, CF/88).<sup>55-</sup>  
56

No projeto de lei que se segue procuramos incorporar as principais questões trazidas pela doutrina supracitada, definindo AIR nos seguintes termos:

Art. 1º (...)

§1º. Entende-se por Análise de Impacto Regulatório – AIR o processo administrativo descrito no art. 2º, tendo por finalidade uma análise de custos, benefícios e conseqüências para as

---

<sup>54</sup> “Uma boa AIR deveria permitir a criação de soluções políticas [públicas] de modo a minimizar impactos ou ônus desnecessários ou indesejáveis, enquanto maximiza os impactos positivos e, portanto, atinge os objetivos da política de forma efetiva” (MANDELKERN GROUP. *Mandelkern Group on Better Regulation Final Report*, p. 19)

<sup>55</sup> Constituição Federal Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>56</sup> Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira.

Capítulo I – Dos princípios gerais da atividade econômica.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

diferentes esferas da sociedade potencialmente atingidas pela futura adoção de ato normativo ou decisão de repercussão geral, devendo contemplar, sempre que aplicável, considerações de natureza econômica, inclusive concorrenciais e de proteção à empresa brasileira de pequeno porte; de defesa do consumidor ou do usuário do serviço público; de meio ambiente; sociais e orçamentárias.

§ 2º Para os fins do **caput**, entende-se por ato normativo ou decisão de repercussão geral todo ato administrativo que tenha potencialidade de influir sobre direitos ou obrigações de agentes econômicos, consumidores ou usuários de serviço público, ou, ainda, de outros órgãos ou entidades da Administração Pública Federal que não o proponente da norma ou decisão, sendo o impacto potencial mínimo do ato normativo ou decisão estimado, em uma análise preliminar, em não inferior a R\$ 100 milhões, ou capaz de atingir, pelo menos, 1 milhão de pessoas no território nacional.<sup>57</sup>

A utilização do termo “decisão de repercussão geral” tem por finalidade abranger questões regulatórias e de políticas públicas que, apesar da relevância de seu impacto potencial, poderiam não se enquadrar, de forma inquestionável, no conceito de ato normativo. Como se constata nas lições da doutrina, relevante para que seja necessária a realização de AIR é a abrangência do potencial impacto, em termos econômicos, sociais ou ambientais, do ato legislativo ou administrativo que se pretenda praticar.<sup>58</sup>

Assim, a introdução do conceito jurídico indeterminado<sup>59</sup> “decisão de repercussão geral” almeja permitir uma ampliação da definição das hipóteses

---

<sup>57</sup> O valor de R\$ 100 milhões e a quantidade mínima de 1 milhão de pessoas foram sugeridos pela consultoria técnica do PRO-REG.

<sup>58</sup> Este ponto aprofundado adiante, quando comentaremos as situações que necessariamente ensejarão o dever de realizar AIR.

<sup>59</sup> “Conceitos jurídicos indeterminados são termos ou expressões contidos em normas jurídicas que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma. É o que acontece com expressões do tipo ‘ordem pública’, ‘bons costumes’, ‘interesse público’, ‘segurança nacional’ e outras do gênero. Em palavras diversas, referidos conceitos são aqueles cujo âmbito se apresenta em medida apreciável incerto, encerrando apenas uma definição ambígua dos pressupostos a que o legislador conecta certo efeito de direito”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 51.

legais que ensejam a realização de AIR, e conferir algum grau de flexibilidade ao intérprete na adaptação da lei aos casos concretos.

Essa margem de interpretação ou concretização da lei poderá ser mais ou menos ampla a depender da introdução de critérios quantitativos mínimos de impacto – em termos de valor ou de quantidade de pessoas atingidas – a deflagrarem a necessidade de realização mandatória de AIR. A decisão quanto a esses critérios, por fugir ao escopo de uma análise eminentemente jurídica, não foi por nós efetivada, devendo-se esclarecer que os valores de R\$ 1 milhão ou mais de 01 milhão de pessoas afetadas foram sugeridos pela especialista técnica contratada pelo PRO-REG.

Quanto ao âmbito da AIR, o espectro trazido pela definição legal proposta – considerações de natureza econômica, inclusive concorrenciais<sup>60</sup> e de proteção à empresa brasileira de pequeno porte; de defesa do consumidor ou do usuário do serviço público; de meio ambiente; sociais e orçamentárias – abrange valores que, como visto, são expressamente consagrados na Constituição Federal como princípios da Ordem Econômica.

Por fim, observamos que os princípios que inspiram a realização da AIR estão previstos logo no início da norma e auxiliam a completar a previsão legal dos valores que permeiam o instituto da AIR, tais como transparência, eficiência, economicidade, participação, segurança jurídica, proporcionalidade, dentre outros, facilitando a interpretação do corpo da norma.

---

<sup>60</sup> “As políticas que podem se sujeitar à análise concorrencial incluiriam leis, regulamentos e normas que implementam leis ou regulamentos. Nem todas as jurisdições considerariam as leis como potencialmente sujeitas à análise concorrencial. No entanto, vale comentar que a jurisdição com maior êxito em análise concorrencial é também aquela que aplicou a análise concorrencial de forma ampla, inclusive a leis”. A referência é à Austrália. OCDE. *Competition assessment toolkit*. Paris: OCDE, 2007, p. 20. Em matéria de AIR, haverá preocupação concorrencial sempre que a norma ou decisão a ser analisada (i) limite a quantidade ou abrangência dos fornecedores; (ii) limite a potencialidade dos fornecedores em concorrer; ou (iii) reduza o incentivo a que os fornecedores compitam de forma vigorosa. (*ob. cit., passim*).

## 2.2 Quem estaria obrigado a elaborar AIR

A AIR não deve ser restrita ao âmbito das matérias de competência das agências reguladoras, havendo uma preocupação de que o instrumento possa ser aproveitado nas diversas esferas da Administração Pública Federal (órgãos, conselhos interministeriais, entes personalizados).<sup>61</sup>

Por outro lado, a experiência brasileira, ainda relativamente recente, de instituição de agências reguladoras, e o fato de que essas entidades ainda estão em processo de maturação institucional indicam, no momento, no sentido contrário à criação de um órgão supervisor da atividade de AIR que venha a ser por elas desenvolvidas, pois temem a mitigação de sua autonomia orgânica e funcional. Ao contrário, vislumbra-se que “a descentralização política e administrativa é hoje imprescindível” e “a descentralização é hoje um rumo claro na implementação das políticas públicas brasileiras”.<sup>62</sup>

Não se desconhece que a experiência internacional aponta para a implantação de órgãos supervisores da AIR em alguns países, mas se faz relevante considerar que, dado o momento de amadurecimento institucional e busca de fortalecimento das entidades administrativas independentes, não parece contribuir para a implantação célere e eficaz da AIR a subordinação das suas conclusões a uma supervisão por órgão da Administração Direta.<sup>63</sup>

No que tange às AIRs realizadas no âmbito de Ministérios, não há qualquer óbice a que o Presidente da República decida concentrá-las, ou a sua supervisão, em um determinado órgão da Administração direta, desde que

---

<sup>61</sup> PECCI, Alketa. *Desenho de uma Estratégia de Implantação e Institucionalização da Análise do Impacto Regulatório*, 2009, mimeo.

<sup>62</sup> SARAVIA, Enrique. “Versão Definitiva do Relatório de Estudo (parcela 3) do contrato nº 112/2008” (Processo nº 00040.001021/2008-31), 2009, mimeo, p. 45.

<sup>63</sup> Sem prejuízo, como se constatará da proposição normativa apresentada no Anexo, de que o PRO-REG exerça uma função de coordenação, como órgão de fomento à maior participação, no processo, das partes potencialmente afetadas pela norma ou decisão que estiver sendo analisada. No entanto, não terá poderes de supervisão efetiva da AIR nem para aprovar ou rejeitar o Relatório Final de AIR elaborado no âmbito das agências reguladoras.

esse seja criado com observância às considerações tecidas na primeira parte deste trabalho.

Há, de outro lado, uma preocupação com que essa descentralização da condução do Processo de AIR, na ausência de um órgão supervisor, possa levar a uma dispersão do conhecimento e dados produzidos ao longo do tempo, gerando ineficiência e retrabalho.

Para mitigar esse risco, poder-se-ia utilizar mecanismos tecnológicos de baixo custo como, por exemplo, um sítio na Rede Mundial de Computadores, no qual os órgãos e entidades da Administração Federal disponibilizariam os Relatórios Finais de AIR, assim como os estudos produzidos para embasá-los, além da obrigação, já normativamente estatuída na minuta anexa, de que esses documentos sejam disponibilizados no sítio de internet do órgão ou entidade promotora da AIR. Respeitadas as normas de direitos autorais, este sítio também poderia trazer ligações (*links*) para acesso a estudos e pareceres técnicos que tenham sido produzidos sobre o tema por instituições de consultoria, ensino e pesquisa. Além disso, prevê-se que o PRO-REG, ou órgão equivalente, seja notificado da instalação de um Processo de AIR, para que, em o desejando, envie suas contribuições e também solicite manifestações de entidades governamentais e da sociedade civil, a serem encaminhadas ao órgão executor do Processo de AIR.

No que tange ao procedimento em si, a norma anexa estabelece que a sua deflagração seja, na Administração Direta, por ato da lavra do Ministro de Estado correspondente à pasta responsável pela solução do problema que a AIR buscará discutir, podendo a sua execução ser delegada à Secretaria ou Departamento com maior expertise técnica no interior do órgão. No âmbito da Administração indireta, o início do Processo de AIR deve dar-se pela autoridade máxima de cada entidade.

Segue-se, assim, a recomendação da OCDE, segundo a qual a AIR deve contar com o comprometimento das mais altas esferas na hierarquia administrativa.<sup>64</sup> De outro lado, a possibilidade de delegação da execução da AIR, inclusive mediante norma geral, impede a excessiva burocratização do processo.

Adicionalmente, caberá ao Ministro de Estado ou ao Chefe da Casa Civil deliberar sobre o Relatório Final de AIR, de modo que é importante que ele esteja a par da existência do Processo de AIR desde o início. Nas entidades da Administração indireta, essa atribuição será, igualmente, da autoridade máxima.

### **2.3 Situações que necessariamente exigirão a realização de AIR**

A norma proposta exige a realização de AIR previamente à edição de atos normativos e decisões administrativas “de repercussão geral”, isto é, questões cuja relevância, em termos de política pública, possa ser aferida pelo seu potencial impacto em termos de valor, ou pela quantidade de pessoas potencialmente atingidas a partir dessa decisão.

Não se desconhece que o manejo de conceitos jurídicos indeterminados, como o é “decisão de repercussão geral”, pode levar a alguma insegurança jurídica, dada a sua textura aberta.

---

<sup>64</sup> Atribuir a decisão de iniciar um processo de AIR a um despacho do Ministro de Estado, Chefe da Casa Civil ou da autoridade máxima das entidades independentes encontra-se em linha com a diretriz da OCDE segundo a qual, para se assegurar o sucesso da AIR é desejável que essa seja apoiada pelo “nível político mais alto”. Adicionalmente, faz-se relevante que seja apoiada pelas “diferentes instituições responsáveis por elaborar legislações e normas”. Dessa forma, a redação proposta na minuta anexa contempla a previsão de que o Processo de AIR também possa ser deflagrado pelo Diretor ou Presidente de uma autarquia, ou, ainda, pela Diretoria Colegiada das agências reguladoras (em ambos os casos, a autoridade máxima da autoridade administrativa personalizada), o que preserva a autonomia desses entes, nos termos do ordenamento jurídico vigente. OCDE. *Building an institutional framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for policymakers*. Paris: OCDE, 2008, p. 31.

No entanto, em se considerando que a norma proposta inaugura a AIR no ordenamento positivo brasileiro, tratando-se, portanto, de situações sobre as quais ainda não se tem uma vasta experiência acumulada, que permita uma definição mais fechada de todas as situações capazes de justificar a realização de AIR, sugere-se o manejo de um conceito jurídico indeterminado, de modo a conferir alguma maleabilidade na concretização da finalidade da norma.

Assim, parece-nos pouco recomendável, nesse momento inicial de normatização, o estabelecimento de parâmetros rígidos e inflexíveis para se deflagrar a realização de AIR, colocados na lei de forma taxativa. Dificilmente essa rigidez permitiria que a incidência da norma abrangesse as variadas situações enfrentadas pelos diversos órgãos e entidades da Administração Pública. A inclusão de um conceito jurídico indeterminado na norma poderá permitir ao intérprete alguma – porém restrita – flexibilidade na decisão sobre os casos que ensejarão o dever de realizar AIR.

É relevante, nesse aspecto, lembrar que os conceitos jurídicos indeterminados possuem zonas de certeza negativa e positiva, nas quais não haverá espaço para juízo discricionário do administrador.<sup>65</sup> As situações que se enquadram na zona de certeza negativa do conceito de “decisão de repercussão geral” estarão expressamente mencionados na norma, em seção intitulada “Atos que não se sujeitam a AIR”.

Apenas situações limítrofes permitirão algum juízo de valor, sendo que, em caso de dúvida quanto à necessidade de realização da AIR, a norma prevê que o órgão ou entidade interessada na edição da lei, ato normativo ou decisão

---

<sup>65</sup> Como observa Celso Antônio Bandeira de Mello: “É certo que todas as palavras têm um conteúdo mínimo, sem o quê a comunicação humana seria impossível. Por isso, ainda quando recobrem noções elásticas, estão de todo modo circunscrevendo um campo de realidade suscetível de ser apreendido, exatamente porque recortável no universo das possibilidades lógicas, mesmo que em suas franjas permaneça alguma imprecisão. Em suma: haverá sempre, como disse Fernando Sainz Moreno, uma ‘zona de certeza positiva’, ao lado da ‘zona de certeza negativa’, em relação aos conceitos imprecisos, por mais fluidos que sejam, isto é: o de certeza positiva (o que é seguro que é) e o de certeza negativa (o que é seguro que não é)”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 928.

deverá consultar a Casa Civil da Presidência da República, que se pronunciará no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados do recebimento do questionamento (art. 23, parágrafo único).

Como visto, na experiência internacional encontram-se, como exemplos de barreira mínima para deflagrar a obrigatoriedade de AIR, propostas capazes de afetar acima de determinada quantidade de pessoas ou que envolvam a previsão de dispêndio de recursos financeiros acima de determinado valor.<sup>66</sup> A norma proposta trabalha com ambos os critérios.

Adicionalmente, a norma prevê o dever de o Poder Executivo tramitar um Processo de AIR previamente à submissão de projetos de lei ao Congresso Nacional.

#### **2.4 AIR para projetos de lei de iniciativa do Presidente da República**

A literatura mostra que a condução de AIR tende a ser mais efetiva quanto mais cedo ela é realizada em termos de formulação e aplicação de política regulatória.

Assim, a realização de AIR previamente à propositura de um projeto de lei ao Congresso Nacional tende a ser tão ou mais relevante do que a sua implementação no âmbito das autoridades administrativas que, por força da conformação do direito administrativo brasileiro ao princípio da legalidade como vinculação positiva à lei, têm relativamente limitado o seu poder de inovar na ordem jurídica e, portanto, de introduzir novas políticas regulatórias que não estejam previamente delineadas, ao menos em seus contornos fundamentais, em lei em sentido estrito.

---

<sup>66</sup> Conforme OCDE. *Relatório sobre a reforma regulatória – Brasil: Fortalecendo a Governança para o crescimento*, p. 66.

A ressalva não é colocada com o intuito de reduzir a importância da AIR no âmbito dos órgãos e entidades administrativos, mas sim de destacar a sua relevância em matéria de projetos de lei que sejam de iniciativa do chefe do Poder Executivo (art. 61, §1º, CF/88).

Assim, a norma prevê que, *mutatis mutandis*, seja o Poder Executivo obrigado a conduzir AIR antes de apresentar um projeto de lei ao Congresso Nacional. No entanto, parece-nos que, diferentemente do caso dos atos administrativos, em que a condução de AIR foi introduzida como requisito de validade do ato que vier a ser produzido, essa consequência não deva ser introduzida no caso de projeto de lei, pois, uma vez que o projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo adentra o Congresso Nacional, inicia-se um processo legislativo, que é independente do processo administrativo de gestão do projeto de lei enquanto este tramitou no Executivo. A nosso ver, uma eventual falha neste último – como a ausência de realização de AIR – não deveria ser utilizada para fulminar a lei que vier a ser editada pelo Congresso Nacional e promulgada pelo Presidente da República, sob pena de violação indevida do princípio da separação dos poderes. Veja-se que, neste caso, não se estará, por hipótese, diante de uma lei com vício de iniciativa, já que o projeto de lei é de autoria do Poder Executivo, sendo a ausência de elaboração de AIR, por este último, um vício interno à tramitação do projeto de lei ainda dentro do Executivo, que não caberia ao Legislativo fiscalizar.

De todo modo, é preciso considerar que o Presidente da República poderá legitimamente recusar-se a analisar os projetos de lei que sejam gestados no interior de órgãos e entidades da Administração Pública que não tenham sido precedidos de AIR.<sup>67</sup> Nesse sentido, seria oportuna a edição de um decreto que, alterando o Decreto 4.176/02, expressamente exigisse a

---

<sup>67</sup> Pela sistemática adotada no projeto normativo anexo, caberá ao Presidente da República, antes de enviar o projeto de lei ao Congresso Nacional, verificar se o mesmo se fez acompanhar da respectiva análise de impacto regulatório, devendo se recusar a analisar o projeto até que o órgão ou entidade interessada no projeto de lei encaminhe o Relatório Final de AIR. Poderá ser auxiliado, nessa tarefa de acompanhamento da tramitação das sugestões de projeto de lei no âmbito do Poder Executivo, por órgão de supervisão regulatória, se esse vier a ser instituído no âmbito da Administração direta.

apresentação de AIR para os projetos de lei a serem apresentados à Presidência da República e, ainda, delegasse ao órgão proponente do projeto de lei a responsabilidade pela sua elaboração. Essa possibilidade encontra-se em consonância com a proposta de ato normativo anexa, em especial, o §4º do art. 1º.

## 2.5 Itens que devem ser considerados na AIR - metodologia

Do ponto de vista jurídico, sugere-se uma metodologia de AIR eminentemente procedimental e participativa, com foco na adoção de instrumentos de consulta, inclusive com a exigência de duas consultas públicas obrigatórias no curso da AIR, sendo (i) a primeira para discutir as opções disponíveis ao administrador; e (ii) a segunda para colocar as conclusões finais da AIR e a minuta de ato normativo ou decisão de repercussão geral dela decorrentes em debate.

Aponta-se também uma preocupação com o custo da regulação, de modo que o projeto de norma anexo prevê que a autoridade que esteja realizando a AIR deva considerar, dentre as possibilidades à sua disposição no momento em que a AIR é deflagrada, a não edição de nova regulação que imponha novos custos e ônus à iniciativa privada, à própria Administração ou à sociedade genericamente considerada, quando for incerto se os benefícios pretendidos superarão esses custos.<sup>68</sup>

Há, ainda, uma preocupação em não tornar o procedimento de AIR excessivamente complexo, de modo a não engessar a máquina administrativa. De acordo com a Comissão Europeia, a autoridade condutora da AIR deve se preocupar em ser “*SMART – Specific, Mesurable, Achievable, Realistic, Time-*

---

<sup>68</sup> A OCDE informa que “estudos de fontes variadas estimaram o custo da regulação como sendo em torno de 2 a 5% do PIB”. UNIÃO EUROPEIA – MANDELKERN GROUP. *Mandelkern Group on Better Regulation – final report*, 13 de novembro de 2001, p. i.

*dependent*".<sup>69</sup> Os princípios regedores e procedimentos inaugurados no projeto normativo anexo procuram incorporar essas diretrizes.

No que tange aos meios de identificação e mensuração quantitativa e qualitativa dos custos e benefícios, a doutrina aponta a existência de diversos mecanismos em tese possíveis, tais como: análise de custo-benefício, análise de eficiência de custo, análise fiscal ou orçamentária, análise de consequência, análise de custo de conformidade a regras, e teste de impacto de negócios.<sup>70</sup>

Peci sugere em seu trabalho que “uma das primeiras decisões acerca da metodologia de AIR a ser aplicada no Brasil deve especificar um único método, buscando a uniformização da metodologia”.<sup>71</sup> A OCDE igualmente aponta para a relevância de se ter “padrões explícitos e mensuráveis de qualidade regulatória”.<sup>72</sup>

No entanto, é preciso considerar que uma definição precisa sobre o grau de risco aceitável – para fins de se decidir sobre a adoção ou não da lei, ato normativo ou decisão de repercussão geral que esteja sendo analisada – ainda se mostra uma questão pouco normatizada mesmo nos países em que a aplicação da AIR encontra-se mais desenvolvida, possivelmente dada a sua

---

<sup>69</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Impact Assessment Guidelines*, p. 28.

<sup>70</sup> Conforme PEI, Alketa. *Desenho de uma Estratégia de Implantação e Institucionalização da Análise do Impacto Regulatório*, 2009, mimeo, 2009, p. 9. Ver também a análise do Mandelkern Group, que, após comentar a superioridade da metodologia da “Análise Custo-Benefício” (“CBA”), por permitir a comparação objetiva entre vantagens e desvantagens quantificáveis de qualquer número de opções passíveis de implementação, elenca ainda outros métodos “menos rigorosos”, tais como Análise de Custo-Efetividade (“*Cost Effective Analysis*”), Análise do Custo de Observância (“*Compliance Cost Analysis*”); e “técnicas que ‘pesam e pontuam’ os diferentes impactos da política [pública]”, sendo criticadas essas últimas pelo risco de “subjetivismo” (*Mandelkern Group on Better Regulation Final Report*, pp. 20 e 21).

<sup>71</sup> PEI, Alketa. *Desenho de uma Estratégia de Implantação e Institucionalização da Análise do Impacto Regulatório*, 2009, mimeo, p. 58.

<sup>72</sup> *Relatório sobre a reforma regulatória – Brasil: Fortalecendo a Governança para o crescimento*, p. 338.

elevada complexidade.<sup>73</sup> Em sendo assim, poderá ser prematura uma manifestação normativa expressa a esse respeito.

Dessa forma, devido a (i) abrangência de temas potencialmente aptos a serem objeto de análise regulatória em sede federal; (ii) insuficiência, até o momento, de experiências suficientes, em sede nacional, capazes de sustentar a adoção normativa de determinados padrões de mensuração de qualidade regulatória<sup>74</sup>; (iii) o reconhecimento de que nem todos os custos e benefícios são quantificáveis, havendo “*non-monetary goods*” que precisam ser levados em consideração no processo de AIR, para cujo fim existem técnicas específicas;<sup>75</sup> e (iv) fugir ao objeto do presente trabalho, eminentemente jurídico, a definição dos padrões de mensuração quantitativa ou de qualidade regulatória a serem adotados, a minuta de ato normativo anexa não contempla a adoção de padrões de mensuração do impacto regulatório pré-definidos.

---

<sup>73</sup> A dificuldade de se estabelecer critérios objetivos capazes de ensejar o dever de realizar AIR pode ser comprovada com a consideração dos seguintes dados produzidos pela OCDE acerca do estágio de implementação de AIR nos países-membros: “Um guia geral sobre os principais racionais para a regulação foi editado em mais de 70% dos países. Guia de testes econômicos, melhoria da regulação e objetivos sociais existe em mais de 50% dos países membros da OCDE, enquanto um guia sobre o critério de risco aceitável somente está disponível em 25% dos países membros da OCDE”. OCDE/REGULATORY POLICY COMMITTEE. *Indicators of regulatory management systems – 2009 Report*. Paris: OCDE, 2009, p. 56.

<sup>74</sup> Mesmo nos países da OCDE, que já possuem normas obrigando à realização de AIR há mais tempo, a questão dos critérios apresenta-se controversa: “Treze países membros da OCDE relatam possuir um critério claro para aplicar AIR a novas propostas regulatórias. Dentre esses, 11 possuem uma previsão de AIR simplificada, como alternativa à AIR completa, como resultado desses critérios. Os testes e critérios para aplicação de AIR são definidos de formas bastante distintas ao redor dos países. Alguns países, como os Estados Unidos, têm um critério monetário explícito. Se é provável que uma regulação imponha ao menos USD 100 milhões em custos ou benefícios em um ano qualquer, ela é considerada ‘economicamente significativa’ e sujeita a requerimentos formais de AIR. Outros países, como a Austrália, deixam para o órgão de supervisão regulatória decidir se uma determinada regulação deve ser sujeita a AIR, caso ela tenha um impacto direto ou significativo sobre o negócio, ou restrinja a concorrência”. OCDE / REGULATORY POLICY COMMITTEE. *Indicators of regulatory management systems – 2009 Report*. Paris: OCDE, 2009, pp. 63 e 64.

<sup>75</sup> Após comentar a dificuldade de se colocar um preço na vida humana, em uma floresta ou em uma baleia e, assim estimar benefícios e custos para políticas públicas a eles relacionadas, o Grupo Mandelkern, em seu Relatório, observa que, no entanto, “existem técnicas que podem ser empregadas para se analisar esses bens “não comerciáveis”, tais como calcular a disposição das pessoas em ‘pagarem pela baleia’ ou ‘para evitar o risco de morte ou ferimento grave’, ainda que sejam às vezes difíceis e controversos. Outras técnicas trabalham com a observação do comportamento das pessoas – i.e., até onde eles viajarão e a que renunciarão para [poder] visitar a floresta.” (*Mandelken Group on Better Regulation Final Report*, p. 21)

Sem prejuízo da futura normatização desses critérios, a ser efetuada a partir de dados técnicos que venham a se tornar disponíveis com o passar do tempo e a experiência acumulada, poder-se-ia alternativamente considerar a possibilidade de edição de guias de AIR, cartilhas e outros documentos não vinculantes, por parte do PRO-REG e outros órgãos com maior experiência no governo federal, que contivessem orientações sobre os métodos de mensuração de impacto regulatório, de adoção facultativa, porém estimulada, pelos demais órgãos e entidades.

## 2.6 Momento em que deve ser realizada e prazos

A AIR será mais efetiva quanto antes for adotada no processo de formulação de políticas públicas.<sup>76</sup> Assim, o projeto de norma anexo prevê que a AIR seja iniciada tão logo a autoridade administrativa verifique um tema ou problema a ser resolvido, que poderá levar à necessidade de edição de nova lei, norma ou uma tomada de decisão de repercussão geral.<sup>77</sup> Deverá também ser deflagrada sempre que um Ministério ou a Casa Civil pretendam sugerir ao Presidente da República a proposta de um projeto de lei para normatizar matérias com potencial impacto regulatório.

Por outro lado, também a avaliação *a posteriori* do sucesso da política pública implantada através da referida norma ou decisão mostra-se relevante ao processo de melhoria da qualidade regulatória, podendo ser introduzida de forma gradual, conforme cada órgão ou entidade sinta a necessidade de

---

<sup>76</sup> “Uma análise precisa dos custos, riscos e benefícios da ação regulatória no momento adequado pode auxiliar no atingimento de objetivos políticos pré-definidos. Quando a AIR é aplicada de maneira tempestiva, pode-se dar relevância séria às alternativas. Se a AIR é realizada quando as discussões já estão muito avançadas, a AIR pode ser vista como apenas uma ferramenta política para justificar decisões, e poderá lhe faltar um rigor metodológico.” OCDE. *Building an institutional framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for policymakers*. Paris: OCDE, 2008, p. 35.

<sup>77</sup> “A elaboração da AIR deveria, sempre que possível, ser realizada por servidores públicos preocupados [com o tema] e deveria ser iniciada assim que possível no processo de desenvolvimento da política, continuando como uma parte fundamental dessa.” MANDELKERN GROUP. *Mandelkern Group on Better Regulation Final Report*, p. 20.

revisar um tema específico, por haver dúvidas fundadas de que, apesar de ter sido realizada AIR prévia, os resultados positivos esperados não estão sendo alcançados, ou que tais efeitos positivos se mostram inferiores aos custos observados.

Nesse sentido, o projeto apresentado contempla este tema, ao prever que a proposta do texto de norma ou decisão a ser objeto da AIR contenha, sempre que aconselhável, termo final de vigência da norma – a fim de que o instrumento regulatório não gere custos indefinidamente ao longo do tempo, quando houver razoável certeza de que a sua incidência apenas temporária já será suficiente para alcançar a finalidade pretendida – ou, ainda, previsão de AIR periódica que permita avaliar, de tempos em tempos, a relação custo-benefício da adoção da norma ou decisão (de modo a permitir, inclusive, uma proposta de sua revogação, quando se verificar que os custos estão suplantando os benefícios sociais).<sup>78</sup>

Quanto à duração do Processo de AIR em si, o projeto normatiza prazos que, quando somados, na grande maioria dos casos, não deverão ultrapassar 180 dias.

## **2.7 Exame da AIR e *feedback*: responsável pela análise do resultado da AIR**

A proposta de norma anexa estabelece competir à autoridade máxima de cada órgão ou entidade determinar o início do Processo de AIR, assim

---

<sup>78</sup> Sobre a relevância da avaliação *ex post* da regulação, ver *Mandelkern Group on Better Regulation Final Report*, p. 12. A abordagem das “*sunset clauses*” e “*review clauses*” é realizada a partir da página 17. Em relatório realizado para o Departamento de Comércio e Indústria do Reino Unido para desenvolvimento de metodologia de avaliação do impacto da regulação, a consultoria SQW noticia que, naquele país “não há um Guia equivalente [ao da AIR *ex ante*] para avaliação *ex post* dos impactos da regulação, mas, como já notado, a versão mais recente do Guia inclui a exigência de revisão pós-implementação, a fim de estabelecer o quanto a regulação está indo ao encontro dos objetivos da política e se uma ação governamental ainda é necessária”. SQW. *Evaluating the impact of regulation: Developing a methodology*. Londres, 2005, p. 16. Disponível em <<http://www.bis.gov.uk/files/file22009.pdf>>. Acesso em abril de 2010.

como aprovar o Relatório Final ou lhe sugerir modificações. No Relatório Final devem estar descritas as principais etapas percorridas no processo, assim como as conclusões resultantes, a opção de política pública escolhida e sua motivação.<sup>79</sup>

Preservando a autonomia política do ente decisório, a norma proposta prevê que a autoridade que tenha deflagrado o Processo de AIR não está obrigada a adotar todas as recomendações que estiverem no Relatório Final de AIR, mas deve abster-se de tomar medidas que violem flagrantemente as conclusões ali estabelecidas.<sup>80</sup>

O objetivo é, de um lado, preservar o espectro de escolha do administrador, que, por vezes, encontra-se premido por limitações e condicionantes, inclusive de natureza orçamentária, para implementar imediatamente as conclusões do Relatório Final de AIR.

Por outro lado, para que haja efetividade dos resultados da AIR, devem-se estabelecer limites, a fim de que as autoridades não adotem medidas no sentido diametralmente oposto àquele indicado pela AIR. Além disso, a regulação deve ser periodicamente revista. A norma anexa contempla esse dever de revisão periódica da regulação, em conformidade com as recomendações da OCDE.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> A AIR deve ser traduzida em um relatório: “A AIR é um relatório analítico para auxiliar aqueles responsáveis por tomadas de decisão. Tipicamente, a estrutura principal deveria conter os seguintes elementos: título da proposta, o objetivo e o efeito pretendidos com a política regulatória, uma avaliação do problema político, consideração das opções alternativas, análise da distribuição de seus impactos, resultados de consulta pública, estratégias de *compliance*, e processos de monitoramento e avaliação”. OCDE. *Building an institutional framework for Regulatory Impact Analysis (RIA)*: Guidance for policymakers. Paris: OCDE, 2008, p. 14.

<sup>80</sup> “A AIR não é substituto da tomada de decisão política, mas ela contribui para o seu desenho ao fornecer informações, bem como justificativa consistente para a ação governamental. OCDE. *Building an institutional framework for Regulatory Impact Analysis (RIA)*: Guidance for policymakers. Paris: OCDE, 2008, p. 15.

<sup>81</sup> A AIR não termina com a aprovação da norma, mas deve haver uma preocupação com a sua observância e eficácia. “Para assegurar a efetividade de uma atividade regulatória, é vital entender a capacidade das partes afetadas em cumprir a mesma. No estágio final do processo político, após a regulação estar operacionalizada, o processo de AIR deveria incluir uma avaliação sobre se a regulação está operando da forma que era esperada”. OCDE. *Building an*

## 2.8 Procedimentos de consulta e audiência públicas

A proposta de norma anexa prevê estarem à disposição da autoridade conduta da AIR diferentes espécies de consultas, devendo haver, necessariamente, duas consultas públicas.

A primeira tem por objetivo coletar, junto aos agentes econômicos, consumidores ou usuários, outras esferas governamentais e a sociedade em geral contribuições relacionadas aos possíveis impactos que advirão da implementação das opções previamente levantadas pelo órgão condutor da AIR.

Esta consulta terá como documento de apoio uma nota técnica a ser redigida pelo órgão que estiver responsável pela condução da AIR, na qual serão explicitados (i) o problema regulatório ou de política pública que enseja a necessidade de AIR; (ii) os objetivos pretendidos com a AIR; (iii) as opções disponíveis à Administração Pública que já tenham sido levantadas, sem prejuízo de que outras possam surgir no curso da consulta; (iv) os dados relevantes que já estejam disponíveis; e (v) questões jurídicas relevantes para análise do problema e das soluções aventadas.

Há, ainda, o dever de comunicação da abertura de uma consulta pública aos órgãos de defesa da concorrência, de meio ambiente e de defesa do consumidor da Administração Pública federal, como meio de fomentar a participação dessas esferas governamentais no Processo de AIR.

A segunda consulta visa dar publicidade ao Relatório Final de AIR que venha a ser preparado pela autoridade competente, bem como submeter ao escrutínio público a minuta de ato normativo ou decisão de repercussão geral

---

*institutional framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for policymakers.* Paris: OCDE, 2008, p. 14.

que implementará a opção mais vantajosa apresentada pela AIR, quando for o caso.<sup>82</sup> Com efeito, entidades como a OCDE ressaltam a importância de se conferir publicidade aos resultados da AIR, sendo um dos instrumentos adequados para esse fim a realização de consulta pública.<sup>83</sup>

Em suma, o projeto anexo, em consonância com a recomendação do Relatório do Mandelkern Group, prevê que o processo de consulta pública iniciar-se-á tão logo suplantadas questões preliminares da AIR, ou seja, o mais cedo possível, assim que nota técnica preliminar, com as opções inicialmente levantadas pela autoridade condutora da AIR, estiverem disponíveis. Ainda em consonância com as instruções daquele Relatório, há a previsão de duas consultas públicas, de modo que o processo de AIR esteja, na medida do possível e em obediência aos parâmetros de razoabilidade, bastante aberto ao diálogo com a sociedade, reforçando sua transparência.<sup>84</sup>

Em ambas as consultas há o dever de o órgão condutor da AIR responder justificadamente às contribuições recebidas.

---

<sup>82</sup> Ressaltando a importância dessa segunda consulta, encontra-se no relatório do Mandelkern Group, como um dos pressupostos para uma AIR exitosa, a previsão de que “os resultados da análise devem ser informados por e sujeitos à consulta formal e informal às partes interessadas e a terceiros”. *Mandelkern Group on Better Regulation Final Report*, p. 20.

<sup>83</sup> “Um maior impacto da AIR depende da sua capacidade de mostrar os diferentes meios de se proceder quando for dar andamento a uma proposta de norma. Atividades de AIR deveriam ser revisadas e os resultados comunicados, de modo a se tirar lições de todo o processo. Isso implica não apenas o lançamento de AIRs juntamente com os textos das minutas de normas, como parte do procedimento de consulta, mas também em se manter um arquivo dos casos em que o sistema de AIR foi exitoso em afastar propostas ineficientes de regulação antes de que fossem editadas.” OCDE. *Building an institutional framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for policymakers*. Paris: OCDE, 2008, p. 54. As formas de comunicação dos resultados da AIR variam. “Geralmente, os países da OCDE encaram a publicidade da AIR baseados em três diferentes opções: (i) publicidade da AIR para consulta; (ii) publicidade da AIR apenas após a consulta; ou (iii) não publicização”. (*ob. cit.*, p. 55).

<sup>84</sup> “O processo de consulta pública deveria começar o mais cedo possível no processo de desenvolvimento da política [pública] e, tanto quanto praticável, continuar durante o seu desenrolar. Adicionalmente, poderá ser extremamente útil para o relatório final consolidado que ele seja sujeito ao escrutínio público, tanto porque isso auxilia a manter informado o debate público quanto porque encoraja a Administração a produzir avaliações de alta-qualidade através de controle de qualidade externo dos métodos e dados usados, assim como das assunções realizadas.” (*Mandelkern Group on Better Regulation Final Report*, p. 22)

## 2.9 Abrangência da AIR: situações dispensadas de AIR

A norma prevê estarem dispensados de AIR:

- (i) atos administrativos de efeitos meramente concretos<sup>85</sup>, pois que não preenchem o requisito de generalidade do potencial impacto regulatório;
- (ii) atos cujos efeitos potencialmente esperados sejam adstritos ao próprio órgão ou entidade, não criando direitos nem deveres a terceiros, nem aumentando impactos financeiros ou orçamentários à Administração;
- (iii) atos de natureza empresarial das empresas públicas e sociedades de economia mista, pois que são por elas praticados na qualidade de agentes econômicos, no exercício do comércio (assim como, por exemplo, a abertura de linhas de crédito por bancos estatais ou a celebração de contratos para compra de um insumo necessário à atividade econômica, ainda que seus valores suplantem os R\$ 100 milhões mencionados na norma proposta). Por outro lado, não estão *a priori* excluídos do dever de realizar AIR os atos praticados por entidades empresariais do Estado que prestem serviços públicos, mormente quando o fizerem em regime de exclusividade e quando a legislação lhes outorgar qualquer competência normativa ou regulatória sobre este serviço;
- (iv) atos de Estado que sejam protegidos, pela Constituição ou pela lei, por sigilo (cf., e.g., art. 5º, XXXIII, CF/88 e Lei

---

<sup>85</sup> “Atos individuais (também denominados concretos) são os que se preordenam a regular situações jurídicas concretas, vale dizer, têm destinatários individualizados, definidos, mesmo coletivamente. Exemplo: uma licença para construção; um decreto expropriatório”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 124.

11.111/05). Nesse caso, a autoridade competente poderá, se julgar conveniente, realizar uma análise de impacto regulatório do ato ou decisão a ser adotada, mas, logicamente, não estará subordinada ao Processo (ordinário) de AIR, o qual tem como princípios embaixadores, dentre outros, a publicidade e a transparência, que se apresentam incompatíveis com as noções de sigilo e confidencialidade;

- (v) atos relacionados à política monetária, tais como os relativos a taxas de juros e câmbio, que, por sua natureza, quase sempre terão impacto superior a R\$ 100 milhões, mas que, por outro lado, têm uma dinâmica, em princípio, pouco compatível com o Processo de AIR;
- (vi) atos editados para fazer face a situações de urgência devidamente comprovadas pela autoridade que, ausente a urgência, estaria obrigada a realizar AIR, e atos cuja celeridade necessária à efetividade de sua edição sejam incompatíveis com o Processo de AIR.

A autoridade deverá motivar, caso a caso, a razão pela qual a AIR não poderá ser realizada, sendo ainda possível, no caso de a AIR vir a ser adotada por decreto, que igualmente o mesmo ou outro decreto do Presidente da República isente determinadas autoridades do dever de realizar AIR para certos atos ou decisões que se mostrarem incompatíveis com o procedimento.

## **2.10 Publicidade dos resultados da AIR**

Os parâmetros internacionais de AIR sustentam o dever de se dar publicidade aos estudos realizados e ampla divulgação aos dados coletados que não estejam protegidos por dever de sigilo, com o intuito de reduzir assimetria informacional e melhorar a difusão do conhecimento produzido no

âmbito do poder público federal. A proposta de norma apresentada contempla a publicidade do Relatório Final da AIR assim como a realização de consulta pública para discussão dos resultados da AIR, no bojo da qual se discutirá a proposta de texto normativo ou decisão de repercussão geral que reflita a opção de política pública escolhida, a partir das conclusões da AIR realizada.

## **2.11 Outras questões relevantes**

Além dos temas acima, que constituíram objeto do Termo de Referência, tecemos a seguir alguns esclarecimentos adicionais acerca de pontos específicos que nos pareceram relevantes no processo de elaboração da norma.

### **2.11.1 Conseqüência da não realização de AIR**

A proposta anexa prevê que a não realização de AIR, em sede federal, quando essa seja exigível nos termos da legislação em vigor, ensejará nulidade da norma ou decisão administrativa.

Conferir nulidade à ausência de AIR tem por propósito compelir a autoridade interessada na solução do problema de política pública diagnosticado (seja mediante a tramitação de projeto de lei, ato normativo ou decisão de repercussão geral) a deflagrar o Processo de AIR, a fim de que possa obter os resultados almejados. Essa conseqüência encontra previsões similares no direito comparado, embora não seja ainda tão comum entre os países da OCDE.<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> A OCDE menciona, a título ilustrativo, que “a Suprema Corte da Espanha estabeleceu que se não forem realizados procedimentos de consulta, a lei / decreto real podem ser invalidados. Nos Estados Unidos, a Lei de Processo Administrativo [*Administrative Procedure Act – APA*], de 1946, também prevê essa possibilidade: ele requer que os órgãos realizem um procedimento de ‘anúncio e comentário’ aberto a todo o público. As informações que constem nos autos públicos, incluindo a AIR, e o uso que o órgão faça dessa informação são usados pelos tribunais na solução de casos envolvendo questionamentos contra a regulação propostos pelo público. Em Luxemburgo, se uma câmara profissional não foi consultada de acordo com

Alternativamente, poder-se-ia adotar soluções intermediárias, tais como subordinar a eficácia do ato à publicação de extrato do Relatório Final de AIR aprovado no Diário Oficial da União, como condição de eficácia do ato;<sup>87</sup> ou, ainda, vedar a publicação do ato normativo ou norma de repercussão geral, sem que antes se tenha concluído o Processo de AIR e tenha sido emitido e publicado o Relatório Final de AIR.<sup>88</sup>

Por fim, não previmos consequência para a ausência de edição de AIR relativamente a projetos de lei, pelas razões já anteriormente expostas.

### **2.11.2 Sanção para o administrador que deixar de realizar AIR**

A proposta anexa não consagra punição específica para a autoridade que deixar de realizar AIR quando devida, mas se limita a estabelecer que poderão ser apuradas responsabilidades, conforme o caso. O ordenamento jurídico brasileiro já consagra vários mecanismos de controle dos servidores

---

os requerimentos procedimentais para a legislação subordinada, a regulação é considerada inválida. No entanto, arranjos desse tipo não são comuns; apenas nove países membros da OCDE relataram processos de questionamento da [validade da] regulação nesse sentido, quais sejam, Luxemburgo, Nova Zelândia, Portugal, Espanha, República Eslovaca, Reino Unido e Estados Unidos. Essa pode ser uma área para reformas futuras". OCDE / REGULATORY POLICY COMMITTEE. *Indicators of regulatory management systems – 2009 Report*. Paris: OCDE, 2009, p. 70.

<sup>87</sup> Uma analogia possível seria com o art. 61, parágrafo único, da Lei de Licitações, que prevê que os contratos administrativos não produzirão efeitos enquanto seus extratos não forem publicados no Diário Oficial da União: Lei 8.666/93. "Art. 61. (...) Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei".

<sup>88</sup> Há uma previsão legal semelhante na lei federal de processo administrativo mexicana, onde se lê: "Art. 69-L A Secretaria de Gobierno publicará no Diário Oficial da Federação, dentro dos sete primeiros dias úteis de cada mês, a lista que lhe proporcione a Comissão dos títulos dos documentos a que se refere o artigo anterior. A Secretaria de Gobierno não publicará no Diário Oficial da Federação os atos a que se refere o artigo 4º que sejam expedidos pelas dependências ou organismos descentralizados da administração pública federal sem que essas demonstrem contar com um ditame final da Comissão, ou com a isenção a que se refere o parágrafo segundo do artigo 69-H, ou que não se emitirá ou se emitirá algum ditame dentro do prazo previsto no primeiro parágrafo do artigo 69-J [30 dias]".

públicos que atuem de forma negligente ou desidiosa no desempenho de suas funções, podendo ser movidos processos administrativos disciplinares, nos termos da Lei 8.112/90, ação popular e ação civil pública, inclusive por improbidade administrativa, quando for o caso.<sup>89</sup>

### **2.11.3 Previsão de AIR para revisão periódica da legislação em vigor**

Outro ponto comentado na doutrina comparada reside na relevância de se providenciar uma revisão periódica da legislação em vigor no que tange ao impacto regulatório, o que está previsto na minuta de norma anexa, na parte final.

## **2.12 Limites da norma proposta**

Em obediência às determinações do Plano de Referência, o objetivo do projeto de norma anexa é tornar a AIR um procedimento cogente no âmbito da Administração Pública Federal.

Assim, a norma anexa não afasta, mas antes recomenda, que a Casa Civil da Presidência da República ou outro órgão que venha a ser designado

---

<sup>89</sup> A título ilustrativo, mencionamos que a lei mexicana prevê conseqüências específicas para o administrador que deixa de realizar AIR quando devida. Conforme informa PECL, “sanções são previstas no caso de não acompanhamento dos requerimentos da AIR e da transparência: a) não se publica na Gazeta Oficial sem o consentimento da Cofemer; b) o oficial responsável pela omissão perde o cargo e suspende-se no período de um ano do serviço público; c) o mesmo se aplica ao diretor da Gazeta Oficial, caso publique até 5 casos de regulamentações sem aprovação da Cofemer”. PECL, Alketa. *Desenho de uma Estratégia de Implantação e Institucionalização da Análise do Impacto Regulatório*, mimeo, 2009, p. 39. Dado o estágio inicial da implantação da AIR no Brasil e da forma descentralizada como será implantada, sem a criação de um órgão supervisor, parece-nos que, em princípio, e salvo se vierem a ser expressamente previstas, as sanções previstas na lei mexicana não se enquadram adequadamente na realidade brasileira, podendo os órgãos internos e externos de controle da Administração Pública Federal, tais como a Controladoria Geral da União e o Tribunal de Contas da União valerem-se da legislação já existente para sancionar negligência no cumprimento do dever de realizar AIR. Além disso, qualquer cidadão poderá manejar ação popular quando se configurar desvio de poder pela não realização de AIR, ou, ainda, poderá igualmente o Ministério Público tomar as medidas judiciais cabíveis, nos termos de suas competências.

pelo Presidente da República (como, possivelmente, o próprio PRO-REG) expeçam normas suplementares e, inclusive, não vinculantes, como guias de análise, questionários de orientação e cartilhas, que poderão se mostrar extremamente úteis para facilitar a difusão da cultura de AIR no âmbito da Administração Pública Federal, especialmente nos primeiros anos de sua implantação. O detalhamento maior do passo a passo da AIR não tem lugar em um ato normativo de caráter cogente, o qual, dadas as suas necessárias limitações, não seria capaz de responder adequadamente a todas as peculiaridades de todos os setores.

### **2.13 A norma proposta e o Decreto 4.176/02**

A norma a seguir proposta procura não ser redundante com o Decreto 4.176/02, de modo que as diretrizes gerais para a redação de projetos de lei e demais atos de natureza normativa pelo Poder Executivo, tais como a forma de sua apresentação, de numeração dos dispositivos, temas esses de grande relevância para a melhoria da regulação normativa existente, não são repetidos no texto anexo. Apenas as exigências de clareza e simplicidade de linguagem são reforçadas na minuta anexa, dada a sua relevância para qualquer ato normativo ou decisão de caráter geral que venha a ser adotada no âmbito da Administração Pública.

Além disso, a preocupação com a expressa menção a dispositivos revogados e uma orientação no sentido de que haja esforços de consolidação das normas, sempre que houver risco de que a excessiva fragmentação dificulte a compreensão da legislação em vigor, foram destacados na proposta anexa, no que se refere ao Processo de AIR para Revisão da Regulação em Vigor, pela sua relevância para a concretização do objetivo da norma.

Faz-se necessário considerar ainda que a aprovação de algumas das disposições previstas na proposta de norma anexa, seja por lei, seja por decreto, poderá derogar parcialmente algumas previsões do Decreto 4.176/2002, como, por exemplo, o artigo 34, II, que estabelece uma mera

faculdade para a divulgação prévia e abertura a consultas de projetos de lei e atos normativos, cabendo referida decisão à Casa Civil da Presidência da República, assim como o artigo 50, que igualmente prevê apenas uma faculdade na divulgação de consultas públicas para consolidação de leis federais:

Decreto 4.176/2002:

Art. 34. Compete à Casa Civil da Presidência da República:  
(...)

II - decidir sobre a ampla divulgação de texto básico de projeto de ato normativo de especial significado político ou social, até mesmo por meio da Rede Mundial de Computadores ou mediante a realização de audiência pública, tudo com o objetivo de receber sugestões de órgãos, entidades ou pessoas;

Art. 50. A critério do Chefe da Casa Civil, as matrizes de consolidação de leis federais já concluídas poderão ser divulgadas para consulta pública, por meio da Rede Mundial de Computadores, pelo prazo máximo de trinta dias.

Na linha das diretrizes internacionalmente adotadas na prática de AIR, o projeto de ato normativo a seguir proposto exige – e não apenas faculta – a realização de consulta pública, de forma obrigatória, no curso de processos de AIR.

## **Conclusão**

Este relatório sintetiza a pesquisa que embasou a produção da minuta de ato normativo para a implantação da Análise de Impacto Regulatório em sede da Administração Pública federal.

Quanto ao nível hierárquico necessário à referida norma, parece-nos ser possível a sua instituição por decreto presidencial, desde que não haja a criação de órgãos nem de cargos públicos, situações essas que exigem lei ordinária por força da Constituição Federal.

A segunda parte do trabalho foi dedicada a esmiuçar a justificativa da redação de cada capítulo da proposta normativa apresentada no Anexo a este relatório. Ali esclarecemos as premissas que embasaram o texto normativo que a seguir sugerimos.

Ao final da pesquisa empreendida, concluímos ser de alta relevância a adoção da AIR em sede da Administração Pública federal, prática essa que tem o potencial de contribuir significativamente para uma maior eficiência das políticas públicas.

Caso a decisão política final seja pela adoção da norma anexa mediante decreto do Presidente da República, recomendamos que sua versão preliminar seja colocada em consulta pública, a fim de colherem-se manifestações a respeito, com o intuito de discutir a proposta com os diversos órgãos e entidades da Administração e, assim, obter-se o consenso mínimo necessário à sua adoção de forma exitosa.

## **Bibliografia:**

ALBUQUERQUE, Kélvia. A visão da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. In: PROENÇA, Jadir Dias; VIEIRA DA COSTA, Patrícia; MONTAGNER, Paula. *Desafios da regulação no Brasil*. Brasil: ENAP, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

COMISSÃO EUROPEIA. *Impact Assessment Guidelines*. Disponível em <[http://ec.europa.eu/governance/impact/consultation/ia\\_consultation\\_en.htm](http://ec.europa.eu/governance/impact/consultation/ia_consultation_en.htm)>, acesso em abril de 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MANDELKEN GROUP. *Mandelkern Group on Better Regulation Final Report*. União Europeia, 2001. Disponível em [http://ec.europa.eu/governance/better\\_regulation/documents/mandelkern\\_report.pdf](http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf). Acesso em abril de 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. *Relatório sobre a reforma regulatória – Brasil: Fortalecendo a Governança para o crescimento*. Disponível em <http://www.seae.fazenda.gov.br/destaque/brasil-fortalecendo-a-governanca-para-o-crescimento-final.pdf/view?searchterm=>. Acesso em 30.03.2010.

\_\_\_\_\_. *Building an institutional framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for policymakers*. Paris: OCDE, 2008.

\_\_\_\_\_. *Indicators of regulatory management systems – 2009 Report*. Paris: OCDE, 2009.

\_\_\_\_\_. *Competition assessment toolkit*. Paris: OCDE, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: RT, 2005.

PECI, Alketa. *Desenho de uma Estratégia de Implantação e Institucionalização da Análise do Impacto Regulatório*, 2009, mimeo.

SARAVIA, Enrique. “*Versão Definitiva do Relatório de Estudo (parcela 3) do contrato nº 112/2008*” (Processo nº 00040.001021/2008-31), 2009, mimeo.

SUNDFELD, Carlos Ari. Criação, estruturação e extinção de órgãos públicos. *Revista de Direito Público*, n. 97, jan-mar de 1991.

SQW. *Evaluating the impact of regulation: Developing a methodology*. Londres, 2005, p. 16. Disponível em <<http://www.bis.gov.uk/files/file22009.pdf>>. Acesso em abril de 2010.

TRINDADE DA SILVA, Gustavo Henrique. Regulação sanitária no Brasil: singularidades, avanços e desafios. In: PROENÇA, Jadir Dias; VIEIRA DA COSTA, Patrícia; MONTAGNER, Paula. *Desafios da regulação no Brasil*. Brasil: ENAP, 2009.