XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

ANDRE LIPP PINTO BASTO LUPI

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Marcus Firmino Santiago; Andre Lipp Pinto Basto Lupi. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

As TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO, tema do presente Grupo de Trabalho, têm sido intensas e extremamente relevantes e abrangentes. Diferentes aspectos da vida social são afetados, diariamente, por intensas ondas renovatórias que lançam dúvidas sobre a qualidade e mesmo a capacidade dos sistemas regulatórios estatais tradicionais.

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018 na cidade de Porto Alegre, abriu espaço, mais uma vez, para intensos debates sobre estes temas, em um Grupo de Trabalho que contou com a presença de 25 pesquisadores, oriundos de quase todas as regiões brasileiras (estiveram representados os Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Ceará, Paraíba, Paraná e Rio Grande do Sul, além de Brasília, em um total de 18 PPGDs).

A quantidade de artigos, todos submetidos previamente a avaliação cega, permitiu desenhar um panorama horizontal e abrangente acerca dos mais diversos temas concernentes ao universo das relações econômico-sociais. Ao mesmo tempo, primaram pela verticalidade, oferecendo análises profundas e reflexões acuradas que certamente permitirão aos leitores compreender as diferentes nuances que permeiam esta seara.

Nesta coletânea são encontrados textos que tratam de questões conceituais, como a importância da ação privada em complementação à atividade estatal e os riscos decorrentes da ausência de regulação específica; o problema da caracterização do ser humano como um ser consumidor, cuja exclusão do mercado implica a retirada de seu status de cidadania; ou a discussão sobre como incorporar um padrão global de governança de forma adequada à realidade nacional, com respeito às decisões soberanas de cada país. Também foi enfrentado o debate sobre a fragilidade do direito privado ante a despersonalização e a desterritorialização, realidade que fortalece os mercados e dificulta ao Direito o cumprimento de seu papel tradicional. Em linha semelhante, a preocupação com a mercantilização dos Direitos Humanos justificou a proposta de uma base jurídica mínima capaz de funcionar

como balizamento para que os agentes privados se autorregulem. Por fim, encontra-se um resgate histórico dos modelos econômicos predominantes no Século XX, estudo sempre relevante e necessário para que se compreenda a realidade presente.

Temas mais específicos ligados a questões regulatórias também são encontrados. A distribuição de gás canalizado deu ensejo a interessante debate quanto aos modelos de interpretação constitucional, na busca por redefinir a divisão de competências entre os entes federativos. Assunto semelhante suscitou outro debate, quanto às regras sobre compartilhamento de infraestrutura essencial, de modo a assegurar ampla concorrência e acesso a bens e serviços. O equilíbrio entre proteção à propriedade e seus fins sociais foi discutido à luz da celeuma que envolve a quebra de patentes de medicamentos. Já a sanidade financeira de sistemas de previdência foi o mote que justificou profícua discussão acerca dos mecanismos de governança.

Mídia e direito digital na sociedade da informação são temas que abrem margem a diferentes reflexões e de fato, foram contemplados por 5 artigos. A falta de controle sobre o 'big data' e o impacto no sigilo fiscal; o tratamento jurídico conferido às 'Startups' e o problema decorrente da tributação dos aportes de capital feitos pelos 'investidores anjo'; as possibilidades de regulação da atuação da mídia, em um estudo comparado com a legislação australiana; a ausência de regulação específica sobre os domínios virtuais pertencentes ao Brasil (o 'country top level domain'); e a questão das 'fake news' e o desafio de se pensar um modelo regulatório capaz de conter sua proliferação.

Fruto da revolução digital em curso, os aplicativos de transporte foram objeto de 3 estudos, que lançaram luzes sobre temas como os novos modelos de trabalho que surgiram e que seguem sem tratamento legislativo específico; a necessidade de pensar o modelo regulatório aplicável à luz de vetores interpretativos constitucionais; e os desafios para tornar o Direito efetivo no ambiente digital.

Relações econômicas e o direito regulatório possuem conexões evidentes com diferentes campos do saber jurídico e extrajurídico. Tendo isto em mente, 7 estudos trouxeram análises transdisciplinares de grande valor. A necessidade de estudos e reflexões sobre os potenciais impactos decorrentes de novas normas jurídicas, especialmente aquelas que interferem de modo tão amplo nos campos social e econômico; a busca por uma conexão entre os modelos regulatórios e as expectativas sociais, a demandar cuidado quanto aos potenciais impactos decorrentes da adoção de novos marcos regulatórios; a responsabilidade civil do Estado por intervenção no domínio econômico, inclusive em vista de atos lícitos; a tributação como instrumento regulatório, indutor ou inibidor de comportamentos sociais; a responsabilidade

social das empresas e o tratamento do tema no âmbito da Organização dos Estados Americanos - OEA; e o uso do Poder Judiciário como uma instância por meio da qual é possível viabilizar a participação popular no processo de atuação das agências reguladoras, levando a elas demandas individuais e coletivas. Enfim, probidade administrativa e desenvolvimento sustentável foram conectados em uma proposta para inserir este elemento no rol a ser valorado a fim de definir parâmetros de conduta para a Administração Pública.

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal - UDF /

Prof. Dr. André Lipp Pinto Basto Lupi - UNICURITIBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O GUIA DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E O PROJETO DE LEI Nº 6.621/2016: A POSSÍVEL INFLUÊNCIA DAS TEORIAS DE FRIEDRICH HAYEK NA CONSTRUÇÃO DO SISTEMA REGULATÓRIO BRASILEIRO

THE GUIDE FOR ANALYSIS OF REGULATORY IMPACT AND THE BILL NO. 6,621/2016: A STUDY ON THE POSSIBLE INFLUENCES OF FRIEDRICH HAYEK'S THEORY ON THE CONSTRUCTION OF A BRAZILIAN REGULATORY SYSTEM

Ricardo Villela Mafra Alves da Silva [1]

Resumo

A Casa Civil tem liderado um esforço legislativo e administrativo com o objetivo de construir um Sistema Regulatório Brasileiro. As diretrizes gerais do sistema seriam estabelecidas por uma lei e por guias de orientação para elaboração de normas e tomadas de decisão regulatória. Um ponto marcante destas iniciativas é a demanda por um maior alinhamento entre regulador e regulado, sendo possível estabelecer, neste aspecto, um paralelo com as ideias de Friedrich Hayek. O objetivo do estudo é verificar se há pontos em comum entre as teses de Hayek e as ideias subjacentes à construção do Sistema Regulatório Brasileiro.

Palavras-chave: Sistema regulatório brasileiro, Limites da regulação, Teoria da regulação, Papel do direito, Maximização de expectativas

Abstract/Resumen/Résumé

The Brazilian government (through Casa Civil) is leading a legislative and administrative effort to build a Regulatory System. The guidelines of this system would be defined in a law and in guides for regulatory decision-making and enactment of regulation. A defining point of such initiatives is the demand for a greater alignment between regulator and regulated, which is an idea that is also present in Friedrich Hayek's theory. The objective of this study is to verify if there are points in common between Hayek's theories and the ideas that form the basis of the Brazilian Regulatory System.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Brazilian regulatory system, Limits of regulation, Theory of regulation, Role of the law, Maximization of expectations

[1] Doutorando em Direito Empresarial pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Membro do grupo de pesquisa "Empresa e Atividades Econômicas".

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a Casa Civil da Presidência da República tem liderado um esforço legislativo e administrativo com o objetivo de construir um Sistema Regulatório Brasileiro. As diretrizes gerais do sistema seriam estabelecidas por uma lei e por guias de orientação para elaboração de normas e tomadas de decisão regulatória.

Um ponto marcante destas iniciativas é a demanda por um maior diálogo entre regulador e regulado, de modo que suas expectativas não entrem em conflitos de difícil resolução. A partir desta característica, é possível estabelecer alguns paralelos entre os esforços para a construção do Sistema Regulatório Brasileiro e as ideias de Friedrich Hayek acerca do papel do direito.

O objetivo deste estudo é verificar se há, de fato, pontos em comum entre as teses de Hayek sobre o papel do direito e as ideias subjacentes à construção do Sistema Regulatório Brasileiro. Esta análise possibilitará determinar se as iniciativas da Casa Civil possuem fundamento teórico e poderá indicar os caminhos que este futuro sistema abrirá no ordenamento jurídico nacional.

O método a ser utilizado neste estudo será primordialmente dedutivo, com base em revisão documental, partindo-se de algumas premissas maiores acerca dos limites materiais da regulação e das teorias de Friedrich Hayek para, posteriormente, analisar a validade teórica das propostas de construção do Sistema Regulatório Brasileiro.

Neste sentido, em primeiro lugar, o estudo explorará os limites materiais da intervenção do Estado sobre o domínio econômico, buscando estabelecer os pressupostos de fato que justificam a intervenção estatal sobre a esfera privada. Na segunda parte, serão analisadas as teses de Hayek acerca do papel do direito, com especial atenção ao conceito de maximização de expectativas de indivíduos. Na terceira parte do capítulo, serão analisadas as iniciativas legislativas e administrativas voltadas à construção do Sistema Regulatório Brasileiro. Também serão abordadas recomendações internacionais que influenciaram as propostas das autoridades brasileiras. Por fim, o estudo buscará verificar a existência de paralelos entre as ideias de Hayek e as propostas de construção do Sistema Regulatório Brasileiro.

2 LIMITES MATERIAIS DA INTERVENÇÃO DO ESTADO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO

A regulação pressupõe atuação judicante do Estado sobre o domínio econômico e, portanto, demanda a "utilização de instrumentos normativos, emanados de uma estrutura de poder, dotada de força coercitiva e orientada, designadamente, para a prossecução de objectivos de política económica e social" (FREIRE, 2008, p. 24).

A intervenção do Estado na economia não é a regra da Ordem Econômica e Financeira disposta na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ("CRFB/1988"), mas sim a exceção. Conforme se depreende da leitura do artigo 170 da CRFB/1988, a ordem econômica é fundada, dentre outros valores, na livre concorrência e na livre iniciativa[1]. A intervenção estatal na economia é permitida na forma de exploração direta da atividade econômica pelo Estado, conforme artigo 173, caput, da CRFB/1988, ou por meio de exercício de poder normativo e regulador, de acordo com o artigo 174, caput, da CRFB/1988.

Para Eros Roberto Grau, a intervenção do Estado sobre e no domínio econômico pode se revestir de três formas distintas: (i) intervenção por absorção ou participação, modalidade de intervenção no domínio econômico na qual o Estado atua como agente econômico, podendo ocorrer em regime de monopólio (intervenção por absorção) ou em regime de concorrência com entes privados (intervenção por participação); (ii) intervenção por direção, modalidade de intervenção sobre o domínio econômico na qual o Estado utiliza o seu poder normativo para impor mecanismos e comportamentos sobre os agentes econômicos; e (iii) intervenção por indução, modalidade de intervenção sobre o domínio econômico na qual o Estado utiliza o seu poder normativo em consonância com a dinâmica do mercado, de modo a induzir determinados comportamentos e resultados (GRAU, 2012, p. 143).

Em linha com a classificação de Eros Roberto Grau, a regulação é forma de intervenção estatal sobre o domínio econômico, por meio do qual o Estado se vale de seu poder normativo e regulador para exercer as "funções de fiscalização, incentivo e planejamento"[2], podendo impor ou induzir determinados comportamentos e resultados. Assim, a regulação pode tomar a forma tanto de intervenção por indução, como por direção.

A atividade reguladora parte de uma premissa contrária à ideia da capacidade do mercado de se autorregular, impondo normas e conformando o comportamento de agentes. O Estado age para garantir incrementos de bem-estar que o mercado, sozinho, não seria capaz de fornecer (FREIRE, 2008, p. 24). A ideia de que os mercados seriam capazes de se autorregular

---

[1] "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; 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. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

[2] Vide artigo 174, caput, da CRFB/1988: "Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado".

começou a ser contestada na virada do século XIX para o século XX, o que justificou a atribuição de novas funções ao Estado (GRAU, 2012, p. 21). O liberalismo clássico já vinha sofrendo contestações ao longo século XIX, mas foi a partir da crise econômica de 1929, iniciada pelo *crash* da Bolsa de Nova Iorque, que as teorias favoráveis a um maior protagonismo do Estado no domínio econômico se firmaram (PITTA, 2013, p. 41-45).

Ainda que o Estado tenha assumido "nitidamente o papel de agente regulador da economia" (GRAU, 2012, p. 25), em uma economia livre, é necessário que a intervenção estatal sobre o domínio econômico seja justificada, visto que é exceção à regra da livre concorrência e livre iniciativa.

Do ponto de vista jurídico, a regulação encontra fundamento no poder de polícia do Estado (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 837)[3] e na delegação legal ao Poder Executivo para emitir normas administrativas (princípio da legalidade)[4].

No entanto, em função dos valores constitucionais da livre concorrência e livre iniciativa, a mera delegação legal de competência para que o Estado, por meio de seu Poder Executivo, intervenha sobre o domínio econômico não é suficiente para dar legitimidade ao exercício da função regulatória. Como a imposição de regras pelo Estado limita a liberdade e a propriedade dos indivíduos (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 837), é preciso que a intervenção estatal tenha fundamento econômico, de forma a justificar, do ponto vista material (e não só formal), a limitação da livre iniciativa dos agentes econômicos, em consonância com os pressupostos da Ordem Econômica e Financeira disposta na CFRB/1988.

Em outras palavras, a regulação econômica necessita não só de legitimidade formal (permissão por lei), como também material ou substancial (isto é, necessidade de fundamento econômico para justificar a limitação da liberdade e propriedade dos indivíduos).

A intervenção do estado na economia procura legitimidade em diversos fundamentos de interesse público, alternativos ou cumulativos, como eficiência, redistribuição, tutela de objetivos sociais e culturais afetados pela atividade econômica, ou de criação de incentivos para

---

[3] Poder de polícia é utilizado neste trabalho conforme significado atribuído por Celso Antônio Bandeira de Mello no âmbito administrativo, para quem a polícia administrativa é "a Atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção ('non facere') a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo" (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 837).

[4] "O Texto Constitucional brasileiro, em seu art. 5º, II, expressamente estatui que: 'Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'. Note-se que o preceptivo não diz 'decreto', 'regulamento', 'portaria', 'resolução' ou quejandos. Exige lei para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados. É que a Constituição brasileira seguindo tradição já antiga, firmada por suas antecedentes republicanas, não quis tolerar que o Executivo, valendo-se de regulamento, pudesse, por si mesmo, interferir com a liberdade ou a propriedade das pessoas" (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 344-345).

a obtenção destes objetivos (FREIRE, 2008, p. 25). A questão a se perguntar é, justamente, o porquê da necessidade de intervenção do Estado sobre o domínio econômico para a consecução destes objetivos.

Um dos mais recorrentes fundamentos utilizados para justificar a intervenção do Estado sobre o domínio econômico é a existência de falhas em determinados mercados, que os impede de funcionar de forma eficiente ou de garantir, autonomamente, a produção de determinados resultados desejados pela sociedade. A fundamentação com base nas falhas de mercado busca corrigir fatores que afastam o mercado do regime de concorrência, como a existência de poder de mercado e estruturas de mercado pouco competitivas (FREIRE, 2008, p. 53). As falhas de mercado podem ser causadas por assimetria de informação, por risco sistêmico, pela existência de externalidades ou bens públicos, ou pela existência de monopólios ou oligopólios naturais.

As consequências da assimetria de informações no mercado foram objeto de estudo de diversos economistas. Este fenômeno ocorre quando participantes do mercado possuem informações distintas, o que afeta a sua tomada de decisão. Em um dos mais famosos trabalhos sobre o tema, George Akerlof chegou à conclusão de que a assimetria de informações no mercado causa o problema a seleção adversa, reduzindo a qualidade dos bens ofertados, assim como o tamanho do próprio mercado, dificultando ou até mesmo impedindo o seu funcionamento (AKERLOF, 1970, p. 489 e ss.).

Além de causar seleção adversa, a insuficiência de informações impõe custos aos agentes de mercado, na forma de custos de transação. Em seus estudos sobre os custos de transação, Ronald H. Coase concluiu que a realização transações comerciais impõe custos relacionados à falta de informação sobre quem está disposto a negociar e em quais termos (COASE, 1960, p. 15). Os principais custos incorridos pelos agentes econômicos são os custos de coordenação (custos despendidos para estruturar o negócio, buscar parceiros comerciais e clientes) e custos de motivação (custos decorrentes da assimetria de informações, quando as partes não possuem todos os dados relevantes sobre quem está disposto a negociar e sobre os termos da negociação) (FORGIONI, 2008, p. 315).

O risco sistêmico, por sua vez, ocorre em mercados nos quais há interdependência entre os agentes econômicos, de modo que eventuais problemas de um agente podem afetar os demais. Assim, “ante a interligação das diversas unidades que ali operam, um problema isolado pode gerar problemas que se alastrariam, afetando terceiros” (YAZBEK, 2009, p. 24). Embora o risco sistêmico seja geralmente associado ao setor financeiro, ele também existe em outros mercados nos quais os agentes atuam de forma interligada, como o setor de telecomunicações (FREITAS; SOUZA, 2016, p. 413-415). Nos mercados com presença de risco sistêmico,

portanto, o Estado intervém para estabelecer normas de conduta e gestão de risco que evite o surgimento de problemas por participantes do mercado interconectados aos demais.

A falha de mercado pode ter origem também na existência de externalidades que produzem custos que não são alocados de forma adequada (FREIRE, 2008, p. 59). As externalidades são, em essência, efeitos impostos sobre terceiros em função das atividades de um agente, podendo estes efeitos serem danosos (externalidade negativa) ou benéficos (externalidades positivas) (YAZBEK, 2009, p. 43). Nas situações em que a produção gerar externalidades, a regulação pode atuar de forma a alocar estes custos às partes que que devem suportá-los para que o mercado funcione de forma adequada (FREIRE, 2008, p. 60).

Com relação a bens públicos, estes são bens cujas características determinam a sua falta de vocação para serem produzidos pelo mercado, ou pelo menos para serem produzidos pelo mercado em níveis ótimos (FREIRE, 2008, p. 60). Os bens públicos, em geral possuem as seguintes características: (i) não há como excluir ou evitar o seu uso por aqueles que não o tenham produzido; e (ii) o seu uso por uma pessoa não elimina ou limita a possibilidade de outra pessoa utilizá-lo (YAZBEK, 2009, p. 45). Nestes casos, a regulação, pode atuar no sentido de garantir níveis ótimos de produção de bens públicos, com adequada alocação dos custos desta produção (FREIRE, 2008, p. 61).

Considera-se que também há falha nos setores em que, em função de escassez e dificuldades no acesso a matérias-primas, níveis elevados de escala mínima viável ou ineficiência na duplicação de infraestrutura, cria-se uma estrutura concentrada de mercado, na forma de oligopólios ou monopólios naturais (NUSDEO, 2000, p. 149).

Por fim, além da fundamentação da intervenção do Estado sobre o domínio econômico com base na existência de falhas de mercado, é importante destacar três objetivos que não raro são invocados para justificar a necessidade de regulação: (i) universalização de serviços[5]; (ii) proteção do interesse nacional[6]; e (iii) promoção do desenvolvimento econômico e social[7].

Percebe-se, portanto, que a necessidade de regulação em determinados mercados é justificada, via de regra, pela incapacidade de o mercado produzir determinados resultados considerados de interesse público ou pela incapacidade do mercado de funcionar de forma eficiente sem intervenção. No entanto, o poder do Estado de intervir sobre o domínio

[5] Vide, por exemplo: (i) artigo 2º, I, da Lei nº 9.472/1997, sobre o dever do Estado de garantir a universalização de serviços de telecomunicações; e (ii) artigo 3º, XII, da Lei nº 9.427/1996, sobre as metas de universalização do uso de energia elétrica.
[6] Vide, por exemplo, artigo 1º, I, da Lei nº 9.478/1997
[7] Vide, por exemplo: (i) artigo 2º, V e VI, da Lei nº 9.472/1997, no caso da regulação do setor de telecomunicações; e (ii) artigo 1º, II, da Lei nº 9.478/1997, no caso da regulação do setor de petróleo, gás e biocombustíveis.

econômico não é ilimitado. Além de ser limitado por questões formais (por exemplo, princípio da legalidade), este poder também é limitado por questões substanciais, visto que a regulação não pode extrapolar a sua função de viabilizar o funcionamento eficiente do mercado, substituindo o regime de livre concorrência pela planificação estatal.

Ainda que estas ideias possam parecer simples na teoria, elas se apresentam de forma muito mais complexa na prática. Os problemas sujeitos à atuação regulatória do Estado nem sempre são fáceis de se identificar e, mesmo quando são corretamente identificados e definidos, podem apresentar complexidade que dificultam a sua correta solução. Para piorar, dada a dinâmica espontânea do mercado, uma solução regulatória ruim pode ser ainda mais danosa que o problema, criando incerteza e confusão nos indivíduos. Em resposta a essas dificuldades, algumas iniciativas têm sido tomadas para criar sistemas e processos que garantam a formulação de normas regulatórias eficazes e eficientes. Uma destas iniciativas é a tentativa de se criar, no Brasil, um Sistema Regulatório Brasileiro.

Estas ideias para a construção de um sistema regulatório parecem apresentar paralelos com algumas das teses formuladas por Friedrich Hayek sobre o papel do direito. Assim, cumpre analisar as teorias de Hayek para, em seguida, abordar as recentes iniciativas para a construção de um Sistema Regulatório Brasileiro.

3 O PAPEL DO DIREITO E DAS NORMAS JURÍDICAS NO PENSAMENTO DE FRIEDRICH HAYEK

Friedrich Hayek foi um economista e filósofo que buscou estabelecer qual é o papel do direito. Em sua obra "Direito, legislação e liberdade", Hayek propõe que o propósito do direito não é alcançar fins específicos, mas sim manter e aperfeiçoar uma "ordem espontânea", possibilitando a harmonização da expectativa de diversos indivíduos, que são desconhecidos entre si e têm objetivos diferentes (HAYEK, 1985, p. 110)[8]. Nesta perspectiva, o direito seria formado por meio de decisões de juízes e árbitros, que seriam chamados a resolver disputas e, para isso, aplicariam conceitos e normas alinhados às expectativas de partes sensatas que corresponderiam à prática cotidiana de determinado grupo (HAYEK, 1985, p. 112).

[8] Hayek explica que o caráter da norma a ser aplicada pelo juiz "será melhor compreendido se lembrarmos que ele é chamado a corrigir perturbações de uma ordem que não foi construída por ninguém e que não se funda no fato de os indivíduos terem recebido determinações sobre o que fazer […] O juiz é, nesse sentido, uma instituição de uma ordem espontânea. Ele sempre encontrará uma ordem desse tipo existindo como atributo de um processo contínuo em que os indivíduos são capazes de realizar seus próprios planos porque têm condições de formar expectativas acerca das ações de seus semelhantes, expectativas que contam com grande probabilidade de se confirmarem" (HAYEK, 1985, p. 110).

As decisões emanadas por juízes e árbitros criariam novas normas e conformariam novos comportamentos, que por sua vez resultariam em mudanças na ordem estabelecida e na expectativa de agentes. Assim, haveria uma diferença entre as normas e a ordem delas resultante (HAYEK, 1985, p. 114), na medida em que uma conformaria e alteraria a outra, em um processo de retroalimentação. Em função desta dinâmica, seria possível estabelecer que algumas normas seriam superiores a outras, pois criariam menos conflitos entre as ações de indivíduos e, assim, dariam ensejo a uma ordem mais eficiente e com mais previsibilidade à concretização da expectativa das partes (HAYEK, 1985, p. 114-115)[9]. As melhores normas, portanto, seriam aquelas capazes de manter ordens mais eficazes, criando harmonia no comportamento individual de partes que não necessariamente se conhecem ou têm objetivos comuns.

Hayek reconhece a impossibilidade de se proteger a expectativa de todos os indivíduos. Algumas expectativas serão inevitavelmente frustradas, pois nem toda ação individual que gera dano a outrem demanda a aplicação do direito. Por exemplo, ninguém poderia ser impedido de abrir uma nova empresa, mesmo sabendo que ela causaria a falência de outra. Assim, "[o] direito só pode impedir a frustração de algumas expectativas, não de todas. [...] A função das normas de conduta justa só pode ser, pois, a de informar as pessoas sobre que expectativas podem ou não ter" (HAYEK, 1985, p. 118). Além do fato de certas expectativas serem conflitantes, o que impossibilita a proteção de todas ao mesmo tempo, fatos novos também podem justificar a frustração de expectativas. Diante de novas circunstâncias, o direito deve dar margem para que os indivíduos ajustem suas ações ao novo cenário e, ao fazê-lo, algumas expectativas poderão ser frustradas. A escolha de quais normas devem ser preservadas e quais devem ser descartadas depende, na visão de Hayek, de como se pode maximizar a realização de expectativas como um todo (HAYEK, 1985, p. 119).

O maior benefício de uma ordem bem delimitada é a certeza. Mesmo quando o direito muda, as novas expectativas devem se beneficiar de um certo grau de certeza acerca de sua realização. Assim, na ordem estruturada pelo pensamento de Hayek, o que se protege são expectativas que refletem um conjunto de relações abstratas, mas não necessariamente os seus elementos específicos (HAYEK, 1985, p. 123-124), pois isso retiraria a maleabilidade

[9] Neste sentido, "certas normas predominarão por orientarem com maior êxito as expectativas referentes a outras pessoas que agem independentemente. De fato, a superioridade de certas normas se evidenciará sobretudo no fato de que elas criarão uma ordem eficaz não só no interior de um grupo fechado, mas também entre pessoas que se relacionam acidentalmente, sem se conhecer" (HAYEK, 1985, p. 115).

necessária a uma ordem que é constantemente alterada por normas novas (superiores às antigas) e mudanças de circunstâncias[10].

A frustração de algumas expectativas e a maleabilidade da ordem estabelecida não se traduzem, no entanto, em incerteza jurídica. A previsibilidade das normas é alcançada, justamente, protegendo-se algumas e não todas as expectativas. O problema central é determinar quais expectativas devem ser protegidas, a fim de se maximizar a possibilidade de as expectativas em geral serem satisfeitas. Assim, é necessário fazer "uma distinção entre expectativas 'legítimas', que o direito deve proteger, e outras, que ele deve permitir que se frustrem" (HAYEK, 1985, p. 124).

A função primordial do direito, na teoria de Hayek, é buscar a construção de uma ordem que garanta a harmonização de expectativas. Este conceito é tão relevante em suas ideias que assume a condição de valor em si mesmo. Assim, "a preservação dessa ordem ou configuração emergente, a que ninguém visou, mas cuja existência virá a ser reconhecida como condição para a busca bem-sucedida de muitos outros objetivos, será também, por sua vez, considerada um valor" (HAYEK, 1985, p. 129). O mais importante para a ordem jurídica, neste contexto, é estabelecer valores, não comportamentos. É possível deduzir valores de hábitos ou comportamentos, mas o importante é saber qual é o valor subjacente à conduta (HAYEK, 1985, p. 129-130). Apenas quando há um alinhamento dos valores (e o reconhecimento de sua legitimidade) é que se possibilita a harmonização de atos.

Na teoria de Hayek, o direito não serve a nenhum propósito particular, mas sim a diferentes propósitos de diferentes indivíduos. O propósito do direito, assim, é harmonizar expectativas de pessoas que são desconhecidas entre si, mas são regidas por um mesmo conjunto de relações abstratas (HAYEK, 1985, p. 131).

O direito, portanto, "consistirá de normas que regulam a conduta das pessoas em relação a outrem, aplicáveis a um número desconhecido de situações futuras e encerrando proibições que delimitam as fronteiras do domínio protegido de cada pessoa (ou grupo organizado de pessoas)" (HAYEK, 1985, p. 140-141).

Percebe-se que as teorias de Hayek conferem ao direito um papel central na harmonização de expectativas de diferentes indivíduos desconhecidos entre si, mas que devem

[10] Assim, as normas não devem determinar "uma situação específica e concreta, mas apenas uma ordem abstrata que permite a seus membros formar, baseados nos elementos que conhecem, expectativas com grande probabilidade de se confirmarem. […] O que pode permanecer constante nessa ordem global em permanente ajustamento a mudanças externas, e constitui a base das previsões, é somente um sistema de relações abstratas, não os seus elementos específicos. Isso significa que toda mudança frustra necessariamente algumas expectativas, mas que essa mesma mudança cria uma situação em que novamente a probabilidade de se formarem expectativas corretas é tão grande quanto possível" (HAYEK, 1985, p. 124).

ser capazes de buscar os seus objetivos sem gerar conflitos irremediáveis uns com os outros. Isso só será possível se a ordem jurídica for construída a partir de valores reconhecidos como legítimos e válidos pela sociedade que será regida por ela, de modo que a própria ordem jurídica seja reconhecida como um valor em si. Caso a ordem jurídica não assuma este caráter espontâneo, surgida de valores que os indivíduos entendem como válidos, o direito adquirirá um caráter impositivo, fazendo-se cumprir unicamente pela coerção, e não pela legitimidade. Neste cenário, seria impossível alcançar a harmonização de expectativas, criando-se uma ordem ineficiente.

Deste modo, na visão de Hayek, o direito deve estar em constante diálogo com a sociedade e não pode se voltar a si mesmo, como se fosse uma ciência autossuficiente e independente do meio em que se insere. Se o direito não dialogar com a sociedade, negando protagonismo aos seus valores na resolução de conflitos e formulação de regras, a ordem jurídica resultante não será capaz de promover a harmonização de expectativas de indivíduos com objetivos diferentes, fazendo com que conflitos surjam constantemente e não sejam resolvidos de forma adequada.

É justamente nesta exigência de conexão entre o direito e sociedade que se pode traçar um paralelo entre as ideias de Hayek e as recentes iniciativas para a construção de um Sistema Regulatório Brasileiro. Assim, cumpre agora analisar estas iniciativas e seus objetivos.

4 AS INICIATIVAS DOS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO PARA A CONSTRUÇÃO DO SISTEMA REGULATÓRIO BRASILEIRO

Nos últimos anos, a Casa Civil da Presidência da República tem liderado um esforço nas esferas dos Poderes Executivo e Legislativo com o objetivo de estabelecer um Sistema Regulatório Brasileiro. Este esforço parte da premissa de que a construção de um sistema coeso pode colaborar para a melhoria do ambiente de negócios no Brasil[11]. As iniciativas para a construção do sistema se desenvolvem em dois eixos: (i) elaboração das Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (doravante simplesmente denominado "Guia"), para orientação dos órgãos da administração pública; e (ii) apoio na aprovação do Projeto de Lei nº 6.621/2016 pelo Congresso Nacional (doravante simplesmente

[11] Neste sentido, a Casa Civil explica em seu site: "Desde a década de 2000, a Casa Civil, por meio da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (SAG), esteve diretamente envolvida em ações relativas ao fortalecimento do Sistema Regulatório Brasileiro. Tendo em vista o caráter estratégico dessas ações para a melhoria do ambiente de negócios e, consequentemente, para a ampliação das oportunidades de investimentos, o incremento da competitividade da economia e a geração de empregos, o fortalecimento do Sistema Regulatório Brasileiro foi definido como prioritário. Coube à SAG, em decorrência de suas competências legais, coordenar as ações pertinentes" (CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2018).

denominado “PL 6621/2016”), atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, que tem como objeto dispor sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.

O Guia é um documento elaborado pela Casa Civil da Presidência da República, como resultado de discussões com diversos órgãos da administração pública direta e indireta, que “se destina a auxiliar os servidores incumbidos da Análise de Impacto Regulatório” (CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2018, p. 19). Trata-se de um documento feito pela administração pública, tendo como público-alvo os seus próprios servidores, que devem observar as instruções do Guia para elaborar análise de impacto sobre o mercado criado por eventuais novas normas regulatórias.

O PL 6621/2016, por sua vez, pretende uniformizar as principais regras sobre a governança, estrutura e processo decisório das agências reguladoras[12]. O projeto estabelece diversas regras sobre a estrutura interna das agências reguladoras e os mecanismos para o controle social de seus atos, incluindo obrigações de elaboração de planos anuais, proposição de agenda regulatória e prestação de contas perante o Senado. Para os fins do presente estudo, cumpre analisar os artigos do projeto que dispõem sobre o processo decisório e de elaboração de novas normas regulatórias.

Nos termos do artigo 4º do PL 6621/2016, as agências reguladoras devem observar, em suas atividades, “a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público”, cabendo ainda à agência “indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos” (artigo 5º do PL 6621/2016). Percebe-se que o projeto estabelece uma regra geral que impõe às agências reguladoras uma obrigação de fundamentação material de suas decisões e normas. Em outras palavras, não basta que a agência tenha competência para agir; é necessário também que suas ações sejam necessárias, com indicação de pressupostos não só de direito, como de fato, para fundamentar os seus atos.

[12] Segundo o artigo 2º do PL 6621/2016, são agências reguladoras: “I – a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); II – a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); III – a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); IV – a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); V – a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); VI – a Agência Nacional de Águas (ANA); VII – a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); VIII – a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); IX – a Agência Nacional do Cinema (Ancine); e X – a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac).” Um substitutivo do PL 6621 apresentado pelo Deputado Danilo Forte adicionou a este rol a Agência Nacional de Mineração (AMN), criada recentemente pela Lei nº 13.575/2017.

Em linha com a obrigação de fundamentação material de decisões, o artigo 6º do PL 6621/2016 determina que novas normas regulatórias devem ser "precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo". Com base na análise de impacto regulatório, o conselho diretor ou diretoria colegiada da agência reguladora deve se manifestar sobre eventual necessidade de adequação da proposta, indicando se os seus impactos justificam a sua adoção e, se for o caso, quais são os complementos necessários (artigo 6º, §4º, do PL 6621/2016). Caso o conselho diretor ou diretoria colegiada decida prosseguir com a formulação da norma, a sua manifestação e o relatório de análise de impacto regulatório integrarão o conjunto de documentos submetidos a consulta pública, conforme artigo 6º, §4º, do PL 6621/2016.

A consulta pública é outro instrumento disposto pelo PL 6621/2016 para garantir a adequação das normas regulatórias à realidade na qual elas estarão inseridas. De acordo com o artigo 9º, §1º, do projeto, a consulta pública é processo de apoio à tomada de decisão da agência regulatória, "por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora". Assim, permite-se que as partes diretamente afetadas pela norma regulatória participem de seu processo de elaboração, propondo adequações a determinados aspectos que podem não funcionar de forma eficiente na prática. O PL 6621/2016 dispõe que a agência deve dar publicidade ao seu posicionamento acerca das sugestões e críticas submetidas no âmbito da consulta pública, divulgando-o em seu sítio na internet (artigo 9º, §5º, do PL 6621/2016).

O PL 6621/2016 inova também ao dispor que não só as propostas de novas normas regulatórias, como também a formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante, devem ser submetidas a consulta pública (artigo 10 do projeto).

Muito embora o PL 6621/2016 ainda esteja tramitando no Congresso Nacional, a Casa Civil já se incumbiu de elaborar o Guia para estabelecer diretrizes à análise de impacto de novas normas regulatórias. O documento parte do pressuposto de que a regulação utilizada de forma arbitrária e desproporcional "pode gerar efeitos nocivos substanciais aos mercados e à sociedade como um todo, tais como: aumento do preço dos produtos ou serviços, queda de investimentos, barreiras à entrada, barreiras à inovação, altos custos de conformidade ao setor regulado, aumento dos riscos e distorções de mercado" (CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2018, p. 19).

A análise de impacto regulatório tem como objetivo analisar, pautado em um processo sistemático com base em evidências, os possíveis efeitos de alternativas de ação para resolver um problema regulatório (CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2018, p. 20).

As recomendações do Guia são pautadas nas orientações formuladas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (doravante denominado por sua sigla, "OCDE"), inclusive com referências expressas a alguns de seus documentos.

O primeiro documento elaborado pela OCDE sobre política regulatória foi elaborado em 1995 e ofereceu recomendações para o aprimoramento de regulação estatal, elencando dez orientações a entes reguladores na formulação de normas. As orientações dispõem que: (i) o problema a ser resolvido pela regulação deve ser corretamente definido; (ii) a ação governamental deve ser justificada; (iii) a regulação deve ser a melhor forma de ação governamental; (iv) deve haver base legal para a regulação; (v) se deve avaliar qual é o nível apropriado de governo para a ação; (vi) os benefícios da regulação devem superar o seu custo; (vii) a distribuição de efeitos pela sociedade deve ser transparente; (viii) a regulação deve ser clara, consistente, compreensível e acessível aos destinatários; (ix) todas as partes interessadas devem ter tido a oportunidade de se manifestar sobre a regulação; e (x) se deve elaborar estratégias de implementação da regulação (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 1995).

Dez anos mais tarde, em 2005, a OCDE elaborou novo documento, desta vez com o objetivo de estabelecer princípios para guiar a qualidade e performance regulatória. Neste documento, estabeleceu-se as seguintes recomendações: (i) adotar, no âmbito político, amplos programas de reforma com objetivos e formas de implementação claros; (ii) avaliar impactos e revisar regulações sistematicamente para garantir que elas são capazes de alcançar seus objetivos de forma eficiente e eficaz em um ambiente econômico e social complexo; (iii) garantir que regulações e as autoridades incumbidas de aplicá-las são transparentes e não-discriminatórias; (iv) revisar e fortalecer, quando necessário, o escopo, efetividade e aplicação de política de defesa da concorrência; (v) elaborar regulações que estimulem concorrência e eficiência, eliminando-as quando não houver evidências de que são a melhor forma de tutelar o interesse público; (vi) eliminar barreiras regulatórias desnecessárias ao comércio e investimento, por meio de liberalização contínua e abertura econômica; e (vii) identificar possíveis relações com outros objetivos políticos e desenvolver regras que auxiliem a reforma regulatória (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 2005, p. 3-8).

Em 2012, a OCDE formulou novas recomendações para política e governança regulatória. Neste documento, o órgão recomendou que seus países-membros adotassem as seguintes medidas: (i) comprometer-se nos níveis políticos mais elevados a uma política ampla de qualidade regulatória, com objetivos e formas de implementação claros, assim como consideração adequada aos custos e efeitos líquidos das regulações; (ii) aderir aos princípios de governo aberto e transparência, para garantir que as normas regulatórias servem ao interesse público e conformam-se aos interesses legítimos dos seus destinatários; (iii) estabelecer mecanismos e instituições para supervisionar a qualidade regulatória; (iv) integrar avaliações de impacto regulatório nos primeiros estágios de formulação de novas regras regulatórias; (v) conduzir revisões sistemáticas do estoque de normas regulatórias para garantir que elas continuam atuais e relevantes; (vi) publicar regularmente relatórios de performance de políticas regulatórias e programas de reformas; (vii) desenvolver políticas consistentes sobre o papel e funções de agências regulatórias; (viii) garantir a efetividade de sistemas que busquem assegurar a legalidade e equidade procedimental de regulações e decisões de agências regulatórias encarregadas de sua aplicação; (ix) aplicar, sempre que apropriado, avaliação de risco, gestão de risco e estratégias de comunicação de risco à elaboração e implementação de regulações; (x) promover, sempre que apropriado, coerência regulatória por meio de mecanismos de coordenação entre níveis supranacionais, nacionais e federativos de governo; (xi) promover o desenvolvimento de capacidade de gestão regulatória nos níveis federativos locais de governo; e (xii) considerar, no desenvolvimento de medidas regulatórias, todos os padrões e formas de colaboração internacional no mesmo âmbito, sopesando possíveis efeitos com relação a partes fora da jurisdição nacional (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 2012, p. 4-5).

O Guia adota muitas das recomendações da OCDE, sendo que várias delas, senão todas, também estão contidas no PL 6621/2016. Neste sentido, o Guia determina que a análise de impacto regulatório deve permitir que o regulador tenha um melhor conhecimento acerca da real necessidade de ação por parte da administração pública, distinguindo as alternativas de ações possíveis, com as vantagens e desvantagens de cada uma, de modo a possibilitar a tomada de decisão bem embasada e com clareza sobre seus possíveis efeitos (CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2018, p. 23).

O Guia separa a análise de impacto regulatório em dois níveis, de acordo com a profundidade do estudo. O Nível I da análise de impacto regulatório deve conter: (i) sumário executivo; (ii) a identificação do problema a ser solucionado; (iii) os atores ou grupos afetados pelo problema identificado; (iv) a base legal da ação escolhida para solucionar o problema; (v)

definição dos objetivos que se pretende alcançar; (vi) descrição de possíveis alternativas para solucionar o problema; (vii) exposição de possíveis impactos das alternativas identificadas; (viii) comparação das alternativas consideradas, com indicação daquela tida como mais adequada; (ix) descrição da forma de implementação da alternativa escolhida, incluindo formas de monitoramento e fiscalização, assim como necessidade de alteração de normas em vigor; (x) considerações sobre informações e contribuições recebidas ao longo da elaboração da análise de impacto regulatório; e (xi) identificação dos responsáveis pelo relatório de análise de impacto regulatório (CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2018, p. 26). O Nível II de análise de impacto regulatório deve conter todos os requisitos do Nível I, além dos seguintes: (i) levantamento da experiência internacional na solução do problema regulatório; (ii) mensuração de possíveis impactos das alternativas para solução do problema identificadas sobre consumidores, usuários dos serviços e outros segmentos da sociedade afetados; e (iii) identificação dos riscos envolvidos em cada uma das alternativas consideradas (CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2018, p. 27).

Com base nas recomendações da OCDE, pode-se afirmar que os pontos mais críticos da análise de impacto regulatório são a definição do problema regulatório, a identificação das possíveis alternativas para solucionar o problema e os seus possíveis impactos sobre a sociedade. Estas recomendações foram efetivamente incorporadas pelo Guia, o que demonstra a influência da OCDE sobre as recentes iniciativas referentes à construção do Sistema Regulatório Brasileiro.

Feita a análise sobre as iniciativas dos Poderes Executivo e Legislativo a respeito da construção do Sistema Regulatório Brasileiro, cumpre agora traçar os possíveis paralelos entre estas iniciativas e as ideias de Hayek, para verificar se é possível, de fato, estabelecer uma relação.

5 O SISTEMA REGULATÓRIO BRASILEIRO E AS TEORIAS DE HAYEK SOBRE O PAPEL DO DIREITO

Os capítulos anteriores exploraram as ideias de Friedrich Hayek acerca do papel do direito no sentido de harmonizar as expectativas de diferentes indivíduos e as recentes iniciativas legislativas e administrativas para a construção do Sistema Regulatório Brasileiro. Percebe-se que a construção desse sistema visa a conferir uniformidade à regulação da atividade econômica, estabelecendo limites materiais (e não apenas formais) ao poder regulador do Estado, de modo a garantir que a intervenção estatal ajudará, e não atrapalhará, o desenvolvimento econômico coerente com a consecução de certos objetivos sociais.

O Guia e o PL 6621/2016 parecem ter clara inspiração nas recomendações da OCDE. A questão que se coloca, portanto, é: seria possível estabelecer um paralelo entre as ideias de Hayek, as recomendações da OCDE e as normas estruturantes do Sistema Regulatório Brasileiro?

Tudo parece indicar que a resposta é positiva. Ressalta-se que não se trata, aqui, de determinar se as teses de Hayek foram explicitamente citadas como fonte inspiração pela OCDE, pelos legisladores brasileiros ou por aqueles que participaram da formulação do Guia. O que se propõe é verificar se, ainda que de forma não expressa, as ideias de Hayek foram incorporadas nestas iniciativas.

O primeiro paralelo que se pode traçar diz respeito ao conceito de frustração de expectativas. Hayek defende que a ordem jurídica deve ser capaz de diferenciar as expectativas de indivíduos que podem ser frustradas daquelas que devem ser preservadas. A frustração de expectativas que não mereceriam tutela jurídica criaria novas expectativas nos indivíduos, sendo possível pressupor que estas novas expectativas seriam legítimas e fortaleceriam a ordem jurídica. Este conceito foi incorporado nas recomendações da OCDE, no Guia e no PL 6621/2016, que demandam uma análise prévia de impacto de uma nova norma para identificar as pessoas afetadas pela regulação. Assim, ao analisar quem será afetado por uma norma e de que forma essas pessoas serão afetadas, pode-se presumir que o regulador buscará determinar se seu ato frustrará expectativas legítimas que deveriam ser preservadas.

O Guia e o PL 6621/2016 também determinam que se deve avaliar os custos de uma nova norma regulatória. Estes custos serão decorrentes, ao menos em parte, da frustração de expectativas existentes antes da edição da norma. Esta é outra forma de averiguar, em consonância com o que Hayek propôs, se a ordem jurídica está preservando expectativas legítimas. O fato de o custo de uma norma ser demasiadamente alto pode indicar que expectativas legítimas estão sendo frustradas e os indivíduos estão tendo (ou terão) dificuldades em se adaptar à nova realidade.

Ainda nesta linha, as recomendações no sentido de se elaborar estudo de custo benefício de novas normas regulatórias também estão alinhadas com a ideia de preservação de expectativas legítimas. Uma boa relação de custo benefício de uma norma pode indicar que ela privilegia expectativas que devem ser preservadas para possibilitar a construção de uma ordem jurídica eficiente.

A obrigação de realizar consulta pública é outro forte indício de que as ideias de Hayek estão presentes nas recomendações da OCDE, no Guia e no PL 6621/2016. Ao consultar a sociedade e o mercado, o regulador terá a oportunidade de verificar se a nova norma encontra

reflexo nos usos, costumes e valores adotados pelos indivíduos. Caso uma norma possa representar uma ruptura com valores tidos como legítimos, esta incongruência ficará clara nas manifestações oferecidas no âmbito da consulta pública. Ainda que o regulador não tenha a obrigação de acatar todas as sugestões feitas, a consulta pública será instrumento importante para garantir que as normas regulatórias não irão na contramão daquilo que é praticado no mercado, gerando custos que poderiam ser evitados com um diálogo efetivo com a sociedade.

No mesmo sentido, a revisão periódica de normas regulatórias proposta pelas recomendações da OCDE, pelo Guia e pelo PL 6621/2016 pode auxiliar na construção de uma ordem normativa mais adequada na perspectiva das teses de Hayek. Além de identificar normas que já eram ineficientes (no sentido de frustrar expectativas legítimas) quando de sua edição, a revisão periódica também possibilitará a identificação de normas que, embora fossem adequadas quando de sua edição, deixaram de ser desejáveis em virtude de mudanças na realidade social e econômica, que podem criar novas expectativas nos indivíduos ou mesmo deslegitimar expectativas que antes eram aceitáveis. Neste contexto, também é importante a recomendação de se revogar as normas que tenham se tornado ineficientes em função de alterações das circunstâncias e da realidade social e econômica. Retirar da ordem jurídica as normas que se tornaram incapazes de maximizar a expectativas dos indivíduos auxilia a construção de uma ordem jurídica eficiente na perspectiva das ideias de Hayek.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou as recentes iniciativas lideradas pela Casa Civil da Presidência da República para a construção de um Sistema Regulatório Brasileiro. O estudo buscou verificar se há pontos em comum entre as teses de Hayek acerca do papel do direito os fundamentos deste novo sistema.

O método de pesquisa utilizado foi primordialmente o dedutivo, com análise documental de textos doutrinários, documentos oficiais da OCDE e da Casa Civil da Presidência da República e do PL 6621/2016.

Verificou-se que: (i) o poder regulador do Estado possui limites formais (princípio da legalidade) e materiais, devendo haver fundamentos e pressupostos de fato que justifiquem a intervenção estatal sobre a esfera privada; (ii) Friedrich Hayek desenvolveu ideias acerca do papel do direito, sendo que uma de suas principais contribuições neste sentido foi a formulação do conceito de maximização de expectativas de indivíduos; (iii) as iniciativas dos Poderes Executivo e Legislativo no Brasil, lideradas pela Casa Civil da Presidência da República, tiveram inspiração nas recomendações da OCDE e foram baseadas na ideia de que é necessário

realizar análise prévia do impacto e eficácia das normas regulatórias antes de sua promulgação; e (iv) é possível estabelecer diversos paralelos entre as ideias de Friedrich Hayek, as orientações do Guia, o conteúdo do PL 6621/2016 e as recomendações da OCDE sobre política regulatória.

Com base nas conclusões deste estudo, é possível estabelecer uma tendência de diálogo cada vez maior entre reguladores e regulados na formulação de normas e tomada de decisões. Caso este diálogo se estabeleça de forma genuína, pode-se esperar a construção de um sistema no qual o cumprimento das normas regulatórias decorrerá não necessariamente da coerção estatal, mas do reconhecimento de sua legitimidade por agentes econômicos e indivíduos, o que contribuirá para a maximização de expectativas e criação de um ambiente econômico e social mais eficiente.

REFERÊNCIAS

AKERLOF, George A. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, Nova Iorque, vol. 84, pp. 488-500, 1970.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. Disponível em <http://www.regulacao.gov.br>. Acesso em 26 de agosto de 2018.

_____. **Sistema Regulatório Brasileiro**. Disponível em <http://www.casacivil.gov.br/regulacao/sistema-regulatorio-brasileiro>. Acesso em 26 de agosto de 2018.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**, Chicago, vol. 3, p. 1-44, 1960.

FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FREITAS, Luciano Charlita de; SOUZA, Waldemar Antônio da Rocha de. Diagnóstico sobre risco e risco sistêmico no setor de telecomunicações brasileiro. **Cadernos de Finanças Públicas**, Brasília, vol. 16, p. 411-429, 2016.

FREIRE, Maia Paula dos Reis Vaz. **Eficiência Económica e Restrições Verticais**. Lisboa: AAFDL, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

HAYEK, Friedrich A. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**. São Paulo: Visão, 1985. v. 1.

NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance**. Disponível em <http://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>. Acesso em 26 de agosto de 2018.

_____. **Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation**. Disponível em <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0278>. Acesso em 26 de agosto de 2018.

_____. **Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance**. Disponível em <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/49990817.pdf>. Acesso em 26 de agosto de 2018.

PITTA, André Grünspun. **O regime de informação das companhias abertas**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

YAZBEK, Otavio. **Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.