

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito

Patricia Rodrigues Pessoa Valente

Avaliação de Impacto Regulatório
Uma ferramenta à disposição do Estado

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Sebastião Botto de Barros Tojal

São Paulo

2010

Patricia Rodrigues Pessoa Valente

Avaliação de Impacto Regulatório
Uma ferramenta à disposição do Estado

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito do Estado, sob orientação do Prof. Dr. Sebastião Botto de Barros Tojal.

São Paulo

2010

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

O desenvolvimento desse tema teve início antes mesmo do meu ingresso no programa de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Quem primeiro despertou meu interesse pelo tema foi Julia Black durante pesquisa realizada na *London School of Economics and Political Sciences* entre os anos de 2005 e 2006. De volta ao Brasil e já como aluna do programa de mestrado das Arcadas, fui recepcionada pelo professor Sebastião Botto de Barros Tojal, que nunca se cansou de apostar nas minhas iniciativas acadêmicas e sempre me acalmou nos momentos de ansiedade que acredito acometer todos os jovens acadêmicos. Não poderia deixar de agradecer aos antigos professores Carlos Ari Sundfeld e Vera Monteiro, pelas discussões (ainda que à distância) em torno do tema, e aos recentes professores José Eduardo Faria, Fernando Dias Menezes de Almeida e Diogo Rosenthal Coutinho, pela generosa leitura de versões preliminares deste trabalho e do projeto de qualificação.

Agradeço, também, a Jadir Dias Proença, coordenador técnico do Programa de Fortalecimento da Gestão em Regulação, da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil, pela atenção e material concedidos, sem os quais a análise do contexto brasileiro não teria sido possível. Sou grata ainda a Scott Jacobs, Jacques Pelkmans e a todos os colegas do curso de capacitação oferecido em Bruges pelo *College of Europe* e *Jacobs & Associates*, em 2009, pela oportunidade de compreender a dinâmica da aplicação da *avaliação de impacto regulatório* em diversos países.

Este trabalho não teria sido possível sem a ajuda de Mayra Gouvêia, Bruno Jorge Fagali, Marco Aurélio Piruni Belém, Bruno Müller e de amigos queridos como Carolina Theodoro da Silva Mota, Denise Vasques, Carla Osmo, Denise Junqueira, Nádia Roberta Issa, Danilo Tavares da Silva, Sandra Terepins, Renata Porto Adri e Maria de Brotas. Agradecimentos especiais a Mateus Piva Adami, Rita Lamy Freund e Bruno Batista da Costa de Oliveira que tiveram o cuidado de fazer ricos comentários contribuindo para as ideias e argumentos desenvolvidos aqui. Agradeço a todos os colegas do Tojal, Teixeira Ferreira, Serrano & Renault Advogados e do Leoni Siqueira Advogados pelo apoio e compreensão durante o caminho percorrido ao longo desses três anos de estudos e pesquisas conjugados com responsabilidades profissionais. Por fim e sem saber muito bem como, agradeço àqueles que sempre estiveram ao meu lado, minha família que cresce a cada dia um pouco mais.

A vocês, muito obrigada!

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	07
CAPÍTULO 1.....	13
INTRODUÇÃO.....	13
1.1. A regulação e o Estado regulador brasileiro.....	14
1.2. Qual o modelo de Estado regulador por trás da ideia de <i>avaliação de impacto regulatório</i> ?.....	20
1.3. A <i>avaliação de impacto regulatório</i> e o processo de tomada de decisão regulatória.....	24
1.3.1. <i>avaliação de impacto regulatório</i> : uma ferramenta à disposição do Estado e não do governo.....	26
CAPÍTULO 2 - AVALIAÇÃO DE IMPACTO REGULATÓRIO: UM INSTRUMENTO À DISPOSIÇÃO DO ESTADO.....	29
2.1. Apresentando a <i>avaliação de impacto regulatório</i> ao leitor brasileiro.....	29
2.2. O que é uma <i>avaliação de impacto regulatório</i> ?.....	32
2.3. As definições de <i>avaliação de impacto regulatório</i> na literatura especializada.....	33
2.4. Distinguindo <i>avaliação de impacto regulatório</i> de outras ferramentas de controle do Estado.....	36
2.4.1. <i>avaliação de impacto regulatório</i> e auditoria operacional realizada pelos Tribunais de Contas	36
2.4.2. <i>avaliação de impacto regulatório</i> e estudo de impacto ambiental.....	41
2.4.3. <i>avaliação de impacto regulatório</i> e avaliação legislativa.....	47
2.4.4. <i>avaliação de impacto regulatório</i> e consulta pública.....	50
2.5. Como e quando utilizar a <i>avaliação de impacto regulatório</i> : as etapas desse procedimento.....	53
2.6. Experiências estrangeiras.....	61
2.6.1. A experiência dos Estados Unidos da América.....	62
2.6.2. A experiência da Inglaterra.....	64
2.6.3. A experiência da União Europeia.....	67
2.7. Qual é o objeto da <i>avaliação de impacto regulatório</i> e quem é o responsável por realizá-la?.....	70
2.7.1. Toda e qualquer decisão regulatória deveria ser submetida a uma <i>avaliação de impacto regulatório</i> ?.....	74
2.7.2. Quando se deve avaliar uma decisão regulatória?.....	76
2.8. Resenha literária: as críticas e defesas à <i>avaliação de impacto regulatório</i>	77
2.9. Propondo um conceito de <i>avaliação de impacto regulatório</i>	88
CAPÍTULO 3 - ANOTAÇÕES SOBRE OS POSSÍVEIS MÉTODOS DA AVALIAÇÃO DE IMPACTO REGULATÓRIO.....	90
3.1. Uma breve introdução à economia.....	91
3.2. Alguns métodos para uma análise racional das decisões regulatórias.....	92
3.2.1. Análise de custo-benefício.....	93
3.2.2. Análise de custo-efetividade.....	97
3.2.3. Outros métodos utilizados na <i>avaliação de impacto regulatório</i>	99

3.3. Dificuldades na elaboração da <i>avaliação de impacto regulatório</i> : a coleta de dado.....	103
CAPÍTULO 4 - O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO.....	107
4.1. Breve introdução a uma leitura econômica do direito.....	108
4.2. O princípio da eficiência no Direito Brasileiro.....	110
4.3. Um dos fundamentos jurídicos da <i>avaliação de impacto regulatório</i> no ordenamento brasileiro: o princípio da eficiência.....	116
4.4. Conclusão parcial: a adoção da <i>avaliação de impacto regulatório</i> tornaria o Estado brasileiro mais eficiente?.....	119
CAPÍTULO 5 - A AVALIAÇÃO DE IMPACTO REGULATÓRIO E O DÉFICIT DEMOCRÁTICO DO ESTADO REGULADOR.....	123
5.1. Uma possível tradução de <i>accountability</i> para o português.....	124
5.1.1. Algumas acepções de legitimidade.....	124
5.1.2. Legitimidade e responsabilização: por um Estado regulador mais eficiente.....	128
5.2. Conclusão parcial: a <i>avaliação de impacto regulatório</i> como uma ferramenta redutora do déficit democrático e um caminho para a efetividade do princípio da eficiência.....	136
CAPÍTULO 6 - POR QUE SE DEVE PROPOR UM CONTROLE POLÍTICO DOS AGENTES REGULADORES?.....	139
6.1. Uma introdução à teoria do agente-principal.....	141
6.2. A <i>avaliação de impacto regulatório</i> como mecanismo de controle político do agente regulador.....	148
6.2.1. A autonomia das agências reguladoras e a figura do controle político.....	153
6.3. Conclusão parcial: o controle político e a legitimação das decisões regulatórias.....	159
CAPÍTULO 7 - A AVALIAÇÃO DE IMPACTO REGULATÓRIO E O BRASIL.....	164
7.1. <i>Avaliação de impacto regulatório</i> e o direito brasileiro.....	164
7.2. A unidade central de supervisão da qualidade da regulação: as particularidades do caso brasileiro.....	169
7.3. O Estado brasileiro e a <i>avaliação de impacto regulatório</i>	175
7.3.1. O PRO-REG.....	177
7.3.1.1. A <i>avaliação de impacto regulatório</i> no PRO-REG.....	181
7.3.2. O Programa de Melhoria da Regulação da ANVISA.....	183
7.4. Um balanço da experiência brasileira.....	188
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	195
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	199
RESUMO.....	217
ABSTRACT.....	218

APRESENTAÇÃO

A regulação estatal cresceu nas últimas décadas em diversos países com o objetivo de ajustar políticas econômicas e sociais aos planos dos governantes.

Nos chamados países desenvolvidos, houve um aumento sem precedentes de novas fórmulas regulatórias relacionadas ao meio ambiente, à saúde e à segurança. Se nos Estados Unidos se falava em desregulação (*deregulation*) como tentativa de explicar a diminuição da intervenção estatal em alguns setores da economia, na Europa reformas regulatórias foram realizadas para aperfeiçoar o tratamento conferido aos serviços privatizados e aos setores que exigiam do Estado uma abordagem mais eficiente e menos onerosa para a iniciativa privada¹.

Nos países em desenvolvimento como o Brasil, também houve pelo menos três categorias de reação aos movimentos econômicos das últimas décadas: (i) elaboração de uma estrutura regulatória aplicável aos setores privatizados da economia (*e.g.* telecomunicações e energia); (ii) mudança na intervenção estatal em alguns setores para atrair investimento privado (*e.g.* portos e aviação civil); e (iii) aperfeiçoamento da regulação em setores que, em sua essência, exigem constante controle em razão do dever estatal de preservar a saúde humana e o meio ambiente (*e.g.* saúde e meio ambiente).

Apesar de a regulação estatal ter sido (e ainda ser) largamente utilizada, muito se discute a respeito da eficiência das políticas e medidas adotadas, pois uma regulação ineficiente pode acarretar dispêndio não só para o próprio Estado, gerando prejuízo aos cofres públicos, como também para a sociedade em geral. Experiências nacionais e estrangeiras mostram que a regulação pode resultar em altos custos para as empresas que em geral são repassados aos preços finais, portanto, aos usuários e consumidores.

¹ Exemplo disso é o movimento presente em países da Europa intitulado *Better Regulation*. As raízes e características desse movimento coincidem com a história da *avaliação de impacto regulatório*, que será explicada no capítulo 2 deste trabalho.

Diante disso, a Emenda Constitucional 19/98, que elevou a eficiência ao *status* de princípio constitucional da administração pública, foi aprovada e trouxe às faculdades de direito discussões antes restritas a escolas de economia e administração pública. No contexto brasileiro, a pergunta, agora, é: tomando as decisões regulatórias como referencial analítico, é possível medir a eficiência do Estado?

Na tentativa de responder a essa pergunta, o presente trabalho tem, como objetivo primário, a apresentação da *avaliação de impacto regulatório AIR* como uma das ferramentas possíveis e existentes para medir a eficiência das decisões do Estado regulador.

Em breves linhas, a *AIR* é um procedimento ordenado de tomada de decisão no âmbito da atividade regulatória estatal. Baseia-se no uso sistemático de análises sobre os possíveis efeitos de uma determinada decisão regulatória por meio do qual é possível tornar a intervenção mais eficiente e propiciar uma regulação de melhor qualidade².

A escolha da *AIR* não quer dizer que sua aplicação seja a única medida adequada ou necessária para tornar o Estado mais eficiente: trata-se de apresentá-la como um dos meios de o Estado brasileiro mostrar-se fiel aos seus objetivos declarados nas políticas públicas emanadas dos Poderes Legislativo e Executivo, e ao seu dever constitucional de eficiência.

Além disso, é sabido que qualquer mecanismo de controle não pode ser considerado de forma isolada, mas sim como um elemento idealizado em meio a outros em busca de maior transparência. Os termos *avaliação de impacto regulatório AIR* ou *análise de impacto regulatório* utilizados neste trabalho não abrangem a ponderação de normas, no sentido estritamente formal, emanadas do Poder Legislativo. Parte do objeto do trabalho engloba decisões regulatórias criadas por agentes da administração indireta imbuídos do dever legal de regular determinado setor (como agências reguladoras, entidades de padronização, bancos centrais, etc.) que podem resultar em instrumentos normativos de natureza administrativa. Além do poder normativo dos agentes reguladores, a *AIR* também tem como objeto auxiliar o

² Essa é a opinião de órgãos internacionais como a OCDE e o Banco Mundial.

processo de tomada de decisão relativa à atividade regulatória estatal, que pode não resultar em uma norma³.

Nessa toada, não se pode perder de vista que a legitimidade do agente regulador é um tema caro ao direito pátrio. No atual modelo de Estado, o agente administrativo não eleito, no exercício de seus poderes, toma decisões que podem gerar grande impacto aos particulares. Deseja-se, a partir da adoção da *AIR*, dotar a máquina estatal de mecanismos para que os interessados possam ser ouvidos. Além disso, acredita-se que com a *AIR* o Estado regulador apresentará medidas mais adequadas ao interesse geral uma vez que estará em maior sintonia com as necessidades dos particulares afetados. Assim, busca-se apresentar essa ferramenta com o intuito de conferir ao Estado brasileiro condições de tornar-se mais responsável e mais democrático. Estes conceitos serão abordados ao longo da dissertação.

Nesse sentido, pretende-se contribuir para o aprofundamento do saber não só dos processos decisórios, mas sobretudo das relações interinstitucionais estabelecidas no ambiente regulatório, bem como do arranjo institucional voltado a atribuir legitimidade às decisões regulatórias. Acredita-se, dessa maneira, ser possível adicionar à adoção da *AIR* outros argumentos que não estejam restritos ao universo econômico.

Ainda resta expor o caminho que se será traçado nos capítulos seguintes. Para atender ao objetivo primário do trabalho (apresentar a *AIR* como uma das ferramentas para medir a eficiência das decisões estatais) serão propostas quatro perspectivas orientadoras do raciocínio e da linha de argumentação a ser desenvolvida. Além da primeira perspectiva que se identifica com o referido objetivo primário, a segunda aponta para o fato de a *AIR* ser suficiente para dar efetividade à vontade do constituinte derivado, quando da constitucionalização do princípio da eficiência com a Emenda Constitucional 19/98. A terceira perspectiva trata da capacidade de a *AIR* conferir legitimidade às decisões do agente regulador e, com isso, reduzir o déficit democrático do Estado regulador. A quarta e última perspectiva resume-se à utilização da *avaliação de impacto regulatório* como mecanismo de controle político das agências

³ Note-se que neste trabalho não serão tratadas as atividades-meio dos agentes reguladores (*e.g.* compras, concursos e organização administrativa), uma vez que o objetivo central é analisar a sua atividade-fim (*i.e.* regulação estatal).

reguladoras pelos agentes eleitos que delegaram a essas entidades autônomas poderes para regular determinado mercado ou atividade.

A inexistência, no Brasil, de trabalhos acadêmicos sobre a *AIR* tornou a realização desta dissertação ao mesmo tempo simples e complexa. Foi mais simples do ponto de vista da pesquisa: diferentemente do que ocorre com temas mais populares nos bancos das faculdades de direito, logo veio a sensação de que o mundo jurídico nacional havia dado pouca atenção ao assunto. Essa vantagem, contudo, mostrou que poucos trabalhos poderiam servir de subsídio. Diante dessa carência de material e pesquisa sobre o assunto, foi necessário valer-se de bibliografia estrangeira e de estudos elaborados por órgãos governamentais nacionais e internacionais.

Apesar de ser instrumento novo, ainda não adotado no país, será demonstrado ao longo desta dissertação que a *avaliação de impacto regulatório* já encontra no ordenamento jurídico brasileiro fundamento constitucional e legal necessário não só para autorizar como, principalmente, impor sua adoção pela administração pública. Esse tema será mais detalhado no capítulo 4, quando será analisado o princípio da eficiência *vis a vis* a *avaliação de impacto regulatório*.

Considerando que o principal componente da *AIR* é a análise dos diferentes impactos de uma decisão regulatória sobre os possíveis atores afetados, um estudo amplo e completo dessa ferramenta sem dúvida abordaria aspectos relativos a outras áreas do conhecimento, como ciências sociais, economia e ciência política. No entanto, a análise a ser realizada será eminentemente jurídica e utilizará contribuições dessas ciências quando for necessário e apenas como fonte de exemplificação e apoio para o desenvolvimento de conclusões.

Ademais, essa análise jurídica não será um estudo de direito comparado entre o sistema brasileiro e os sistemas jurídicos nos quais a *avaliação de impacto regulatório* já é uma prática. As experiências estrangeiras serão aqui utilizadas como ilustrações que permitem tornar explícitos os contornos dessa ferramenta e os debates jurídicos em torno dela.

Tampouco se pretende realizar uma *AIR* ao longo deste trabalho. Como será demonstrado adiante, para tal tarefa seria necessário passar por todas as etapas dessa avaliação

em conjunto com outros profissionais, cuja formação se relacione ao conteúdo da decisão a ser tomada (*e.g.* economistas, cientistas sociais, etc.). Essas atividades fugiriam dos requisitos de um trabalho acadêmico individual a ser apresentado como condição para a obtenção do título de mestre, pois seria um relatório de avaliação e não uma reflexão teórica sobre o tema.

Por fim, vale desde logo esclarecer que muito já se falou acerca do controle do Judiciário sobre as atividades dos agentes reguladores. A abordagem aqui proposta é voltada ao controle das atividades regulatórias por outro viés: pelo procedimento e menos pelo sujeito. Por meio de uma ferramenta a ser introduzida no sistema regulatório brasileiro, que ainda está em fase embrionária, acredita-se que os Poderes Legislativo e Executivo, bem como todos os interessados poderão controlar o exercício da atividade regulatória. De toda forma, vale mencionar que a *AIR* poderá certamente auxiliar o controle realizado pelo Poder Judiciário, bem como de outros sujeitos e meios, porém esse não será o objeto deste trabalho.

O objetivo secundário desta dissertação restringe-se à análise da iniciativa governamental de introdução da *avaliação de impacto regulatório* no processo de tomada de decisão do Estado regulador brasileiro. Em 2008 a Casa Civil da Presidência da República se responsabilizou pela execução do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (Pro-Reg⁴) cujo objetivo é “melhorar a qualidade da regulação federal”. O Programa, que terá duração de três anos e recursos do Banco Interamericano de Desenvolvimento e do próprio governo, tem como missão a implementação e institucionalização da *avaliação de impacto regulatório* no país.

Para tanto será realizada, após esta apresentação, breve introdução acerca do tema (capítulo 1) e em seguida, no capítulo 2, a *AIR* será apresentada a partir da literatura estrangeira e das experiências de outros países. Ao final do capítulo 2 será proposto conceito de *AIR* a ser utilizado para os fins deste trabalho. Em continuação, serão ainda apresentados os

⁴ O Pro-Reg foi instituído pelo Decreto 6.062 de 16 de março de 2007 e aprovado pelo Senado Federal em dezembro de 2006.

possíveis métodos adotados para levar a cabo a *AIR* (capítulo 3). Com isso, pretende-se dar os primeiros passos para atender à primeira perspectiva de análise acima apresentada⁵.

A segunda perspectiva de análise será desenvolvida no capítulo 4, quando serão analisadas as funcionalidades dessa ferramenta *vis a vis* o princípio constitucional da eficiência estatal. Dando continuidade a esse modelo, no capítulo 5, a *avaliação de impacto regulatório* será apresentada como mecanismo de recomposição do déficit democrático dentro do processo de tomada de decisão administrativa do agente regulador estatal, a fim de abordar a terceira perspectiva de análise apresentada. E, de acordo com a quarta perspectiva de análise, no capítulo 6 será abordado o potencial da *AIR* como mecanismo de controle político das agências reguladoras pelos Poderes Legislativo e Executivo. No capítulo 7, será apresentada a experiência nacional com essa ferramenta e a promessa para sua adoção pelo Estado brasileiro. Por fim, nas considerações finais, além de serem apresentadas conclusões gerais sobre o tema, serão sugeridas questões para novas investigações.

⁵ Note-se que a primeira perspectiva de análise será plenamente concretizada na medida em que a linha de argumentação evoluir para as demais perspectivas.

CAPÍTULO 1

INTRODUÇÃO

“[R]evigorar o movimento de atualização do direito público, para mantê-lo dominante no Estado Democrático e Social, exigindo que este último cumpra efetivamente a tarefa de oferecer utilidades concretas ao cidadão, conjugando equidade e eficiência. Não é uma síntese fácil, mas é uma síntese possível também para o direito administrativo (...). Encontrar um novo equilíbrio entre os interesses fundamentais do direito administrativo, evitando tanto a *prepotência* quanto a *impotência* do Estado, é o desafio posto à doutrina do nosso tempo e o resultado possível de um debate ainda muito longe de ser concluído”⁶.

O texto que serve de epígrafe harmoniza as ambições que este trabalho se coloca por meio da apresentação da *avaliação de impacto regulatório* ao debate do direito público, especialmente do direito administrativo, presente nas faculdades de direito brasileiras. Muito longe de ter a pretensão de encerrar o desafio doutrinário lembrado por PAULO MODESTO no texto acima, pretende-se ao longo das próximas páginas sugerir um possível caminho que contribua para que se encontre “um novo equilíbrio entre os interesses fundamentais do direito administrativo, evitando tanto a *prepotência* quanto a *impotência* do Estado”.

Para facilitar a compreensão da *avaliação de impacto regulatório* e orientar a leitura dos próximos capítulos, a seguir serão esclarecidos (i) a concepção de *regulação* adotada ao longo da dissertação e (ii) os referenciais teóricos necessários para o desenvolvimento de cada uma das perspectivas de análise expostas anteriormente. Além disso, buscar-se-á situar o tema dentro das atividades do Estado regulador, preparando o leitor para a apresentação da *AIR*.

⁶ MODESTO, Paulo. “Notas para um debate sobre princípio da eficiência”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 31, São Paulo, 2000, p. 55.

1.1. A regulação e o Estado regulador brasileiro

Regulação engloba vários conceitos e interpretações - é objeto de controvérsias e tema para um trabalho de fôlego⁷⁻⁸. Contudo, nesta dissertação o termo será entendido como “the sustained and focused attempt to alter the behaviour of others according to defined standards or purposes with the intention of producing a broadly identified outcome or outcomes, which may involve mechanisms of standard-setting, information-gathering and behaviour-modification”⁹. Ou seja, é uma ação ou inação, estatal ou não, que procura modificar comportamentos de acordo com padrões ou propósitos pré-estabelecidos para gerar os resultados identificados pela ampla gama dos interessados.

Diante da amplitude do conceito de regulação adotado e considerando que a *avaliação de impacto regulatório* é uma ferramenta a ser desenvolvida primordialmente pelos agentes reguladores do Estado¹⁰, aqui, a expressão *regulação* será sempre acompanhada do adjetivo *estatal*. Desse modo, apesar de se reconhecer diversos tipos de regulação (estatal, autorregulação, etc.), a AIR será apresentada como um instrumento do Estado regulador.

⁷ Para aprofundar nas diversas variações de regulação ver WEGRICH, Kai, “Regulação moderna em discussão: um estudo literário” disponível em <http://www.regulacao.gov.br/cursos/parceria-enap/bibliografia-sugerida/regulacao-moderna-em-discussao-2013-um-estudo-literario> (último acesso em 03/11/2009).

⁸ As bases conceituais da teoria econômica da regulação foram definidas no começo da década de 1970 por George Stigler, para quem a tarefa central dessa teoria é explicar quem arcará com os benefícios e os prejuízos da regulação, qual será a forma dessa regulação e os efeitos dessa regulação na alocação de recursos. Esse modelo sofreu críticas e aperfeiçoamentos ao longo do tempo. Note-se que a teoria de Stigler ressalta a importante questão da captura dos reguladores pelos regulados, mostrando os benefícios que podem ser obtidos pelos grupos de interesse ao empregar a máquina política para atender às suas finalidades. Vale mencionar a contribuição de Sam PELTZMAN, segundo o qual nenhum grupo econômico consegue capturar de forma absoluta o regulador, que tenderia a maximizar a alocação de benefícios entre os grupos envolvidos. Os consumidores conseguiriam assim obter benefícios com a regulação, por poderem oferecer votos e outros recursos aos legisladores (cf. PÓ, Marcos Vinícius. “A accountability no Modelo Regulatório Brasileiro: gênese e definições (os casos da ANATEL e da ANS)”, dissertação de mestrado apresentada à Fundação Getúlio Vargas – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor Fernando Luiz Abrúcio. São Paulo, 2004, p. 15).

⁹ Tradução livre: “a regulação é uma tentativa contínua e direcionada que procura modificar comportamentos de acordo com padrões ou propósitos pré-estabelecidos para gerar resultados amplamente identificados, os quais podem envolver mecanismos de estabelecimento de padrões, coleta de informações e mudanças de comportamento” (BLACK, Julia. “Critical Reflections on Regulation”. In: *Australian Journal of Legal Philosophy*, v. 27, Cramberra, 2002, pp. 5/6).

¹⁰ Ainda que a

Sendo uma ferramenta estatal, a atividade regulatória deve ser considerada dentro dos limites de uma política pública. Esta última é entendida como um instrumento de ação do Estado voltado à consecução do interesse público¹¹. Nas palavras de MARIA PAULA DALLARI BUCCI, “o adjetivo „pública justaposto ao substantivo „política , deve indicar tanto os destinatários como os autores da política. Uma política é pública quando contempla os interesses públicos, isto é, da coletividade – não como fórmula justificadora do cuidado diferenciado com interesses particulares ou do descuido indiferenciado de interesses que merecem proteção – mas como realização desejada pela sociedade”¹². Assim, pode-se dizer que o interesse público é alcançado na medida em que o objetivo pré-determinado pela política pública é atendido por meio de decisões tomadas pelos agentes reguladores.

Cabe ressaltar, ainda, que não se está falando da retirada da figura do Estado de setores da economia ou da redução do seu tamanho rumo ao Estado mínimo¹³. Fala-se em uma regulação que pode inclusive resultar na intervenção estatal, assim como na intervenção por agentes não-estatais ou na não-intervenção¹⁴.

¹¹ “[a] função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da idéia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas” (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 252).

¹² A autora continua: “Mas uma política pública também deve ser expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a manifestação clara e transparente das posições em jogo” (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 269).

¹³ “Regulatory reform has become a multifaceted strategy that includes better regulation, deregulation, re-regulation, simplification and institution-building (including public sector reforms). Regulatory reform is not about limiting the role of the state, but about re-defining the capacities and the role of the state to meet evolving needs. Governments must learn, for example, when and how to regulate in a market economy, not to abandon their legitimate roles in the face of market forces” (JACOBS, Scott. “Current trends in Regulatory Impact Analysis: the challenges of Mainstreaming RIA into Policy-making”, 2006, p. 13, disponível em <http://www.regulatoryreform.com/pdfs/Current%20Trends%20and%20Processes%20in%20RIA%20-%20May%202006%20Jacobs%20and%20Associates.pdf>, último acesso em 26/10/2009).

¹⁴ Ao tratar do surgimento das agências reguladoras no Brasil, Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR afirma: “[f]actualmente, as agências, no Brasil, surgem por conta do processo de privatizações e da disciplina das concessões. Neste sentido aparecem como um novo instrumento de atuação do Estado no domínio econômico. Diz-se que elas representam a substituição do modelo de gestão com base em controles formais (legalidade e motivação fundamental) e na intervenção direta (Estado empresário), pelo modelo gerencial, com base em avaliação de desempenho (eficiência) e intervenção condicionante de eficiência (regulação e regulamentação). Ou seja, nem o estado mínimo, protetor das liberdades (estado de direito liberal), nem o estado promotor de benefícios sociais e econômicos (estado social), mas o estado regulador que contribui para o aprimoramento das eficiências do mercado (estado regulador)” (“O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de [coord.]. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 271/272).

Não quer isso dizer, no entanto, que bastaria adotar conceito estatal de regulação, o qual é adotado pela literatura nacional¹⁵. Note-se que a *avaliação de impacto regulatório* não se limita às práticas de “comando e controle” (*command and control*) que são caracterizadas pelo poder sancionador do Estado para compelir o particular a acatar determinada vontade. Conforme será aprofundado mais adiante, em uma das fases da AIR procede-se à enumeração de alternativas para solução do problema identificado. Dentre as opções possíveis, recomenda-se, por exemplo, incluir formas de autorregulação ou o estabelecimento de padrões de qualidade para determinado tipo de atividade, bem como sanções não-estatais. Dependendo do caso concreto, uma delas pode ser a alternativa a ser adotada pelo Estado regulador e, assim sendo, estar-se-á diante de uma regulação nos termos apresentados.

Ademais, é importante não perder de vista as falhas da regulação de comando e controle (*command and control*), em que o Estado determina o que deve ser feito, e os indivíduos acatam a ordem estatal. Dentre os motivos para sua rejeição, JULIA BLACK aponta: (i) *a falha de instrumento* – os instrumentos utilizados (*i.e.* leis ou normas amparadas por sanções) são inapropriados e banais; (ii) *a falha de informação e de conhecimento sobre o setor* – o governo não tem conhecimento suficiente para identificar as causas do problema, desenhar soluções apropriadas e coibir a baixa adesão do público; (iii) *a falha de implementação* – a implementação é em geral inadequada; e (iv) *a falha de motivação e captura dos agentes reguladores* – os setores regulados sentem-se pouco atraídos para aderir à decisão regulatória e os agentes reguladores não têm incentivos para regular no interesse público¹⁶⁻¹⁷.

¹⁵ Marçal JUSTEN FILHO, a exemplo do restante da doutrina nacional e parte da doutrina internacional também, em seu manual de direito administrativo insere o tema da “regulação econômico-social” entre a atividade administrativa, como se a regulação fosse apenas exercida pelo Estado (Cf. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 456 e seguintes).

¹⁶ BLACK, Julia. “Critical Reflections on Regulation”. In: *Australian Journal of Legal Philosophy*, v. 27, Cramberra, 2002, p. 3.

¹⁷ No Brasil, José Eduardo FARIA aponta os efeitos da globalização e suas consequências na estrutura não só do Estado (regulador), como principalmente do próprio direito (cf. FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica: direito e conjuntura*, São Paulo: Saraiva, série GV-law, 2008 e FARIA, José Eduardo. *Direito na economia globalizada*. 1ª ed., 4ª tir., São Paulo: Malheiros, 2004).

Desse modo, as *novas* técnicas justificam-se pelos altos níveis de descumprimento das antigas e tradicionais normas regulatórias, uma vez que estas são decididas de maneira unilateral pelo Estado. Além do surgimento de formas criativas para o cumprimento das normas (*creative compliance*)¹⁸, as decisões regulatórias muitas vezes acarretam resultados indesejados no longo prazo. Por exemplo: a mera proibição da produção e comercialização de novos defensivos agrícolas com vista a coibir a destruição da fauna e da flora pode inibir a inovação no setor e, por consequência, a produção de produtos mais eficientes do ponto de vista ambiental. Assim, com a contínua utilização dos antigos defensivos, talvez mais perigosos que os novos, os laboratórios não têm qualquer incentivo para a introdução de novos produtos nesse mercado. Outra abordagem seria a comparação dessa técnica com o estabelecimento pelo Estado de padrões de qualidade ou de níveis de segurança necessários para os novos produtos, deixando a cargo dos laboratórios a escolha de como alcançar a meta de qualidade imposta pelo agente regulador.

Além disso, o conceito de regulação aqui adotado justifica-se pelas transformações presenciadas nos últimos anos. Exemplo disso são os fenômenos econômicos, sociais e institucionais que atingiram a manifestação do direito e a ideia de Estado¹⁹. Vale transcrever a síntese realizada por JOSÉ EDUARDO FARIA dos fenômenos verificados no plano institucional, por guardar ligação direta com o tema:

¹⁸ O *creative compliance* é conhecido pelo cumprimento criativo de normas regulatórias, sem que com isso seja alcançado o objetivo do Estado. Por exemplo, a fim de atender a um requisito técnico de acompanhamento de um dado empreendimento, a empresa contrata um especialista apenas para o momento da inspeção ou para assinar os documentos necessários, sem que haja um efetivo acompanhamento durante todo o período exigido pela norma.

¹⁹ José Eduardo FARIA sintetiza o inter cruzamento de duas eras econômicas nos anos 90 que resultou nas transformações que alteraram as relações de poder entre o Estado e a sociedade: “Uma é a do pós-guerra, caracterizada pelo planejamento estatal, pela intervenção governamental, pelas inovações conceituais e pragmáticas em matérias de regulação dos mercados, pela utilização do direito como instrumento de controle, gestão e direção, pela participação direta do setor público como agente financiador, produtor e distribuidor e por políticas sociais formuladas com o objetivo de assegurar patamares mínimos de igualdade, a partir dos quais haveria espaço para uma livre competição. A outra é a economia globalizada, que se afirma a partir da retomada dos fluxos privados de acumulação de capital e é progressivamente marcada pela desregulação dos mercados, pela „financeirização do capital, pela extinção dos monopólios estatais, pela privatização de empresas públicas, pela desterritorialização da produção e por uma nova divisão social do trabalho” (*Direito na economia globalizada*. 1ª ed., 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 111).

“Entre os fenômenos mais conhecidos no plano institucional destacam-se, por exemplo, a progressiva internacionalização das decisões econômicas e a expansão de uma trama mundial de instituições estatais e privadas com autoridade pública; *a subsequente dificuldade do sistema político-legislativo convencional de estabelecer regras do jogo estáveis e coerentes e o esgotamento da idéia de hierarquia como princípio ordenador da vida social*; a crescente porosidade na linha de demarcação ente o Estado e a sociedade; e, por fim, o esvaziamento da idéia de território como fundamento e objeto do Estado e, por tabela, a relativização da importância das fronteiras territoriais, uma vez que as atividades sociais, produtivas, comerciais e financeiras passam a depender de pessoas, coisas e ações dispersas pelos cinco continentes. No plano político, por consequência, rompe-se a aliança histórica entre Estado nacional, sistema econômico e democracia representativa. Na medida em que a globalização econômica é assimétrica, conduz à interdependência, estimula a formação de blocos regionais e provoca uma diversificação crescente dentro de cada região, com impacto e resultados distintos, ela introduz novas lógicas espaciais e também cria novas dinâmicas intra e inter-regionais, estimulando com isso a expansão de formas de coordenação política não-hierárquica e com geometria variáveis”²⁰.

Merece destaque a referência à incapacidade de o Estado estabelecer regras do jogo estáveis e coerentes. É sabido que para atrair investimento privado (nacional e estrangeiro) é preciso garantir certa previsibilidade, pois isto permite que os agentes econômicos prevejam de forma acurada o risco e diminuam seus custos, ao maximizar o potencial de retorno de seus projetos²¹⁻²². Para a garantia de tal previsibilidade, verificou-se que as decisões estatais

²⁰ FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica: direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, série GV-law, 2008, pp. 4/5.

²¹ “Business need to plan their operations and make their investment decisions with some assurance that the ground rules will not be changed abruptly or applied inconsistently – problems which might well arise if decision-making power were dispersed among the three branches of government” (Gellhorn e Levin, *apud* SILVA NETO, Orlando Celso da. “Noções Gerais sobre o controle das agências regulatórias no direito norte-americano”. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella [org.]. *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, p. 432).

²² “Estimativas sugerem que o risco regulatório é responsável por 2 a 6 pontos percentuais adicionais no custo do capital investido em infra-estrutura na América Latina, implicando um aumento superior a 20% - em média - nas tarifas dos serviços de infra-estrutura” (BRASIL. Presidência da República. “Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro”, Brasília, 2003, p. 7).

relacionadas à ordem econômica deveriam estar livres da inconstância das alternâncias do poder político, passando a ser tomadas exclusivamente pela burocracia técnica.

Foi nesse cenário que ocorreu, ao longo da década de 1990, a reforma do Estado brasileiro²³. Nesse período de desestatizações, privatizações e flexibilização de monopólios, o modelo de Estado empresário, calcado em forte intervenção direta na economia, foi substituído pelo modelo de Estado regulador, cuja intervenção opera-se de modo *indireto*. Como observa GUSTAVO BINENBOJM, “era preciso vender o Brasil como um bom negócio, garantindo aos investidores a manutenção dos contratos celebrados e o direito de propriedade. Nisso reside, fundamentalmente, a razão da escolha pelo modelo de agências reguladoras: entidades com grau reforçado de autonomia, investidas de funções técnicas e, sobretudo, imunizadas das ingerências político-partidárias”²⁴.

Seguindo essa linha de raciocínio, a doutrina brasileira identifica um movimento em direção a uma administração consensual²⁵. FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA aponta entre as virtudes da utilização dos mecanismos de consenso pela administração pública “o abandono de um viés autoritário em benefício de um viés democrático, antes a participação mais efetiva dos destinatários dos atos da administração em sua elaboração – do que resulta tanto uma maior possibilidade de realmente contribuírem com sua vontade para a formação

²³ Referência é feita ao Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, apresentado pelo então ministro Luis Carlos Bresser Pereira, cuja filosofia essencial era a busca de maior eficiência na atuação do Estado, e às transformações verificadas como resultado desta reforma ao longo da década de 1990. Nesse contexto, criou-se a “*administração gerencial*, garantidora da chamada *governança*, que se propõe como „nova forma da gestão da coisa pública mais compatível com os avanços tecnológicos, mais ágil, descentralizada, mais voltada para o controle de resultados do que o controle de procedimentos...” (cf. BORGES, Alice Gonzalez. “A implantação da administração pública gerencial na Emenda Constitucional 19/98”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 24. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 27).

²⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 253.

²⁵ Carlos Ari SUNDFELD ao falar da tendência, que não é de hoje, de o “direito administrativo dos negócios” e alguns de seus instrumentos penetrarem no “direito administrativo de clips” enxerga o surgimento de um possível “procedimento consensual” a partir da utilização dos termos de ajustamento de conduta assinados entre órgãos administrativos e sujeitos acusados de infrações administrativas. (“O direito administrativo entre os clips e os negócios”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Flávio Peixoto de Azevedo [coord.]. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 93)

dos atos, como uma maior possibilidade de os controlarem” e “o ganho de eficiência e de melhor governança na ação administrativa”²⁶.

É nesse contexto que a *avaliação de impacto regulatório* deve ser lida. Nem um Estado *prepotente*, idealizado no topo de uma pirâmide de poder esbanjando seu domínio sobre a vida social e econômica dos que vivem em seu território, nem um Estado *impotente*, cujo espaço seja esvaziado de tal forma que não se justifique mais sua existência diante das consequências da globalização. Parte-se, assim, da ideia de um Estado consciente das suas novas condições e tarefas que utiliza o direito administrativo como meio para alcançar seus velhos e novos objetivos.

1.2. Qual o modelo de Estado regulador por trás da ideia de *avaliação de impacto regulatório*?

Expostos os limites da expressão *regulação* a ser adotada, é importante fornecer um mapa de leitura para o exame das perspectivas de análise apresentadas anteriormente. Recapitulando, elas são quatro: (i) a *AIR* é capaz de medir a eficiência do Estado regulador brasileiro; (ii) a *AIR* é suficiente para dar efetividade ao princípio constitucional da eficiência; (iii) a *AIR* contribui para conferir legitimidade às decisões do agente regulador e reduzir o déficit democrático do Estado regulador; e (iv) a *AIR* como mecanismo de controle político pode contribuir para reduzir o déficit democrático do Estado regulador.

²⁶ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (“Mecanismos de consenso no direito administrativo”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo [coord.]. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 348). No mesmo sentido, Floriano Peixoto de Azevedo MARQUES NETO aponta: “[a] emergência de entes reguladores autônomos corresponde indubitavelmente à necessidade do poder político de construir espaços em que sejam possíveis a articulação e a mediação de interesses, em que seja viável a interlocução com os diversos pólos de poder político existentes na sociedade contemporânea. Mais ainda, traduz-se como uma resposta à necessidade de flexibilidade e de comunicabilidade que reveste o intervencionismo hodierno (intervenção reguladora)” (*Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 199).

A sistematização a seguir foi inspirada no modelo proposto por CLAUDIO M. RADAELLI e FABRIZIO DE FRANCESCO²⁷, segundo o qual é possível ter uma visão abrangente de diversos argumentos para a adoção da *avaliação de impacto regulatório*. Assim, os autores agruparam as diferentes lógicas de adoção dessa ferramenta em quatro categorias, sendo que para cada uma delas foi designado um modelo de Estado regulador. Tanto as lógicas de adoção quanto os modelos de Estado regulador são tipos ideais, os quais na prática podem apresentar variações e serem combinados entre si. Todas as categorias das lógicas de adoção, os modelos de Estado regulador e as perspectivas de análise a serem adotadas estão sintetizados na figura 1 abaixo. Note-se que para o atendimento da primeira perspectiva de análise é necessário o desenvolvimento das outras três, razão pela qual ela não aparece na figura.

Figura 1²⁸

Lógica da adoção da AIR	Modelos de Estado regulador	Perspectivas de Análise
Resultados econômicos (eficiência do ponto de vista econômico)	Modelos político-econômicos de um Estado Regulador	Perspectiva de análise 2
Alteração da estrutura de oportunidade em razão do princípio democrático	Modelo pluralista de Estado Regulador	Perspectiva de análise 3
Tomada de decisão racional (em oposição à política)	Governança regulatória não-majoritária	Perspectiva de análise 3
Controle político da burocracia (agente-principal)	O Estado Regulador como capacidade de controle	Perspectiva de análise 4

²⁷ RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. “Regulatory impact assessment, political control and the regulatory state”, artigo apresentado na 4ª Conferência Geral do Consórcio Europeu para a pesquisa política (*4th General Conference of the European Consortium for Political Research*), realizada em Pisa, Itália, entre 6 e 8 de setembro de 2007, pp. 4/6.

²⁸ A figura 1 acima foi adaptada do artigo de Claudio M. RADAELLI e Fabrizio DE FRANCESCO, “Regulatory impact assessment, political control and the regulatory state”, apresentado na 4ª Conferência Geral do Consórcio Europeu para a pesquisa política (*4th General Conference of the European Consortium for Political Research*), realizada em Pisa, Itália, entre 6 e 8 de setembro de 2007.

A *primeira* lógica de adoção considera a *AIR* como um mecanismo que auxilia o Estado na busca de objetivos econômicos. Nesse contexto, o modelo de Estado regulador está voltado ao alcance de maior eficiência econômica na medida em que as decisões regulatórias buscam o ponto ótimo entre os custos e os benefícios de uma medida para o Estado, os agentes econômicos envolvidos, os consumidores e a sociedade civil em geral²⁹. A partir desse referencial teórico será verificado no capítulo 4 se a *AIR* é suficiente para dar efetividade ao princípio constitucional da eficiência numa leitura estritamente econômica de eficiência.

A *segunda* e *terceira* lógicas de adoção da *AIR* levam em consideração o princípio democrático. Considerando que essa ferramenta é uma espécie de procedimento administrativo, a *terceira* lógica sugere que sua utilização causaria impacto na estrutura de oportunidade na qual os atores (o Poder Executivo, as agências, grupos de pressão variados, incluindo os atores do setor regulado e a sociedade civil organizada) interagem. Em particular, esse impacto propiciaria participação mais plural no processo de tomada de decisão, ainda que a decisão a ser tomada pela agência não seja necessariamente afetada. O principal aspecto dessa lógica, portanto, é a possibilidade de diferentes atores do setor regulado afetarem a decisão regulatória. Note-se que, em virtude da predominância do princípio democrático sobre outros aspectos, o modelo de Estado regulador apresenta sensível ênfase no seu caráter plural, podendo ser considerado como um Estado regulador pluralista³⁰. Esse tema explora a terceira perspectiva de análise, segundo a qual a *AIR* contribui para conferir legitimidade às decisões do agente regulador.

²⁹ Pode-se afirmar que essa lógica de adoção é sustentada por teorias econômicas da regulação como aquelas cunhadas de *public choice*, *private interest*, *special interest*, entre outras denominações (cf. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding Regulation: theory, strategy and practice*. Nova York: Oxford University Press, 1999, capítulo 3).

³⁰ O Estado regulador pluralista pode ser sustentado por duas escolas de pensamento: os neopluralistas e os republicanos cívicos. Para os primeiros, a *AIR* é adotada para conferir oportunidades iguais aos grupos de pressão e permite que pontos de vista diferentes sejam identificados e considerados no processo de tomada de decisão. Os republicanos cívicos, por sua vez, acreditam que além dos interesses individuais os atores envolvidos na regulação podem também perseguir interesses da comunidade (cf. RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. “Regulatory impact assessment, political control and the regulatory state”, artigo apresentado na 4ª Conferência Geral do Consórcio Europeu para a pesquisa política [*4th General Conference of the European Consortium for Political Research*], realizada em Pisa, Itália, entre 6 e 8 de setembro de 2007, pp. 12/14).

A *terceira* lógica de adoção da *AIR* é consequência da segunda, pois em geral uma das etapas desse processo administrativo é a análise econômica da alternativa regulatória sob exame. Em razão disso, conforme será abordado no capítulo 3, fala-se em um procedimento racional de elaboração da medida regulatória, em oposição a um procedimento de caráter político. Neste caso e em sintonia com o modelo de Estado regulador descrito para a lógica anterior, fala-se em uma governança não majoritária, dominada por técnicos burocratas, sem ambições políticas, especializados no mercado regulado. Dessa forma, a terceira perspectiva de análise também aborda a eventual redução do déficit democrático do modelo de Estado regulador.

A *quarta* lógica decorre da relação de poder entre o principal (o Congresso Nacional e o Presidente da República) e o agente (o agente regulador) que será desenvolvida no capítulo 6. O modelo de Estado regulador associado a essa lógica é aquele criado a partir da necessidade de garantir a aderência do agente aos objetivos do principal, colocada em xeque a partir da assimetria de informação existente entre eles.

Em conjunto com a *primeira* lógica, os agentes políticos (o Congresso Nacional e o Presidente da República) podem utilizar a *AIR* como um mecanismo de controle a fim de identificar se os agentes reguladores posicionam-se mais ou menos favoráveis aos interesses dos eleitores. Dito de outra maneira, num cenário em que os agentes reguladores estão agindo no interesse de um determinado grupo econômico (numa situação de captura), por meio da *AIR* o Congresso Nacional e o Presidente da República podem verificar se os agentes estão tendentes a uma maior intervenção econômica ou não a depender dos interesses desse grupo e não necessariamente dos interesses econômicos do Estado. A partir do potencial de auxiliar nas relações interinstitucionais entre os poderes eleitos (principal) e os agentes reguladores (agente), que serão detalhadas no capítulo 6, será possível analisar a *AIR* sob a quarta perspectiva de análise.

Expostas as quatro categorias de lógicas de adoção da *AIR* e os correspondentes modelos de Estado regulador, vale lembrar que dado o caráter genérico da primeira perspectiva de análise, ela será atendida ao longo do trabalho e na medida em que as demais perspectivas forem abordadas. Assim, verifica-se que a separação em quatro categorias de modelo de

Estado regulador e lógicas de adoção da AIR foi realizada a fim de organizar e orientar a discussão que será apresentada nos próximos capítulos.

1.3. A avaliação de impacto regulatório e o processo de tomada de decisão regulatória

Esclarecido que a *avaliação de impacto regulatório* não utiliza uma concepção de *regulação* adstrita à figura do Estado – apesar de ser aqui entendida como um instrumento à sua disposição – e apresentados os referenciais teóricos para o exame de cada uma das perspectivas de análise, cumpre delimitar o papel dessa ferramenta no modelo de Estado regulador. Não se trata de apresentar a AIR ainda – esta tarefa será realizada nos capítulos 2 e 3 seguintes –, mas de alocar a *avaliação de impacto regulatório* dentro das atividades do Estado regulador.

Para os fins dessa análise preliminar, pode-se considerar a *avaliação de impacto regulatório* como um procedimento ordenado de tomada de decisão no âmbito da atividade regulatória do Estado. Este procedimento baseia-se no uso sistemático de análises sobre os possíveis custos e benefícios de uma determinada decisão regulatória a partir de dados empíricos. Por isso, fala-se em um processo de tomada de decisão baseado em evidências observadas, quantificadas e sopesadas pelos agentes reguladores.

É sabido que quaisquer que sejam os agentes, políticos ou reguladores, eles sempre utilizam diferentes métodos de tomada de decisões: o consenso entre os agentes envolvidos e afetados, a opinião de especialistas, as experiências internacionais (*benchmarking*), o estudo de evidências empíricas, para enumerar alguns³¹. Porém quando desse processo resultar uma decisão regulatória, ele deve ser caracterizado por pelo menos três elementos: a discricionariedade limitada pela política pública, o aprendizado com as medidas regulatórias anteriormente adotadas e a capacidade de adaptação e evolução da esfera administrativa³². Note-se que qualquer interferência política está excluída do processo de tomada de decisão

³¹ JACOBS, Scott. “An overview of regulatory impact analysis in OECD countries”. In: *Regulatory Impact Assessment: Best Practices in OECD Countries*, Paris, 1997, p. 15. Vale lembrar que no processo de tomada de decisão num ambiente político, portanto distinto das agências reguladoras, os acordos partidários também se mostram um importante mecanismo de tomada de decisão.

³² RADAELLI, Claudio M. “Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of the regulatory impact assessment”. In: *Journal of European Public Policy*, v. 12, n. 5, Londres, Outubro de 2005, pp. 924/943.

regulatória, uma vez que para a consecução do interesse público identificado na política pública tornou-se imprescindível “dotar o país de uma máquina pública profissional, estável e capacitada, livre das vicissitudes das alternâncias do poder político”³³.

É possível, desse modo, perceber que a *avaliação de impacto regulatório* revela-se como um instrumento auxiliador do agente regulador no processo de tomada de decisão na medida em que os três elementos caracterizadores estão reunidos num único instrumento, o qual se manifesta por meio de um procedimento administrativo. Este procedimento será explorado no capítulo seguinte. Assim sendo, o foco deste trabalho será a atividade-fim dos agentes reguladores, deixando para outra oportunidade a análise das atividades-meio dos agentes reguladores (*e.g.* compras, concursos e organização administrativa).

Por fim, vale lembrar que, ao contrário do que o leitor mais desavisado poderá acreditar, a *AIR* não é a única ferramenta utilizada para mediar a eficiência das decisões regulatórias nos países que introduziram essa prática em seus processos de tomada de decisão. A *AIR* é apenas um dos vários mecanismos utilizados por número crescente de países nos últimos dez anos. Por exemplo, em que pese a grande popularidade da *avaliação* em todo o mundo, a Holanda registrou um histórico bem-sucedido de utilização do modelo de custo padrão (conhecido pelo seu nome em inglês *standard cost model*), análise voltada a inibir e a avaliar os custos e as barreiras que medidas regulatórias podem impor às atividades de empresas privadas. Essa análise tem sido associada ao uso da *AIR* e tem dado a tônica das reformas regulatórias nesse país, que progressivamente influencia a Inglaterra, a Suécia e até a União Europeia³⁴.

³³ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: instrumentos do fortalecimento do Estado*. Porto Alegre: Abar, 2003, disponível em <http://www.abar.org.br/dados/bancoDeMidia/arquivos/agenciasreguladoras.pdf> (último acesso em 07/11/2009), p. 37.

³⁴ Claudio M. RADAELLI aponta para o fato de que em 2007 o Reino Unido e a Suécia decidiram acompanhar a Holanda na adoção do *standard cost model*, com a reformulação dos manuais de *avaliação de impacto regulatório* para acrescentar essa metodologia. Na União Europeia, o guia de *avaliação de impacto regulatório* também sofreu alterações com vista a acrescentar um seção inteira aos encargos administrativos em empresas privadas. (cf. “Does regulatory impact assessment make institution think?”, artigo apresentado na conferência *Governing the European Union: policy instruments in a multi-level polity*, Paris, 2007, p. 26)

1.3.1. Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado e não do governo

Sob pena de a *avaliação de impacto regulatório* ser mal compreendida, antes de partir para o núcleo do presente trabalho cumpre desde logo suscitar o debate que sugere o título da dissertação³⁵. Trata-se da distinção entre governar e regular num Estado Social Democrático de Direito.

Tradicionalmente, tem-se os órgãos de governo, juntamente com os representantes eleitos do Poder Legislativo, como os encarregados da elaboração das políticas públicas setoriais³⁶. Instrumento de ação do Estado, estas determinam os objetivos e as prioridades a serem concretizados pela regulação a cargo dos agentes regulatórios autônomos³⁷. Cabe, dessa forma, aos agentes reguladores concretizar o mandamento legal para o setor de forma que os agentes devem decidir *quando* e *como* intervir de acordo com as balizas legais.

A relação entre política pública e política regulatória será tratada no próximo capítulo mais detidamente. Por enquanto, mais importante é esclarecer que com o advento das agências reguladoras “[a] atividade governamental segue plena e intocada. As prerrogativas de governar o país não devem ser esvaziadas ou subtraídas dos governantes eleitos. O modelo de agências reguladoras não envolve necessariamente transferência de poder. O processo de reforma regulatória impacta, sim, a atividade governamental na medida em que foram criados novos espaços de mediação (...) entre a definição da política governamental e sua implementação”³⁸.

³⁵ O título foi inspirado no item “Agências e Governo” do trabalho realizado por Floriano Peixoto de Azevedo MARQUES NETO a pedido da Associação Brasileira de Agências de Regulação (ABAR) intitulado *Agências Reguladoras: instrumentos de fortalecimento do Estado*, disponível em <http://www.abar.org.br/dados/bancoDeMidia/arquivos/agenciasreguladoras.pdf> (último acesso em 07/11/2009).

³⁶ Maria Paula Dallari BUCCI afirma, assim, que “[a] função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da idéia de política pública” (*Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 252).

³⁷ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: instrumentos do fortalecimento do Estado*. Porto Alegre: Abar, 2003, p. 39, disponível em <http://www.abar.org.br/dados/bancoDeMidia/arquivos/agenciasreguladoras.pdf> (último acesso em 07/11/2009).

³⁸ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: instrumentos do fortalecimento do Estado*. Porto Alegre: Abar, 2003, pp. 40/41, disponível em <http://www.abar.org.br/dados/bancoDeMidia/arquivos/agenciasreguladoras.pdf> (último acesso em 07/11/2009).

Outra não poderia ser a conclusão num Estado Democrático como o Brasil. É preciso não perder de vista que o princípio democrático traz consigo também a ideia de estabilidade das regras de convívio social. Por isso, seria descabido imaginar que o governante eleito pudesse interferir nas entidades³⁹ que desempenhem funções públicas, como é o caso dos agentes reguladores. A esse respeito, vale citar novamente FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO:

“Numa democracia, a atividade de governo cabe àqueles democraticamente eleitos. A eles incumbe dirigir a máquina pública de modo a perseguir os objetivos e princípios que, apresentados à sociedade, ensejaram-lhe os mandatos conferidos por sufrágio. Restaria esvaziada a Democracia se os governantes fossem eleitos mas não pudessem imprimir ao Estado seus pontos de vista, suas orientações, os desígnios que concebem como os melhores para o país.

Porém, a legitimidade democrática dos governantes não implica em dizer que, eleitos, tenham a seu dispor toda a máquina do Estado para dela dispor como bem entendam”⁴⁰.

Dessa forma, sendo a *avaliação de impacto regulatório* uma ferramenta de auxílio do regulador no processo de tomada de decisão, nesses termos, ela serve ao Estado e não ao governo, daí se justifica o título desta dissertação. Portanto, não se pode associar a *avaliação de impacto regulatório* à ideia de uma ferramenta ligada a uma preferência político-partidária, ou a uma ideologia. Uma das poucas (para não dizer única) semelhanças entre países como os Estados Unidos, ainda sob a administração de Ronald Reagan, e o Vietnã, sob a administração do Partido Comunista, é o fato de ambos terem adotado a *avaliação de impacto regulatório* como ferramenta para auxiliar o aparelho estatal no processo de tomada de decisão.

³⁹ Note-se que é possível ainda identificar entidades não-estatais que desempenham funções públicas, como por exemplos as instituições de representação profissionais.

⁴⁰ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: instrumentos do fortalecimento do Estado*. Porto Alegre: Abar, 2003, p. 36, disponível em <http://www.abar.org.br/dados/bancoDeMidia/arquivos/agenciasreguladoras.pdf> (último acesso em 07/11/2009).

Observe-se, contudo, que se o objetivo da *AIR* fosse auxiliar o processo de tomada de decisão no âmbito da política pública, o que também é possível e verificado em outros países, esta ferramenta estaria a serviço do governo, e não apenas do Estado, como se pretende aqui. Não quer isto dizer, no entanto, que a *AIR* estaria a influir nas alianças partidárias e na negociação política. Apesar de pretender analisar todo o tipo de efeito de uma decisão (no caso

CAPÍTULO 2

AValiação DE IMPACTO REGULATÓRIO: UM INSTRUMENTO À DISPOSIÇÃO DO ESTADO

“Far from being a technocratic tool that can be simply „added on to the decision-making system by policy directive, it is a method for transforming the view of what is appropriate action, indeed, what is the proper role of the state”⁴¹.

2.1. Apresentando a *avaliação de impacto regulatório* ao leitor brasileiro

Em breves linhas, a *avaliação de impacto regulatório* AIR é um procedimento ordenado de tomada de decisão no âmbito da atividade regulatória estatal, baseado no uso sistemático de análises sobre os possíveis efeitos de uma dada decisão⁴². Apresenta como principais etapas a delimitação de objetivos e meios pretendidos pela decisão regulatória a ser tomada, o mapeamento dos prováveis impactos, a análise dos custos e benefícios da medida e o monitoramento dos efeitos após sua implementação.

Além de ser um requisito para sua elaboração, a AIR também deve ser realizada em caso de alteração de uma decisão anteriormente formalizada em uma norma regulatória. Por

mostrasse mais eficiente para todos (*i.e.* para o Estado, as empresas atuantes no setor regulado e os usuários do serviço)⁴³.

Dessa forma, a potencialidade de tornar o Estado regulador mais eficiente é o motivo mais aparente que decorre da adoção da *AIR*⁴⁴. Pois, acredita-se que a partir dela o agente regulador estará mais capacitado para tomar decisões eficientes, ou seja, acabará optando por medidas regulatórias cujos benefícios, se não superem, pelo menos justifiquem os custos a serem incorridos pelo próprio Estado, pelo mercado diretamente afetado e pela sociedade em geral.

Contudo, não param por aí os motivos para o uso sistemático dessa ferramenta em países como o Brasil. Conforme será desenvolvido neste e nos capítulos seguintes, argumenta-se que, com a utilização dessa ferramenta, as decisões serão revestidas de maior legitimidade e transparência, tornando o Estado regulador mais responsável (*accountable*) pelas suas decisões. Além disso, será sustentado que a *AIR* pode ser utilizada, pelos Poderes Legislativo e Executivo, como um mecanismo de controle político do agente regulador. Nesse sentido, a *avaliação* contribui para a redução do déficit democrático próprio do modelo de Estado regulador.

Originariamente desenvolvida nos Estados Unidos da América há quase 30 anos⁴⁵, atualmente a *AIR* é adotada por grande parte dos países integrantes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Essa organização não só recomenda a

⁴³ Como exemplo de situação a ser evitada com a adoção da *AIR*, vale mencionar a recente discussão em torno das estimativas de custos que a ANATEL apresentou acerca do novo Plano Geral de Metas de Universalização para as concessionárias relativas à instalação de Terminais de Uso Público na área de concessão. A esse respeito, ver notícia publicada no TeleTime em 13/05/2009, disponível em <http://www.teletime.com.br/News.aspx?ID=129777> (último acesso em 17/09/2009).

⁴⁴ Note-se que não será realizada uma análise acerca da eficiência do Estado regulador brasileiro, julgando eficiente ou ineficiente. Procura-se, em seu lugar, analisar como tornar seu desempenho, em termos de eficiência, superior. Para isso deve-se levar em consideração uma situação em que não se tenha a *avaliação de impacto regulatório*, como é atualmente no país, e outra em que ela é utilizada.

⁴⁵ Cass R. SUNSTEIN chega a afirmar em seu livro *The Cost-Benefit State* que o governo norte-americano caminha para um modelo de Estado do Custo-benefício: “Gradually, and in fits and starts, American government is becoming a cost-benefit state. By this I mean that government regulation is increasingly assessed by asking whether the benefits of regulation justify the costs of regulation.

The cost-benefit state remains in its initial stages. It continues to encounter resistance. But it is unquestionably emerging” (*The Cost-Benefit State: the future of regulatory protection*, American Bar Association, Chicago, 2002, p. ix).

adoção da *avaliação de impacto regulatório*, mas também defende que ela altera a maneira como as instituições pensam⁴⁶.

Em recente relatório, a OCDE recomendou expressamente que o Brasil adotasse essa ferramenta, dentre outras que chamou de ferramentas de qualidade regulatória:

“É necessário que haja uma estratégia sistemática, com a estrutura de análise da regulação que assegure transparência, participação social e eficiência econômica, com responsabilidades explícitas em nível político e administrativo. *A discussão sobre o processo padronizado de preparação de novas normas regulatórias que incluam a avaliação de impacto das mesmas está começando a acontecer.* Existe, ainda, a necessidade de preparar capacidades regulatórias dentro da administração a médio e longo prazo”⁴⁷.

Todavia, pouco (para não dizer nada) há escrito e analisado do ponto de vista jurídico sobre o assunto no Brasil⁴⁸. Em razão dessa ausência de debate, neste capítulo será apresentada a *avaliação de impacto regulatório* e introduzidas as questões mais relevantes que essa ferramenta traz para o direito administrativo nacional. A partir dessa apresentação inicial, acompanhada do detalhamento dos possíveis métodos de análise econômica a serem destrinchados no capítulo seguinte, poder-se-á aprofundar o raciocínio sobre suas implicações nos capítulos subsequentes.

⁴⁶ JACOBS, Scott. “Current trends in Regulatory Impact Analysis: the challenges of Mainstreaming RIA into Policy-making”, 2006, p. 13. (disponível em <http://www.regulatoryreform.com/pdfs/Current%20Trends%20and%20Processes%20in%20RIA%20-%20May%202006%20Jacobs%20and%20Associates.pdf>, último acesso em 26/10/2009)

⁴⁷ OCDE. *Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento*, Relatório sobre a reforma regulatória, Casa Civil da Presidência da República, 2008, p. 8.

⁴⁸ É possível citar como trabalho que já iniciou essa discussão no contexto nacional a dissertação de mestrado de Mateus Piva ADAMI (“A Discricionarieidade administrativa em face do princípio da eficiência”), apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Professor Doutor Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto e defendida em 2007. No mais, no ambiente acadêmico brasileiro a AIR é vista como uma particularidade dos Estados Unidos que não foi ainda implementada aqui (cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 212). Por fim, é importante ressaltar que, no âmbito do Pro-Reg, uma série de trabalhos acadêmicos vêm sendo realizados sobre o tema, porém nem sempre sob o enfoque jurídico.

2.2. O que é uma *avaliação de impacto regulatório*?⁴⁹

O significado da *avaliação de impacto regulatório* deve ser exposto aqui de forma cuidadosa, sob pena de ser mal compreendido, pois, como dito, no Brasil, a discussão e a produção acadêmica a respeito do tema ainda são escassas. Assim, a questão “o que é uma *avaliação de impacto regulatório*?” será respondida de várias formas. Primeiramente, serão comparadas as diferentes definições de *AIR* oferecidas pela literatura acadêmica e oficial, estrangeira e nacional, a fim de tentar sintetizá-las em uma descrição coerente e extensiva (seção 2.3).

Depois, a questão será respondida a partir da exposição das semelhanças e diferenças entre a *AIR* e outras atividades do Estado voltadas ao controle dos entes reguladores como, por exemplo, as auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas (seção 2.4).

Além das definições e comparações, a *AIR* pode também ser descrita por meio das etapas adotadas ao longo do procedimento que, ao final, recebe a alcunha de *avaliação de impacto regulatório* pelos diferentes órgãos internacionais (seção 2.5).

Uma quarta forma, diferente, de se responder à questão em tela é simplesmente a de observar a experiência de outros países (seção 2.6). Será, ainda, trabalhado o objeto da *AIR* a fim de auxiliar na definição dessa ferramenta (seção 2.7).

Após responder de cinco formas diferentes o que seria uma *AIR*, serão apresentadas as críticas da literatura estrangeira a respeito dessa ferramenta (seção 2.8), para, ao final do capítulo, se propor um conceito a ser adotado para fins do presente trabalho (seção 2.9). Pretende-se, com isso, sugerir uma definição capaz de atender ao contexto brasileiro e à ansiedade de órgãos nacionais que sem balizas legais ou acadêmicas tentam incorporar a *AIR* no procedimento administrativo de tomada das decisões regulatórias pelos agentes competentes.

⁴⁹ A forma como está colocada a questão “o que é uma *avaliação de impacto*?” foi adaptada do artigo “Definições e estruturas” de Hilka SUMMA (In: POLLITT, Christopher [et al.]. *Desempenho ou Legalidade? Auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Tradução de Pedro Buck. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 39/40). Nesse artigo, a autora apresenta a definição de auditoria operacional, tema que enfrenta a mesma dificuldade da *avaliação de impacto regulatório*.

2.3. As definições de *avaliação de impacto regulatório* na literatura especializada

A *avaliação de impacto regulatório* tem sido objeto de estudo não só nos Estados Unidos, como também em países do continente europeu e na própria União Europeia, como uma tentativa de se atribuir um controle maior das medidas regulatórias elaboradas no âmbito comunitário.

Numa visão mais próxima da sua concepção inicial, ROBERT W. HAHN e PAUL C. TETLOCK definem a *avaliação* como uma ferramenta frequentemente utilizada pelos economistas para analisar medidas regulatórias. Citam como exemplo uma análise de custo-benefício⁵⁰ que teve um papel importante (se não central) no aperfeiçoamento da eficiência regulatória, aquela relativa à gasolina nos EUA⁵¹.

Desde que assumiu o poder, em 1981, a gestão de Reagan pretendia eliminar a regulação sobre a gasolina, principalmente as restrições à utilização de chumbo na composição do combustível. A medida impunha às refinarias uma redução do chumbo da gasolina tida como severa mas necessária em razão dos danos à saúde resultantes da emissão de chumbo na atmosfera. Antes de se eliminar essa medida, foram realizadas análises criteriosas a respeito dos custos, benefícios e riscos envolvidos com o possível aumento de chumbo no combustível. Os resultados acusaram danos à saúde ainda maiores que os imaginados anteriormente⁵², fazendo com que fosse afastada a intenção inicial de liberar a utilização de chumbo. Dessa forma, optou-se por uma política ainda mais restritiva apesar da intenção inicial do governo⁵³.

⁵⁰ Conforme será apontado mais adiante, nos Estados Unidos o termo a “análise de custo-benefício” é muitas vezes utilizado para designar a *avaliação de impacto regulatório*. Aqui a primeira é utilizada como um dos possíveis métodos de análise econômica da segunda.

⁵¹ HAHN, Robert W.; TETLOCK, Paul C. “Has Economic Analysis Improved Regulatory Decisions?”, AEI-Brookings Joint Center Working Paper n. 07-08, abril de 2007, p. 4.

⁵² Christofer DE MUTH *apud* HAHN, Robert W.; TETLOCK, Paul C. “Has Economic Analysis Improved Regulatory Decisions?”, AEI-Brookings Joint Center Working Paper n. 07-08, abril de 2007, p. 4.

⁵³ HAHN, Robert W.; TETLOCK, Paul C. “Has Economic Analysis Improved Regulatory Decisions?”, AEI-Brookings Joint Center Working Paper n. 07-08, abril de 2007, p. 4.

Assim, segundo ROBERT W. HAHN e PAUL C. TETLOCK, tanto a análise inicial quanto a final tiveram impacto no desenho da medida regulatória adotada nos Estados Unidos. A análise inicial concluiu que os benefícios de impor uma restrição ao índice de chumbo utilizado na gasolina eram tão relevantes que superavam os custos, razão pela qual uma análise mais detalhada foi prontamente organizada. A análise final sugeriu que reduzindo-se os níveis aceitáveis de chumbo na gasolina, acima daqueles níveis anteriormente sugeridos, poder-se-ia alcançar benefícios brutos que variavam entre USD 4 a 20 bilhões de dólares durante 4 anos⁵⁴.

Sob um olhar europeu da *AIR*, portanto mais abrangente, CLAUDIO M. RADAELLI a define como um pré-requisito administrativo para a produção de uma decisão regulatória. Segundo o autor, a proposta de medida deve passar por algumas etapas para ser elaborada e sugerida ao agente político ou administrativo competente. Na visão desse estudioso sobre o assunto, as etapas são: definição do problema, identificação das falhas de mercado, análise do *status quo*, definição das possíveis alternativas de ação, escolha dos critérios de análise, ampla consulta aos atores envolvidos, estudos sobre cada uma das alternativas e suas consequências para os atores afetados, e a recomendação para a adoção de uma medida⁵⁵. CLAUDIO M. RADAELLI conclui afirmando que a *AIR* é um processo e também um documento em forma de relatório com o resumo das fases adotadas.

Dessa forma, as opiniões de especialistas parecem coincidir com a constatação de que a *avaliação de impacto regulatório* é mais que a simples reconstituição de todos os efeitos previstos ou não pelo tomador da decisão. Porém, o consenso não é absoluto. Enquanto nos Estados Unidos a análise é baseada na quantificação e sopesamento dos custos e benefícios⁵⁶,

⁵⁴ HAHN, Robert W.; TETLOCK, Paul C. "Has Economic Analysis Improved Regulatory Decisions?", AEI-Brookings Joint Center Working Paper n. 07-08, abril de 2007, p. 4.

⁵⁵ RADAELLI, Claudio M. "What do governments get out of regulatory reform? The case of regulatory impact assessment", artigo apresentado na 15^a *Conference of the Nordic Political Science* realizada entre 6 e 9 de agosto de 2008 na Noruega, p. 5. O artigo encontra-se disponível no sítio eletrônico do projeto *Regulatory Impact Assessment in Comparative Perspective* liderado pelo autor e desenvolvido pelo Centre for European Governance da Universidade de Exeter e pelo Economic and Social Research Council: <http://centres.exeter.ac.uk/ceg/research/riacp/documents/TromsoWhatgovernmentsgetoutofregulatoryreform14Julyver.pdf> (último acesso em 23/08/2009).

⁵⁶ Apesar da generalização realizada acima, é preciso mencionar que outros autores norte-americanos apresentam definição mais abrangente da análise de custo-benefício, como é o caso de Cass R. SUNSTEIN: "(...) I have been discussing CBA as a procedural requirement – as a requirement that information be compiled and disclosed. (...) The basic ideas are simple: Agencies should be required to investigate both costs and benefits, to show that

nos países da Europa em geral a *avaliação* também abrange outros fatores que não apenas aquele relativo à análise econômica das alternativas.

Não só a academia tem mostrado incertezas quanto à definição da *avaliação de impacto regulatório*. Nos relatórios oficiais de órgãos como a OCDE e o Banco Mundial não são raras as vezes em que a definição da *AIR* é vaga, dificultando sua identificação.

A OCDE define a *análise de impacto regulatório* como “uma ferramenta 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 acarretar. 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”⁵⁷.

Para o Banco Mundial, a “análise de impacto regulatório é um processo de tomada de decisão baseado em evidências para identificar se uma regulação é necessária e qual solução é mais apropriada. Estruturalmente, *AIR* é um processo que compreende fazer as perguntas corretas num formato estruturado que dê suporte a um debate mais aberto e transparente. Além disso, *AIR* é uma análise sistemática e consistente de potenciais impactos que possam resultar da atividade ou inatividade governamental. *AIR* é também o meio de comunicação entre os tomadores de decisão e aqueles que serão afetados pela medida”⁵⁸.

benefits justify the costs in most circumstances, and to offer a reasonable explanation for any decision to proceed when costs exceed benefits. (...) [T]hese requirements should help to overcome problems that we all face in thinking about risks, while at the same time reducing interest-group power and promoting accountability in government” (*The Cost-Benefit State: the future of regulatory protection*, American Bar Association, Chicago, 2002, pp. 21/22).

⁵⁷ Análise de Impacto Regulatório OCDE (1997): As melhores Práticas nos Países da OCDE, Paris, *apud* OCDE, *Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento*, Relatório sobre a reforma regulatória, Casa Civil da Presidência da República, 2008, p. 62.

⁵⁸ Tradução livre da definição apresentada no artigo “International Best Practice in Regulatory Impact Analysis” assinado por Scott JACOBS realizado para o workshop “The Consensus Building Workshop on Improving the Competitiveness of the Kyrgyz Republic Economy”, uma iniciativa do Jacobs & Associates: international consultants in regulatory reform e World Bank Institute: promoting knowledge and learning for a better world, realizado em 7 e 8 de fevereiro de 2005. Disponível em http://info.worldbank.org/etools/docs/library/122723/International%20Best%20Practices%20in%20Regulatory%20Impact%20Analysis_Scott%20Jacobs.pdf (último acesso em 03/09/2009).

Apesar da vasta recomendação pelos órgãos multilaterais e da sua adoção pelos mais variados países, não é possível identificar com segurança o seu significado a partir das definições reunidas acima. Os documentos oficiais apresentam grande carga de linguagem retórica, porém com pouco conteúdo palpável a respeito da *AIR* e sua funcionalidade. Já as definições da literatura especializada, por outro lado, não são suficientes para esclarecer o que seria essa ferramenta no contexto brasileiro. Por essa razão, na próxima seção, serão apontadas as diferenças entre a *avaliação* e outras ferramentas de controle do Estado a fim de aproximá-la ou distanciá-la de outras já adotadas no Brasil.

2.4. Distinguindo *avaliação de impacto regulatório* de outras ferramentas de controle do Estado

Após a reunião de definições apresentadas na seção anterior que já contribui para a identificação dos contornos do referencial teórico dessa ferramenta, cumpre distinguir a *avaliação de impacto regulatório* de outras ferramentas estatais já em uso no país, a fim de evitar qualquer imprecisão. Pois, apesar de ainda não ter sido implementada no Brasil, a *avaliação de impacto regulatório* guarda semelhanças relevantes com instrumentos usualmente utilizados pelo Estado brasileiro no controle de entidades da administração pública.

2.4.1. *Avaliação de impacto regulatório* e auditoria operacional realizada pelos Tribunais de Contas

As semelhanças entre a *avaliação de impacto regulatório* e a auditoria operacional são muitas. Tanto uma quanto a outra se preocupam em oferecer meios pelos quais cidadãos de um Estado Democrático de Direito possam se certificar acerca da economicidade, eficiência, efetividade e boa gestão dos programas, em geral, realizados pelos governos. Além disso, tanto uma quanto a outra, cada uma a seu modo, têm propósitos igualmente ambiciosos, quais sejam, procuram realizar uma análise de custo-benefício da medida adotada ou a ser adotada pelo poder público. Assim, essas ferramentas dividem, pelo menos, um dos seus vários focos possíveis: o desempenho institucional do órgão fiscalizado. Ainda, as duas garantem transparência e publicidade aos gastos públicos por meio de estudo realizado pelas entidades autônomas e independentes, o que, mais uma vez, se coaduna com a ideia do Estado

Democrático de Direito. Vale mencionar, por último, que as semelhanças aumentam na medida em que os órgãos de controle externo passam a desenvolver também espécies de *avaliações de impacto regulatório*.

Diante de tantas semelhanças cumpre, preliminarmente, esclarecer que o termo “auditoria operacional” é aqui utilizado para englobar toda auditoria realizada pelos órgãos administrativos de controle externo da administração pública, cuja figura mais próxima no sistema brasileiro seria o Tribunal de Contas. Segundo HILKA SUMMA, “em termos gerais, parece haver um consenso profissional relativamente claro quanto ao significado lato da auditoria operacional: ela é compreendida como sendo uma forma de auditoria focada na eficiência e na efetividade ou no custo-benefício das atividades públicas”⁵⁹.

Outra definição que merece ser trazida é a da Organização Internacional das Entidades Superiores de Fiscalização (INTOSAI⁶⁰). Segundo a Declaração de Lima (1977), existem três tipos de auditorias que as entidades superiores de fiscalização podem realizar: auditoria de legalidade, de regularidade e de desempenho. A seção 4 da referida declaração assim estabelece:

“1. The traditional task of Supreme Audit Institutions is to audit the legality and regularity of financial management and of accounting.

2. In addition to this type of audit, which retains its significance, there is another equally important type of audit - performance audit - which is oriented towards examining the performance, economy, efficiency and effectiveness of public administration. Performance audit covers not only specific financial operations, but the full range of government activity including both organisational and administrative systems.

⁵⁹ SUMMA, Hilka. “Definições e estruturas”. In: POLLITT, Christopher [et al.]. *Desempenho ou Legalidade? Auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Tradução de Pedro Buck. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 40.

⁶⁰ A sigla INTOSAI, pela qual esta organização é conhecida, deriva das iniciais de sua denominação em inglês – *International Organization of Supreme Audit Institutions*. É uma instituição criada em 1953 a que aderem instituições superiores de controle externo (Tribunais de Contas e instituições similares) de cerca de 190 países, entre eles o Brasil. Seu principal mote é a troca de experiência entre os membros da INTOSAI a fim de garantir que a auditoria governamental aprimore continuamente.

3. The Supreme Audit Institution's audit objectives - legality, regularity, economy, efficiency and effectiveness of financial management - basically are of equal importance. However, it is for each Supreme Audit Institution to determine its priorities on a case-by-case basis”⁶¹.

Para explicar tantas semelhanças, HILKA SUMMA sustenta que, no desenvolvimento metodológico da auditoria, um sem-número de entes de fiscalização procurou especialistas de outras áreas, incluindo a de avaliação de programas e de políticas, para verificar se as práticas e metodologias utilizadas nestas poderiam ser transferidas ao campo da auditoria⁶². Em virtude disso, algumas atividades características da avaliação acabaram sendo incorporadas no que ficou conhecido como auditoria operacional.

De fato, ambas são formas externas de análise e fiscalização da administração pública. Contudo, a *avaliação de impacto regulatório* difere da auditoria operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União em razão de pelo menos três fatores: o momento em que se deve adotar a ferramenta (*quando*), o enfoque da análise (*o que*) e o responsável pela operacionalização do estudo (*quem*).

Em geral, o *momento* em que se realiza a auditoria operacional é posterior ao da adoção da medida, podendo ser classificada como uma avaliação *a posteriori* de um dado programa ou política, enquanto que o momento da *análise de impacto regulatório* deve ser antes de a decisão ser tomada. Porém, ela pode ser realizada desde a elaboração da medida regulatória, fase inicial, até a sua implementação, quando se inicia o monitoramento, fase final.

⁶¹ Tradução livre: 1. A tarefa tradicional das Entidades Superiores de Fiscalização é auditar a legalidade e a regularidade da gestão financeira e contábil. 2. Além desse tipo de auditoria existe outra igualmente importante – *auditoria de desempenho* – a qual é orientada a analisar o desempenho, economia, eficiência e efetividade da Administração Pública. Auditoria de desempenho abrange não só operações financeiras específicas mas a grande variedade das atividades governamentais, inclusive sistemas organizacionais e administrativos. 3. A auditoria da Entidade Superior de Fiscalização tem como objetivo a *legalidade, regularidade, economia, eficiência e efetividade da gestão financeira*. Esses objetivos basicamente apresentam igual peso. No entanto, cada Entidade Superior de Fiscalização deve determinar a prioridade caso a caso.

⁶² SUMMA, Hilka. “Definições e estruturas”. In: POLLITT, Christopher [et al.]. *Desempenho ou Legalidade? Auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Tradução de Pedro Buck. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 46.

Fala-se em seis passos-chave do processo de auditoria: (i) seleção do tópico de estudo; (ii) planejamento de como o tópico será tratado; (iii) o trabalho de campo ou a realização do estudo; (iv) elaboração do relatório de trabalho; (v) apresentação do relatório; e (vi) monitoramento do relatório⁶³. Sem adentrar nas diferenças quanto às etapas do processo de auditoria e do processo da *avaliação*, é possível verificar que todo o trabalho desenvolvido pelo órgão fiscalizador está restrito à análise de uma medida já adotada pelo governo, podendo apenas alcançar seus efeitos. Até mesmo o monitoramento, o que seria a fase final, é voltado à execução do relatório apresentado pelo próprio órgão e não da medida adotada pelo governo. Por vezes, as consequências das fases finais de ambas as ferramentas podem diferir bastante, pois ao passo que uma exige que a recomendação “A” seja acatada, a outra verifica se efeitos não esperados inicialmente foram manifestados ou se os objetivos (econômicos ou não) foram atingidos. Contudo, é possível que o TCU seja provocado a se manifestar a respeito de uma medida regulatória antes mesmo da sua edição, o que enfraquece esse fator de diferenciação.

Outro aspecto que diferencia as duas ferramentas é o *enfoque* da análise. Entrementes grande parte da auditoria realizada tem como enfoque apenas o volume de recursos públicos envolvido e o risco que a medida ou política pode representar ao erário, na *avaliação de impacto regulatório*, além dos já mencionados enfoques, há ainda aspectos que não são eminentemente financeiros. Uma avaliação a ser adotada por um órgão regulador pode ter como principal enfoque a preservação de direitos dos consumidores, o aumento da oferta do serviço aos usuários, e ainda a manutenção da concorrência num dado mercado, sem falar dos custos incorridos pelos setores privados. Nesse sentido, a *avaliação de impacto regulatório* ajuda na leitura do princípio da eficiência do Estado que foge da noção econômica estrita, conforme será aprofundado nos capítulos 4 e 5 a seguir.

⁶³ LONSDALE, Jeremy; MUL, Robert; POLLITT, Christopher. “O ofício do auditor” In: POLLITT, Christopher [et al.]. *Desempenho ou Legalidade? Auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Tradução de Pedro Buck. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 168.

Vale observar que o TCU, apesar de não realizar uma *avaliação de impacto regulatório* propriamente dita, vem contribuindo para uma análise institucional do Estado regulador, indo além da auditoria operacional aqui descrita. Exemplos dessa atuação da Corte de Contas Federal podem ser colhidos nos setores regulados da economia, como o de telecomunicações⁶⁴ e de energia elétrica⁶⁵.

Cumpra, ainda, diferenciar a *AIR* da auditoria operacional quanto ao *sujeito* responsável pela operacionalização das ferramentas. Apesar de BARZELAY insistir em afirmar que “auditorias operacionais não são um tipo de auditoria: são avaliações”⁶⁶, não é possível equiparar a *avaliação de impacto regulatório* às auditorias operacionais realizadas pelos órgãos de controle externo. Não quer dizer isso, no entanto, que um órgão de controle como o Tribunal de Contas da União não possa realizar uma *avaliação de impacto regulatório* no Brasil. O TCU não só tem competência para levar a cabo a *AIR*⁶⁷, como já vem dando sinais concretos de que tem se preparado para realizá-la⁶⁸.

⁶⁴ No caso do setor de telecomunicações, o Tribunal decidiu pela aplicação de multas mais rigorosas por parte da ANATEL pelo descumprimento de obrigações contratuais pelas prestadoras dos serviços de telecomunicações. A partir de sua decisão verificou-se uma contundente mudança no comportamento da agência, que passou a aplicar multas mais altas. As multas altas forçaram as prestadoras a aumentar o nível de conformidade com as regras estipuladas para o setor.

⁶⁵ O embate do TCU com a ANEEL foi relacionado ao fator X relativo ao reajuste das tarifas das concessionárias de energia elétrica. Conforme ficou consignado no voto do ministro revisor Benjamin Zymler, “além do exame da legalidade, os órgãos controladores devem verificar a eficiência e a economicidade da atuação das agências reguladoras. Esse poder-dever deflui das competências constitucionais da Corte de Contas Federal, especialmente daquela que autoriza a realização de auditorias operacionais (art. 71, IV, da Carta Magna) (...) 26. O TCU deve atuar de forma complementar à ação das entidades reguladoras no que concerne ao acompanhamento da outorga e da execução contratual dos serviços concedidos. Afinal, o fato de o Poder Concedente deter competência originária para fiscalizar a atuação das concessionárias não impede a atuação cooperativa e suplementar do TCU, que pode, assim, fiscalizar a prestação dos serviços públicos delegados” (Acórdão AC-1756-43/04-P, sessão 10/11/04, Grupo II, Classe I, relator ministro Walton Alencar Rodrigues).

⁶⁶ BARZEKAY *apud* SUMMA, Hilka. “Definições e estruturas”. In: POLLITT, Christopher [et al.]. *Desempenho ou Legalidade? Auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Tradução de Pedro Buck. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 43.

⁶⁷ Os artigos da Constituição Federal que fundamentam essa afirmação são: 31, 33, §2º, 34, VII, “d”, 49, IX e X, 51, II, 70 e 71.

⁶⁸ Desde o início do processo de privatização no Brasil o Tribunal tomou algumas providências: capacitou analistas para exercerem a fiscalização sobre esse então novo procedimento, criou a Secretaria de Fiscalização de Desestatização – SEFID para lidar diretamente com auditorias sobre o assunto, editou as Instruções Normativas n. 27/1998 (processos de desestatização), 43/2002 (energia elétrica) e 46/2004 (rodovias) e desenvolveu o projeto de Modernização do Controle Externo da Regulação com o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, com o apoio técnico da Fundação Getulio Vargas. (MARTINS, Paulo Roberto Wiechers; WANDERLEY, Maurício de A.; GOMES, Marcelo Barros; BEMERGUY, Marcelo; NORONHA, Maridel Piloto de. “Iniciativas do TCU para o aperfeiçoamento do controle externo da regulação”. In: *Revista do Tribunal de Contas da União*, n. 104, edição especial, Brasília, abr./jun., 2005, pp. 33/38)

Apesar de ser mais comum e indicado que os agentes reguladores conduzam a *AIR*⁶⁹, com efeito, a Corte de Contas também pode desenvolvê-la. Exemplo disso ocorre na Inglaterra. O *National Auditor Officer* – *NAO*, órgão de apoio do Poder Legislativo inglês, não só é um dos responsáveis pelo controle de qualidade das avaliações conduzidas pelas agências reguladoras e departamentos governamentais, como também realiza algumas *avaliações de impacto regulatório*.

Em resumo, conforme será apontado mais adiante neste capítulo, é possível encontrar nas experiências internacionais uma variedade de sujeitos responsáveis pela realização da *avaliação*. Contudo, não se pode ignorar que do ponto de vista da delegação de poder e considerando a tensão entre autonomia e controle, sobretudo no Brasil, uma *avaliação de impacto* realizada pelo próprio órgão regulador (controle interno) apresenta implicações diversas daquela realizada pelo órgão (externo) de controle, como é um Tribunal de Contas. O controle político do agente regulador pelos Poderes Legislativo e Executivo será abordado no capítulo 6.

Por outro lado, a auditoria operacional necessariamente será desenvolvida pelo Tribunal de Contas ou outro órgão de controle externo do poder público que lhe faça as vezes. Apesar de os Tribunais de Contas também poderem conduzir uma *avaliação de impacto regulatório* ou auxiliar seu processo de elaboração, isso não faz com que a auditoria operacional se confunda com a *avaliação de impacto regulatório*, conforme ficará mais claro nas próximas seções.

2.4.2. Avaliação de impacto regulatório e estudo de impacto ambiental

Assim como no caso da auditoria operacional e nas demais ferramentas a serem comparadas nas próximas seções, o Estudo de Impacto Ambiental – EIA apresenta muitas semelhanças com a *avaliação de impacto regulatório*. Elas são tantas e seu grau de

⁶⁹ Defende-se a adoção da *AIR* pelos agentes reguladores em virtude do potencial dessa ferramenta em minimizar o déficit democrático do Estado regulador e conferir legitimidade aos agentes reguladores.

importância tão alto que é possível afirmar que o EIA, como espécie do gênero avaliação de impacto ambiental, apresenta elementos da *avaliação de impacto regulatório*⁷⁰.

O Estudo de Impacto Ambiental é pressuposto constitucional da efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado⁷¹. A Constituição Federal incumbe ao poder público exigir o EIA nas hipóteses de instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (art. 225, § 1º, IV).

Em breves linhas, o EIA tem por objeto avaliar as proporções das possíveis alterações que um empreendimento, público ou privado, pode ocasionar ao meio ambiente, a fim de evitar as consequências danosas, sobre o ambiente, de um projeto de obras, de urbanização ou de qualquer atividade. Trata-se de mandamento decorrente do princípio da precaução, segundo o qual devem ser adotadas medidas de precaução para evitar ou reduzir danos ao meio ambiente⁷².

As semelhanças entre o EIA e a *avaliação de impacto regulatório* são diversas⁷³. A primeira delas é o caráter multidisciplinar variável da equipe responsável pela sua execução. Tanto no EIA quanto na *avaliação de impacto regulatório*, a equipe responsável pela execução das avaliações deve ser formada por profissionais habilitados a atuar em diversas áreas para permitir uma visão completa e integrada de diferentes aspectos. A formação dessa equipe multidisciplinar depende muito da natureza do empreendimento ou da medida regulatória que se pretende analisar. Porém, por certo, não de ter habilitação relacionada com os fatores, setor, objetivos e recursos ambientais que pretendem avaliar. Nesse sentido, não é possível descrever a composição de uma equipe para todos os casos, pois a equipe será formada casuisticamente nas avaliações ambientais e regulatórias.

⁷⁰ Esse aspecto fica ainda mais latente quando se analisa a análise de risco, método de análise econômica que pode ser adotado na *avaliação de impacto regulatório*, conforme será demonstrado no capítulo 4 a seguir.

⁷¹ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 7ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 290.

⁷² “A aplicação do princípio da precaução relaciona-se intensamente com a avaliação prévia das atividades humanas. O „Estudo de Impacto Ambiental insere na sua metodologia a prevenção e a precaução [em relação à] degradação ambiental. Diagnosticado o risco, pondera-se sobre os meios de evitar o prejuízo. Aí entra o custo de oportunidade do emprego dos meios de prevenção” (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70).

⁷³ Para uma análise do princípio da precaução e da análise de custo-benefício, ver SUNSTEIN, Cass R. *Risk and Reason: safety, law and the environment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, especialmente capítulos 1 e 2.

Em que pese ambas as equipes serem multidisciplinares e com formação variável, cumpre observar diferença significativa ainda no tocante à sua formação. No caso do EIA, a equipe responsável pela elaboração do estudo não pode ser formada por empregados ou subordinados do proponente do projeto, nem do órgão público competente para a avaliação⁷⁴. Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, a equipe “[h]á de ter independência suficiente para [o órgão competente pelo licenciamento ambiental] não se deixar influenciar nem por um, nem por outro, pois deverá produzir um relatório que poderá ser a favor ou contra o projeto, com recomendação, se for o caso, de alternativas”⁷⁵. Apesar de o Relatório de Impacto Ambiental – RIMA não ser vinculante, para acolher ou deixar de acolher as diretrizes apresentadas, o órgão ambiental deverá fundamentar sua decisão nos termos apresentados⁷⁶.

No caso da *análise de impacto regulatório* não é necessário que a equipe responsável por executá-la seja composta por pessoas externas ao órgão. Ao contrário. Em geral, o próprio órgão regulador realiza a análise e, se necessário, com auxílio de técnicos externos, estes contratados em virtude da habilitação científica, experiência prévia e conhecimento do setor. Isto porque a *avaliação de impacto regulatório* é um instrumento voltado a auxiliar o processo de tomada de decisão e não apenas informação relevante a ser considerada quando da decisão.

Outra semelhança é quanto à importância conferida à participação do público em cada um dos processos. Ainda que esse elemento seja mais forte na *avaliação de impacto regulatório*, o EIA também privilegia mecanismos de publicidade. Exige-se que seja dada publicidade ao pedido de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão em jornal oficial do Estado, bem como em periódico regional ou local de grande circulação⁷⁷. Além disso, o RIMA fica acessível ao público, podendo ser realizadas audiências públicas sempre que o órgão do meio ambiente julgar necessário ou quando for solicitado por entidade civil, Ministério Público ou cidadãos. A audiência pública, quando requerida, é condição de

⁷⁴ Resolução CONAMA 01, 1986, art. 7º.

⁷⁵ SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 7ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 293.

⁷⁶ É possível, e também preferível, que durante as etapas de participação ao longo da AIR diversos atores apresentem suas próprias AIRs, a fim de balizar ou criticar os dados utilizados ou os métodos adotados pelo agente regulador.

⁷⁷ Lei 6.938, 1981, art. 10, §1º.

validade do licenciamento, pois a partir dela os interessados tomam conhecimento do conteúdo do relatório, podendo dirimir dúvidas e oferecer críticas e sugestões⁷⁸.

O grau de participação do público no EIA está restrito àquela parcela potencialmente afetada pelo empreendimento ou atividade, enquanto que na *avaliação de impacto regulatório* abrange participação dos potencialmente afetados de forma mais significativa. Os possíveis afetados pela medida regulatória objeto da análise são ouvidos pelo menos em três etapas: no início, quando da apresentação das alternativas e colheita de sugestões; no meio, para colher e validar dados; e, no final, para ouvir as sugestões a respeito da alternativa escolhida e da versão preliminar da norma. As etapas da *avaliação de impacto regulatório* serão abordadas na seção seguinte com mais detalhes.

Ainda, a *avaliação de impacto regulatório* e o EIA/RIMA guardam em comum o fato de ambos serem uma espécie de processo com etapas bem delimitadas e, às vezes, parecidas. O Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA determinou que o EIA deveria apresentar pelo menos quatro fases de atividades técnicas. São elas: (i) diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, considerando: o meio físico, biológico e socioeconômico; (ii) análises de impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade, suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais; (iii) definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas; e (iv) elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados⁷⁹.

⁷⁸ Resolução CONAMA 9, 1987.

⁷⁹ A classificação das fases foi retirada da Resolução CONAMA 01, de 1986. José Afonso da SILVA aponta outra classificação do EIA: “O procedimento do Estudo de Impacto Ambiental desenvolve-se em 5 fases: (i) fase preliminar do planejamento da atividade, quando o proponente do projeto manifesta sua vontade de realizar o empreendimento e procura o Poder Público para obter diretrizes e instruções adicionais; (ii) atividades técnicas da equipe multidisciplinar, quando se realiza o EIA propriamente dito; (iii) elaboração do Relatório de Impacto

A *avaliação de impacto regulatório*, conforme será exposto a seguir, apresenta onze fases que incluem as quatro fases apresentadas acima para o EIA, com algumas variações, e outras etapas que garantem à *avaliação* caráter peculiar. Por exemplo, a fase de elaboração de diferentes opções, a fase em que se escolhe o método que será utilizado para analisar as opções apontadas anteriormente e a fase dos testes. Note-se que ambos os procedimentos apresentam as mesmas fases iniciais e finais, isto é, os dois procedimentos são iniciados pelo diagnóstico do problema e finalizam com o monitoramento da medida ou empreendimento.

Esclarecidas as semelhanças mais latentes, cumpre estabelecer as diferenças. As diferenças que merecem atenção estão relacionadas com o objeto e a finalidade de cada uma das ferramentas. Enquanto o objeto de estudo do EIA é uma ação humana que poderá causar impacto ao meio ambiente, a *avaliação de impacto regulatório* preocupa-se com o problema que se pretende solucionar através de uma decisão regulatória. Da mesma forma, ao passo que a finalidade do EIA é reduzir o impacto ambiental ao menor nível possível, a da *avaliação* é tornar a (não) intervenção estatal a mais eficiente possível.

Das diferenças quanto ao objeto e à finalidade decorre marcante discrepância em relação à noção de impacto para cada uma das ferramentas. Para o EIA, o vocábulo “impacto” apresenta conotação negativa em relação ao meio ambiente. Significa qualquer alteração dos atributos ou degradação do meio ambiente⁸⁰. Por outro lado, para a *AIR*, impacto é qualquer efeito de uma medida regulatória para o Estado, o mercado, os usuários e a sociedade em geral. Esse efeito pode ser positivo ou negativo, previsto ou imprevisto, direto ou indireto, ambiental, econômico, social ou de qualquer outro gênero.

Ambiental – RIMA que traduz o resultado das atividades técnicas; (iv) apreciação pelo órgão competente que julgará a respeito da viabilidade ambiental do projeto ou das alternativas propostas; (v) execução e aplicação do EIA, a partir da licença de operação, possibilitando o início da atividade licenciada de acordo com o previsto na licença prévia e de instalação” (*Direito ambiental constitucional*. 7ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 292/293).

⁸⁰ A Resolução CONAMA 01, de 1986 (art. 1º), define impacto ambiental como qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, que, direta ou indiretamente, afeta a saúde, a segurança e o bem-estar da população; as atividades sociais e econômicas; a biota (flora e fauna); as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente, e a qualidade dos recursos ambientais.

Essas diferenças permitem afirmar que a *avaliação de impacto regulatório* é uma ferramenta que auxilia a administração pública a tomar decisões mais eficientes e o EIA uma condição imposta ao particular para que o desenvolvimento de atividade e empreendimentos sempre preserve o meio ambiente. Contudo, embora as diferenças existam e sejam relevantes, ambos são (ou deveriam ser) utilizados pelo poder público como instrumento de planejamento. Segundo SANCHEZ⁸¹, o EIA é uma atividade técnico-científica que tem por finalidade identificar, prever e interpretar os efeitos de uma determinada ação humana sobre o ambiente. *A avaliação de impacto regulatório*, conforme será exposto a seguir, também poderá auxiliar o Estado, não só a administração pública, na elaboração de políticas regulatórias e públicas e na realização do controle social.

Por outro lado, ambas as avaliações podem iniciar com apenas uma opção (construir um empreendimento ou vetar o comércio de uma substância) e, após ampliar o leque das opções de escolha, adotar outra medida ou empreendimento diferente que se mostrou mais adequada(o) ao longo dos processos realizados.

É preciso insistir também em outra diferença bastante importante. A realização do EIA, conforme mencionado acima, é compulsória. Sua exigência está prevista na Constituição Federal, e sua não realização gera consequências administrativas e penais para todos os envolvidos (poder público e iniciativa privada)⁸². A justificativa para a compulsoriedade do EIA é a possibilidade de um dano ambiental afetar não apenas os diretamente envolvidos em um empreendimento, mas também toda a população e ainda gerações futuras. Com relação à *avaliação de impacto regulatório*, há quem considere a compulsoriedade como elemento essencial para o conceito da *avaliação*⁸³. Conforme será aprofundado no capítulo 7, o governo brasileiro está envidando esforços para adotá-la.

⁸¹ SANCHEZ *apud* BASSO, Luis Alberto; VERDUM, Roberto. “Avaliação de Impacto Ambiental: EIA e RIMA como instrumentos técnicos e de gestão ambiental”. In: VERDUM, Roberto; MEDEIROS, Rosa Maria Vieira (org.). *RIMA - Relatório de Impacto Ambiental: legislação, elaboração e resultados*. 5ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora da UFRS, 2006, p. 75.

⁸² A Resolução CONAMA 01, de 1986, apresenta lista, não exaustiva, de atividades que devem apresentar o EIA favorável para obter o licenciamento (art. 2º).

⁸³ Para Claudio M. RADAELLI e Fabrizio DE FRANCESCO, a compulsoriedade é requisito definidor da AIR: “RIA (...) is a systematic and mandatory appraisal of how proposed primary and-or secondary legislation will affect certain categories of stakeholders, economic sectors, and the environment (...) „Mandatory means that it is not a voluntary activity” (“Regulatory impact assessment, political control and the regulatory state”, artigo

Por fim, cabe ainda mencionar que o EIA deve ser realizado pela pessoa natural ou pessoa jurídica, pública ou privada, titular da obra ou atividade para cuja licença se exige a realização do estudo. A responsabilidade técnica e financeira pela realização do estudo é inteiramente do titular da obra ou atividade. Por sua conta correm todas as despesas e custos com a coleta e aquisição dos dados e informações, trabalhos e inspeções de campo, análise de laboratório, estudos técnicos e científicos, acompanhamento e monitoramento dos impactos, elaboração do RIMA e fornecimento de pelo menos cinco cópias⁸⁴. No caso da AIR, a responsabilidade pela sua realização é do órgão que a desenvolveu, porém após as etapas de participação da sociedade essa responsabilidade é repartida com os agentes que contribuíram com informações, conforme será demonstrado a seguir.

2.4.3. Avaliação de impacto regulatório e avaliação legislativa

À primeira vista, a expressão avaliação legislativa pode sugerir que esta e a *avaliação de impacto regulatório* são idênticas com a diferença essencial de que a primeira se presta a analisar propostas de leis (função legislativa) e, a segunda, de decisões regulatórias que podem, mas não estão restritas a, ser concretizadas na forma de normas regulatórias a serem expedidas pelos entes regulatórios (no exercício de sua função normativa). Sem clarear as diferenças, é possível ainda tornar a confusão mais evidente ao perceber que à avaliação legislativa também é possível submeter normas produzidas por agentes reguladores no exercício de sua função normativa⁸⁵.

apresentado na 4ª Conferência Geral do Consórcio Europeu para a pesquisa política [*4th General Conference of the European Consortium for Political Research*], realizada em Pisa, Itália, entre 6 e 8 de setembro de 2007, p. 2). Eric POSNER, contudo, argumenta que se nos Estados Unidos não fosse compulsória a realização das análises de custo-benefício, as agências iriam querer realizá-las. Segundo o autor, a realização dessa análise é benéfica também para o regulador (“Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: a positive political theory perspective”, *University of Chicago Law Review*, v. 68, n. 4, fall, 2001, p. 1163).

⁸⁴ Resolução CONAMA 01, de 1986, art. 8º.

⁸⁵ Natasha Schmitt SALINAS, em pioneiro trabalho sobre o tema no Brasil, justifica a utilização da avaliação legislativa também para normas infraconstitucionais na inflação legislativa e crescente valorização da qualidade da ação normativa: “Com a crise do Estado intervencionista, a lei perdeu seu caráter sistemático, revelando-se insuficiente para tratar de uma realidade altamente cambiante” (“Avaliação Legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor”, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Professor Doutor José Eduardo Faria em 2009, p. 23). Vale notar que no mesmo momento também surgiu a *avaliação de impacto regulatório*, porém em razão do poder delegado aos entes reguladores.

Apesar das semelhanças, é possível apontar importantes diferenças que acabam por afastar derradeiramente eventuais confusões. Todavia cumpre esclarecer, de forma sintética, o que é a avaliação legislativa. É a verificação dos possíveis efeitos e reais impactos resultantes da aplicação de uma lei a partir de um procedimento que aplica técnicas científicas, da ciência

Outra diferença é quanto às etapas de ambas as avaliações. Na avaliação legislativa estão incluídas as principais regras para o procedimento de produção de lei (o *iter* legislativo). São elas: (i) identificação e definição de um problema cuja solução é atribuída à ação legislativa; (ii) determinação dos objetivos da legislação; (iii) definição dos meios potencialmente aptos a gerar os efeitos pretendidos pela legislação e das alternativas diversas para a solução do problema; (iv) averiguação da capacidade dos possíveis efeitos serem aptos a realizar os fins declarados ou implícitos na legislação (avaliação prospectiva ou *ex ante*); (v) escolha do meio ou solução legislativa que será submetida à votação; (vi) votação da lei; (vii) exame dos reais efeitos produzidos pela legislação e na sua comparação com os objetivos declarados ou implícitos na legislação (avaliação legislativa retrospectiva ou *ex post*); e (viii) adaptação, se necessária, da legislação com base no resultado da avaliação legislativa⁸⁷.

Assim, cotejando-se as etapas da avaliação regulatória descritas na seção seguinte com as etapas apontadas para a avaliação legislativa, nota-se sensível diferença entre ambas. Enquanto a *avaliação regulatória* busca, por meio de metódica própria, realizar estudo comparativo entre, de um lado, a opção desejada e apontada pelo ente regulador na proposta de regulação e, de outro, as alternativas que serão utilizadas como parâmetros de comparação e sopesamento em termos de eficiência, a avaliação legislativa apenas está voltada à situação avaliada. Todas as demais etapas que estão presentes na *avaliação regulatória* e não encontram correspondente na avaliação legislativa decorrem dessa diferença, *i.e.* elaboração das diferentes opções, escolha do método que será utilizado para analisar as opções apontadas na etapa anterior, análise das opções de acordo com o método escolhido, pequenos testes, critérios de escolha e sugestão de escolha regulatória ao agente regulador responsável pela tomada de decisão.

⁸⁷ Natasha Schmitt SALINAS. “Avaliação Legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor”, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Professor Doutor José Eduardo Faria em 2009, p. 29.

Assim, se a avaliação legislativa encontra-se inserida no esquema do *iter* legislativo, a *avaliação regulatória* é ferramenta de controle da atividade regulatória a fim de garantir, entre outros objetivos, a eficiência nas decisões regulatórias do Estado. O processo de tomada de decisão da atividade estatal regulatória é completamente distinto daquele processo em outros ambientes de poder político, o que afeta as questões que decorrem de uma e de outra.

Contudo, apesar das diferenças suscitadas acima, pode-se apontar mais semelhanças além daquelas iniciais, como o fato de ambas serem espécie de procedimento administrativo e a preocupação de ambas com a real aplicação das normas avaliadas e com possíveis aprendizados institucionais a partir da utilização contínua dessas ferramentas. Além disso, diante da variabilidade dos formatos de cada uma das avaliações, é possível encontrar experiências que as aproximam ainda mais. Bons exemplos que serão explorados a seguir são a União Europeia e a Inglaterra. Nesses dois casos, o objeto da *avaliação de impacto regulatório* engloba tanto normas regulatórias quanto políticas públicas. Disso resulta que a avaliação legislativa pode por vezes englobar uma *avaliação de impacto regulatório* em seu procedimento.

2.4.4. Avaliação de impacto regulatório e consulta pública

Nesse tópico busca-se identificar algumas semelhanças entre a *avaliação de impacto regulatório* e outros mecanismos de controle e responsabilização das agências reguladoras dos quais a consulta pública é apenas o mais conhecido e adotado. Ao lado das consultas públicas tem-se a realização de audiências públicas, a publicação de atas e relatórios, a existência de ouvidoria, sessão pública para reunião da diretoria e a existência de conselhos consultivos⁸⁸.

⁸⁸ Note-se que ainda seria possível acrescentar o contrato de gestão nessa lista, porém diante de seu uso escasso (se não desuso) não é possível, infelizmente, inseri-lo dentre os mecanismos efetivos de controle e responsabilização das agências.

A adoção dos mecanismos de controle varia conforme a agência reguladora, sua formação histórica em relação a disputas ocorridas no setor e perfil dos seus dirigentes e funcionários⁸⁹. MARCOS VINÍCIUS PÓ e FERNANDO LUIZ ABRUCIO em estudo realizado sobre o funcionamento dos mecanismos de controle e *accountability* de quatro agências reguladoras do Brasil (Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS) apontam interessantes conclusões.

De um lado está a ANATEL, que adota grande parte dos mecanismos enumerados acima. Exceção é quanto à publicidade às reuniões da diretoria, pois apenas após a realização da sessão os interessados tomam conhecimento do teor da decisão do órgão colegiado. Do outro lado está a ANS, que não adota com frequência os mecanismos expressos em sua lei, colocando em xeque o princípio da publicidade da administração pública. Exemplo disso é o funcionamento da Câmara de Saúde Complementar – CSS. Como pode ser verificado pelas atas disponíveis, é um órgão que frequentemente discute as normas que a agência emitirá. Segundo MARCOS VINÍCIUS PÓ e FERNANDO LUIZ ABRUCIO, “isso transforma a CSS em um fórum quase deliberativo, onde os atores se enfrentam em torno de posições assumidas como em uma disputa política”⁹⁰.

No que se refere à consulta pública, a ANATEL realiza corriqueiramente esse procedimento, sem, contudo, responder às perguntas formuladas adequadamente e com transparência. As outras agências sequer realizam as consultas públicas com tanta frequência. O caso da ANS, novamente, é o mais grave. Além de ser um procedimento raro, a agência não confere a devida transparência aos seus atos⁹¹.

⁸⁹ PÓ, Marcos Vinícius; ABRÚCIO, Fernando Luiz. “Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e *accountability* das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças”. In: *Revista Brasileira de Administração Pública*, n. 40, Rio de Janeiro, jul./ago., 2006, pp. 679/98.

⁹⁰ PÓ, Marcos Vinícius; ABRÚCIO, Fernando Luiz. “Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e *accountability* das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças”. In: *Revista Brasileira de Administração Pública*, n. 40, Rio de Janeiro, jul./ago., 2006, p. 696.

⁹¹ PÓ, Marcos Vinícius; ABRÚCIO, Fernando Luiz. “Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e *accountability* das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças”. In: *Revista Brasileira de Administração Pública*, n. 40, Rio de Janeiro, jul./ago., 2006, p. 695.

Os mecanismos de controle e responsabilização da administração pública não estão adstritos às agências. Há ainda, na legislação sobre licitações e concessões públicas, dispositivos que tratam, por exemplo, da obrigatoriedade de realizar a audiência prévia caso o valor estimado da licitação ou do conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas ultrapasse valor previsto na Lei 8.666/1993 (art. 39) ou, ainda, de disponibilizar minuta de edital e do contrato de parceria público-privada para consulta pública (Lei 1.079, 30.12.2004, art. 10, VI).

Ainda que esses mecanismos sejam fundamentais para o controle do poder público, e neste incluídos os agentes reguladores, eles não se mostram suficientes. Além de mera publicidade dos atos praticados, é preciso conferir participação efetiva aos agentes interessados, além de mecanismos que avaliem as decisões administrativas proferindo juízos de eficiência.

Note-se que quando da implementação das agências reguladoras no Brasil, em 1996, a mera referência à realização de audiências públicas, a existência de ouvidoria e órgãos consultivos que permitissem a participação da sociedade civil, além da aplicação da Lei 9.784/99, já eram o bastante para conferir-lhes um *status* de legitimidade, transparência e responsabilidade (*accountability*). Apesar de importantes e necessários, acredita-se que esses mecanismos não são suficientes para caracterizar um Estado regulador em sintonia com o princípio republicano e a Constituição Federal.

A esse respeito, a OCDE admite em seu mais recente relatório sobre a reforma regulatória brasileira que a consulta pública poderia ser aprov

Nota-se, portanto, que tanto a consulta pública quanto a *análise de impacto regulatório* permitem a participação dos interessados no processo de tomada de decisão do agente regulador. Contudo, essa última apresenta abrangência e alcance maior. Garantir a publicidade dos atos do agente regulador é necessário, mas já não se mostrou suficiente para o Estado regulador. É preciso que o Estado seja, do ponto de vista político, ainda mais democrático (transparente e legítimo) e, do ponto de vista econômico, eficiente. As decisões regulatórias tomadas pelo Estado devem, a um só tempo, ser adequadas a solucionar os problemas vivenciados pelos setores regulados e permitir que sua ação seja fiscalizada e controlada a partir dos parâmetros estabelecidos na *avaliação de impacto regulatório*.

Apesar das limitações da consulta pública, a experiência brasileira com esses mecanismos de controle decorrentes do dever de a administração pública ser transparente e dar publicidade às suas decisões e motivações pode dar a atônica para a implementação e institucionalização da *AIR* no Brasil, conforme será sinalizado no balanço final acerca do Brasil.

2.5. Como e quando utilizar a *avaliação de impacto regulatório*: as etapas desse procedimento

CLAUDIO M. RADAELLI em um dos seus artigos sobre a difusão dessa ferramenta, sobretudo na Europa, afirma que a profusão da *avaliação de impacto regulatório* não se manifestou como uma convergência de ferramentas regulatórias adotadas por diversos programas de reforma regulatória da União Europeia e dos países europeus como a Inglaterra⁹³. De fato, cada país acabou adotando uma espécie de *AIR* própria, como foi o caso dos Estados Unidos, da Inglaterra e, também, da União Europeia. Assim, a despeito da difusão da *avaliação de impacto* em diversos países dos continentes americano e europeu, não há uma clareza quanto às suas características.

⁹³ RADAELLI, Claudio M. "Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of the regulatory impact assessment". In: *Journal of European Public Policy*, v. 12, n. 5, Londres, Outubro de 2005, pp. 924/943.

Some-se a essa ausência de consenso a respeito das características da *avaliação* a possibilidade de essa ferramenta vir a assumir diversas formas de acordo com a política regulatória que se pretende avaliar e os objetivos dessa avaliação. As etapas necessárias (e a qualificação dos profissionais envolvidos) dependerão das características do problema que a política regulatória a ser elaborada se propõe solucionar. Dessa forma, a *análise* poderá apresentar mais ou menos etapas (e exigir profissionais da área jurídica, social, econômica, ambiental, etc.) a depender da matéria.

Diante da possibilidade de sua variação será apresentado um tipo ideal⁹⁴ de *avaliação de impacto regulatório* com as três possíveis grandes fases: (i) o processo de tomada de decisão da medida regulatória, (ii) a implementação e (iii) o monitoramento da decisão, sendo que a primeira delas compreende as subfases 1-10 e as duas últimas grandes fases estão compreendidas na subfase 11, todas mencionadas na figura 2 abaixo.

⁹⁴ Esse tipo ideal foi extraído da leitura de guias, artigos e livros especializados no assunto, bem como na forma como a avaliação tem se manifestado em países onde o estudo da matéria encontra-se mais avançado.

Figura 2⁹⁵

O PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO REGULATÓRIA

Definição do problema e dos objetivos

1. Definição do problema.
2. Criação de linha do tempo com previsão sobre o que aconteceria no status quo caso não ocorresse qualquer intervenção.
3. Definição dos objetivos.

Seleção das opções e levantamento de dados

4. Consulta e participação dos possíveis afetados (instituições de representação das empresas, usuários, consumidores e qualquer outro interessado) a fim de validar as conclusões alcançadas nas fases anteriores (definição do problema, opções e objetivos).
5. Seleção das diferentes opções a serem consideradas.
6. Escolha do método que será utilizado para analisar as opções apontadas na etapa 5 acima.
7. Mapear os dados necessários para a mensuração dos benefícios e custos de todas as opções identificadas na etapa 5 e se necessário realizar pequenas pesquisas para coletas de dados para validar os dados a serem utilizados nas análises.

Análise e consulta da minuta dos documentos de air e da decisão regulatória a ser adotada

8. Análise e comparação das opções de acordo com o método escolhido e elaboração da minuta do relatório da AIR e da medida regulatória a ser adotada.
9. Consulta Pública das minutas de medida regulatória e do relatório de AIR para validação do resultado com os interessados.
10. Ajustar o relatório de AIR e a sugestão da medida regulatória a ser adotada ao agente regulador responsável pela tomada de decisão.

Implementação e monitoramento da decisão

11. Monitoramento da regulação e, conseqüente, levantamento de informação para os agentes que realizaram a avaliação e para o tomador de decisão.

⁹⁵ Quadro adaptado de Claudio M. RADAELLI (“Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of the regulatory impact assessment”. In: *Journal of European Public Policy*, v. 12, n. 5, Londres,

Considerando as fases descritas no quadro acima, tem-se como ponto inicial a definição do problema. O problema deve ser explicado a partir dos seus riscos, necessidades, e oportunidades de melhoria do *status quo*. Para tanto é exigido um estudo preliminar acerca do problema a ser analisado. É preciso conhecer as normas aplicáveis ao caso, as entidades envolvidas, riscos verificados numa análise preliminar e outros elementos acerca do contexto. A partir dessa fase inicial será formada a equipe de trabalho e serão identificados os objetivos que se pretende alcançar com a edição da medida regulatória.

É fundamental nessa fase inicial a identificação dos objetivos, os quais devem necessariamente derivar dos objetivos estabelecidos pela política pública setorial. Pode ocorrer de a política pública, na qual a medida regulatória a ser emanada busca fundamento, não apresentar de forma explícita seus objetivos. Se os objetivos não estão claros, porém presentes, cabe ao agente regulador esforçar-se para, por meio da interpretação, extrair do texto legal os objetivos pretendidos pelo legislador que não foram explicitados claramente na política pública.

Contudo, é possível que o legislador nem implicitamente tenha definido os objetivos de uma legislação em flagrante falha legislativa. Diante dessa carência de técnica legislativa, nada poderá realizar o agente regulador. Outra atitude não seria admissível no sistema jurídico brasileiro em razão do princípio da legalidade⁹⁶, pois imaginar que a *avaliação de impacto regulatório* pudesse apontar esses objetivos, seria o mesmo que possibilitar a substituição do papel do legislador pelo agente regulador. Nesse caso, infelizmente, pouco se poderá esperar da AIR, uma vez que a delimitação do problema e dos objetivos é essencial para o bom desempenho da presente ferramenta⁹⁷.

Outubro de 2005, pp. 924/943), bem como das EUROPEAN COMMISSION. “Impact Assessment Guidelines”, 15 de Janeiro de 2009.

⁹⁶ Ainda os doutrinadores que admitem a existência de regulamento autônomo no contexto brasileiro (e.g. Eros Roberto Grau, Sérgio Ferraz e Leila Cuéllar), o fazem com ressalvas: observância do princípio da legalidade e do direito. Para uma compilação das correntes existentes na doutrina brasileira a respeito do tema, cf. CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, capítulo 3.

⁹⁷ Por isso, para que se possa tirar o maior proveito possível da AIR é necessária uma atuação conjunta entre os Poderes, a fim de que as políticas públicas, que darão fundamento de validade a uma medida regulatória, apresentem com clareza seus objetivos. Por consequência, acredita-se que o próprio controle das políticas públicas, e não só das medidas regulatórias, será facilitado.

Tome-se como exemplo o caso do envenenamento infantil por remédios. Suponha-se que a ANVISA tivesse identificado nos últimos anos um aumento significativo no índice de mortalidade infantil em razão da ingestão de medicamentos prescritos aos pais, avós e outros familiares. A partir de uma breve pesquisa, verificou-se que os responsáveis, por descuido, deixavam seus medicamentos acessíveis às crianças pequenas que ao ingerir não resistiam aos efeitos do remédio a tempo do atendimento médico ser providenciado. Nesse caso, o problema seria o fato de as crianças terem acesso a medicamentos perigosos⁹⁸.

Da fase 1, decorre a criação da linha do tempo (fase 2) que servirá para prever o que ocorreria caso se decidisse não alterar o *status quo*. A linha do tempo, geralmente representada em forma de gráfico, auxilia também na comparação das opções que serão sugeridas. A depender do objeto da medida regulatória essa etapa poderá requerer previsões complexas do ponto de vista econômico e também decisões regulatórias que deverão ser submetidas ao escrutínio público nas fases de participação que serão realizadas em seguida.

Seguindo o exemplo acima, a linha do tempo seria representada por um gráfico em que o número de morte de crianças entre 2 e 8 anos seria uma linha constante ou crescente, caso o número de crianças aumentasse. Essa seria a previsão para os próximos 10 ou 20 anos caso qualquer providência fosse tomada pela ANVISA.

A terceira fase é a definição dos objetivos. Na mesma linha das fases anteriores, é preciso que o regulador atue com a máxima transparência possível apontando os objetivos que pretende alcançar com a decisão que será tomada ao final de todo o processo. Assim, no exemplo da contaminação das crianças pela ingestão de remédios, o objetivo era reduzir o número de mortes decorrentes em razão da contaminação a um menor custo possível para os fabricantes de remédios e os usuários.

⁹⁸ Esse exemplo foi inspirado nas regras adotadas pelos Estados Unidos em 30/12/1970 em razão da *Poison Prevention Packaging Act*. A legislação obrigou a utilização de tampas inteligentes nos medicamentos a fim de (i) evitar o envenenamento decorrente do consumo acidental dessas substâncias pelas crianças e (ii) alertar os pais e responsáveis dos perigos envolvidos com o seu manuseio.

A quarta fase consiste na consulta e participação dos possíveis afetados a fim de corrigir eventuais erros e validar a definição do problema e as premissas assumidas na fase 2. Por exemplo, caso o problema tenha sido definido de forma bastante restritiva, a participação da indústria farmacêutica ou dos consumidores no processo poderá esclarecer. O mesmo ocorre se alguma premissa equivocada for colocada. Dessa forma, a fase inicial de participação do público permite que o regulador confirme o problema definido, a linha do tempo proposta e ainda os objetivos, a fim de que possa refiná-los para as próximas etapas.

Na quinta fase são enumeradas as opções possíveis para se alcançar os objetivos da decisão regulatória. O levantamento dessas opções deve incluir (i) a não-intervenção no setor em questão, (ii) medidas alinhadas com o mercado, baseadas em incentivos, (iii) a disposição de informação para o setor e educação para os usuários, (iv) entendimentos voluntários como os conhecidos termos de ajustamento de conduta do direito brasileiro, (v) medidas de autorregulação e (vi) a considerada tradicional regulação de comando e controle (*command and control*).

No exemplo acima, para se reduzir o acesso das crianças a esses medicamentos pode-se propor (i) alterar as embalagens dos medicamentos de forma que somente pessoas que leem possam abri-las, (ii) fazer campanha de educação dos pais e familiares a respeito dos riscos de se deixar as caixas acessíveis às crianças, inclusive explicitando esse risco nas embalagens, (iv) preparar melhor os pronto-socorros para atender às crianças contaminadas, etc.

A sexta fase é a escolha do método que será utilizado para a análise de cada uma das opções apontadas na fase anterior. Existem inúmeros métodos de análise de opções regulatórias como, por exemplo, análise de custo-benefício, análise custo-efetividade, análise de risco, entre outros. Vale ressaltar que essa fase apresenta importância singular no processo de tomada de decisão administrativa, pois o ato de avaliar deve pressupor um modelo, um ponto de referência para que se possa atribuir um valor ao que está sendo avaliado⁹⁹. Por força

⁹⁹ “O ato de avaliar, independentemente do seu objeto, pressupõe um ponto de referência, um modelo para que se possa atribuir um valor ao que está sendo avaliado. Por tudo o que já foi observado, percebe-se que este ponto de referência diz respeito aos objetivos normativos” (Natasha Schmitt SALINAS. “Avaliação Legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor”, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Professor Doutor José Eduardo Faria em 2009, p. 41).

do princípio da legalidade, o valor deverá decorrer da política pública que desenha os contornos da discricionariedade do agente regulador a ser exercida na tomada de decisão administrativa. Não poderá a medida regulatória, por meio da *avaliação de impacto*, se valer de um método de avaliação de escolha cujo valor que lhe sustenta encontra-se em desarmonia com a política pública. Esse tema será tratado nos capítulos 3 e 4 a seguir.

A sétima fase é o segundo mecanismo de participação dos possíveis afetados e interessados. Nela estão presentes a realização de audiências públicas, de dinâmicas de grupos (*focus group*), e de pesquisas com entidades estratégicas. Além de conferir maior publicidade e transparência possível nesse momento em que as opiniões e sugestões serão ouvidas a respeito das opções e método escolhidos, a ideia também é coletar informações sobre custos e benefícios que não seja possível obter passivamente. Por exemplo, caso o custo sobre a reformulação das embalagens não seja disponibilizado por uma associação das empresas da indústria farmacêutica, no caso do exemplo acima, seria possível realizar uma pesquisa com as empresas a fim de mensurar uma média o mais próximo possível da realidade. A partir dela, é possível compreender o período que será necessário para alterar todos os medicamentos disponíveis no mercado, caso a opção pela troca das embalagens seja adotada.

Após a segunda consulta ao público, procede-se à oitava fase: análise das opções de acordo com o método escolhido. Para cada uma das opções devem ser contabilizados, na medida do possível, os benefícios e custos para sua adoção. Essa aferição deve levar em consideração o próprio Estado e todos os possíveis afetados com a decisão. Caso não seja possível contabilizar os custos e benefícios em termos numéricos será preciso demonstrar tal dificuldade e ainda considerá-la no momento em que todos os dados serão comparados.

A partir da comparação das opções e destacada aquela mais adequada, é elaborada minuta do relatório da *AIR*, bem como minuta da decisão a ser tomada. Na nona fase, esses documentos devem ser submetidos à consulta pública, tal como conhecida no ordenamento jurídico brasileiro. Note-se que não basta a realização da consulta pública, é preciso ainda responder às sugestões formuladas para estabelecer uma relação de confiança entre a sociedade afetada e o agente regulador. Do contrário, a participação tende a ser reduzida sem que se produza qualquer estímulo para que se participe.

Na nona fase pode-se ainda realizar pequenos testes como se fosse possível testar a decisão a ser recomendada no laboratório. Essa prática é muito comum em outras áreas de conhecimento como a comunicação social e administração de empresas. Pois, não é suficiente se perguntar se é preferível impor uma conduta, por meio de prescrições, ou instituir estímulos que a favoreçam. Deve-se também testar as escolhas. Por exemplo, é possível submeter a proposta a pelo menos duas pequenas ou médias empresas para que elas apontem possíveis efeitos positivos e negativos da medida em seus negócios (*small business litmus test*)¹⁰⁰ ou ainda realizar a experiência com duas cidades similares, para que uma possa servir como amostra piloto e a outra como amostra de controle.

Após a terceira participação no processo, é tempo de refinar o que for preciso em razão dos resultados da consulta pública e dos testes realizados. A partir dos resultados das fases anteriores será definida a medida a ser sugerida ao órgão superior da agência reguladora que decidirá adotá-la ou não com base nas evidências empíricas levantadas por meio da *avaliação* realizada. Note-se que esse órgão poderá encontrar falhas no procedimento adotado, solicitar nova análise, questionar valores alcançados e análises realizadas, além de não acolher a medida sugerida pelos motivos que entender adequados e convenientes. Por essa razão, a *avaliação de impacto regulatório* não é vinculante, não substituindo a decisão do órgão decisório da agência¹⁰¹.

¹⁰⁰ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding Regulation: theory, strategy and practice*. Nova York: Oxford University Press, 1999, p. 88. Na Dinamarca, por exemplo, no âmbito de suas práticas de *Better Regulation*, é comum encontrar um fórum de debate de empresas em torno de propostas de regulação que potencialmente afetariam as suas atividades. Além disso, a Danish Commerce e a Companies Agencies (órgãos privados) contribuem de forma direta para as análises das proposições de medidas regulatórias do governo. Apesar de a Dinamarca não desenvolver *avaliações de impacto regulatório*, existem outras formas de análise e controle das políticas e medidas regulatórias, sobretudo voltadas à análise de custos das empresas. Em geral, a avaliação desses métodos tem sido positiva (cf. RADAELLI, Claudio M. “Does regulatory impact assessment make institutions think?”, artigo apresentado na conferência *Governing the European Union: policy instruments in a multi-level polity*, Paris, 2007, p. 17).

¹⁰¹ “Better to accept that cost-benefit analysis cannot be the only decision rule used by government and that it can have value when used as an input into decision, as the risk regulation show” (cf. POSNER, Richard A. “Cost-benefit analysis: definition, justification, and comment on conference papers”. In: *The Journal of Legal Studies*, v. 29, Chicago, 2000, p. 1157). No mesmo sentido, Délia RODRIGO afirma: “RIA does not in itself determine decisions, but it provides empirical data that can clarify the options available to a decision-making process. It is a tool that can be used to transform stakeholders’ understanding of what action is appropriate, and can help define the role of the modern state” (“Regulatory Impact Analysis in OECD countries: challenges for developing countries”. OECD, Dhaka, Bangladesh, Junho de 2005, p. 8).

A *AIR* apenas propõe um procedimento por meio do qual é possível alcançar conclusões objetivas sobre os efeitos de uma decisão baseada em informações relevantes e empíricas sobre o setor regulado. Contudo, acredita-se que o não acatamento da sugestão apontada pelo relatório final da *AIR* exigirá motivação explícita acerca dos motivos que levaram à decisão diferente da sugerida pelo órgão técnico, facilitando, por consequência, o controle dessa instância decisória pelos demais atores do jogo regulatório (*e.g.* Tribunal de Contas e Poder Judiciário).

Enfim, na última fase se realiza o monitoramento da regulação a fim de informar aos agentes responsáveis pela sua elaboração sobre os avanços na concretização dos seus objetivos iniciais. Dessa fase, conforme adiantado anteriormente, podem resultar alterações nas medidas regulatórias sugeridas a fim de ajustar eventuais impactos não desejados¹⁰².

Vale notar, por fim, que essas etapas revelam que a *avaliação* é um requisito administrativo para a elaboração e alteração de medidas e políticas regulatórias. Portanto, é uma ferramenta mais alinhada com a abordagem da qualidade das regras regulatórias dos setores do que com a regulação de cada um dos setores.

2.6. Experiências estrangeiras

Outra forma de definir *avaliação de impacto regulatório* é observar como os países que já adotam esta ferramenta vêm utilizando-a. É importante ponderar, contudo, que as experiências são muito variadas, adequando-se ao contexto político-institucional de cada país. É preciso, assim, apresentar breve introdução acerca do arranjo administrativo construído para que se possa extrair o máximo possível dessa ferramenta, respeitando a estrutura administrativa e as implicações político-regulatórias existentes no relacionamento das autoridades reguladoras com os Poderes Legislativo e Executivo dos Estados Unidos, do Reino Unido e da União Europeia.

¹⁰² É comum a introdução de cláusulas de revisão (*sunset clauses*) após alguns anos da implementação da norma a fim de realizar alguns ajustes necessários.

2.6.1. A experiência dos Estados Unidos da América

Em 1981, o Presidente Ronald Reagan emitiu a Ordem Executiva n. 12.291 determinando que as agências executivas dos Estados Unidos submetessem as normas regulatórias mais importantes a uma análise de custo-benefício (*cost-benefit analysis CBA*)¹⁰³. Apenas as medidas cujos benefícios ultrapassassem os custos estariam autorizadas a continuar o procedimento de obtenção do aval presidencial. O dever de demonstrar a eficiência da medida regulatória apresentada recaía sobre as agências que tiveram que desenvolver o procedimento para a avaliação da efetividade e eficácia da norma¹⁰⁴. Desse modo, os EUA se tornaram os pioneiros no desenvolvimento e na aplicação da *avaliação de impacto regulatório* no início da década de 1980¹⁰⁵.

ROBERT BALDWIN e MARTIN CAVE apontam que os principais objetivos da Ordem Executiva n. 12.291 era reduzir o peso da regulação, aumentar a transparência (*accountability*)¹⁰⁶ da agência, oferecer uma visão geral mais eficiente ao Presidente da República acerca da atuação da agência reguladora e assegurar decisões mais bem justificadas¹⁰⁷. Segundo essa norma, as agências deveriam realizar uma *avaliação de impacto regulatório* que não só apresentasse uma análise dos custos e benefícios da proposta de medida regulatória, mas que destacasse as alternativas que poderiam alcançar os mesmos resultados a custos reduzidos. Como a noção de que nem todos os custos e benefícios são

¹⁰³ Cass R. SUNSTEIN afirma que a referida Ordem Executiva representava a primeira geração de debates em torno da análise de custo-benefício. Nessa etapa discutia-se se sua adoção era ou não desejável. Atualmente, fala-se em segunda geração de debates a fim de responder questões que surgiram da adoção dessa ferramenta (*e.g.* como e quando não adotar a decisão sugerida pela AIR? Como mensurar o valor de uma vida humana? Como lidar com interesses de gerações futuras?) (*The Cost-Benefit State: the future of regulatory protection*, American Bar Association, Chicago, 2002, p. xi)

¹⁰⁴ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding Regulation: theory, strategy and practice*. Nova York: Oxford University Press, 1999, p. 86.

¹⁰⁵ É possível encontrar na história dos EUA indicações de que o processo da AIR teve início durante a gestão de Richard Nixon (1969-1974), porém não nos moldes existentes atualmente.

¹⁰⁶ O termo *accountability* será objeto do capítulo 5. Para os efeitos aqui pretendidos nessa seção, deve ser entendido como mecanismo que confere publicidade aos atos da administração pública. Esses mecanismos podem estar relacionados a formas de participação no processo de tomada de decisão e à responsabilização da administração pública pelas suas decisões.

¹⁰⁷ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding Regulation: theory, strategy and practice*. Nova York: Oxford University Press, 1999, pp. 86/7.

quantificáveis já era presente, aqueles não-quantificáveis deveriam ser discriminados no relatório final também¹⁰⁸.

Foi conferido ao *Office Information of Regulatory Affairs* OIRA, departamento integrante do *Office of Management and Budget* OMB da Casa Branca, a responsabilidade de avaliar e revisar as *análises de impacto regulatório* realizadas. Em geral, a agência reguladora conduz a análise dos custos e benefícios de uma proposta e de suas alternativas, e as conclusões são encaminhadas ao OIRA juntamente com a proposição da medida regulatória. Caso o OIRA não aceite a proposta de regulação apresentada, pode ainda sugerir alterações em carta pública à agência responsável pela regulação a ser editada¹⁰⁹.

Dessa forma, o OIRA funciona como unidade central de supervisão e monitoramento das *avaliações de impacto regulatório* realizadas pelas agências reguladoras e, com isso, do processo de elaboração das medidas regulatórias no âmbito federal. Além de revisar as propostas de medidas regulatórias¹¹⁰, sua missão é cuidar da qualidade das informações disponibilizadas pela Presidência dos EUA, e desenvolver e supervisionar a implementação de políticas regulatórias em áreas como tecnologia da informação, dados estatais e privacidade.

Atualmente, essa exigência é disciplinada pela Ordem Executiva n. 12.866, de 1993, emitida na gestão Bill Clinton¹¹¹. Segundo essa Ordem Executiva, as propostas dos agentes reguladores consideradas como “ação regulatória significativa” são submetidas à *análise de impacto regulatório* nos Estados Unidos. Para isso, a proposta de medida regulatória deve: (i) apresentar impacto anual superior a USD 100 milhões de dólares; (ii) criar inconsistência

¹⁰⁸ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding Regulation: theory, strategy and practice*. Nova York: Oxford University Press, 1999, pp. 87.

¹⁰⁹ HAHN, Robert W.; TETLOCK, Paul C. “Has Economic Analysis Improved Regulatory Decisions?”, AEI-Brookings Joint Center Working Paper n. 07-08, abril de 2007, p. 2.

¹¹⁰ O OMB tem desenvolvido trabalho bastante detalhado sobre a quantificação dos custos e benefícios das medidas regulatórias federais dos EUA, e.g. no *Summary 2006*, o OMB apontou que o custo anual das mais importantes medidas regulatórias federais dos EUA de 1995 a 2005 foram estimados entre USD 37 bilhões e USD 44 bilhões de dólares. E os benefícios correspondentes foram estimados entre USD 94 bilhões e USD 449 bilhões. Os valores em dólares foram obtidos em 2001, porém convertidos ao dólar de 2005, segundo esclarecido pelos autores. (cf. HAHN, Robert W.; TETLOCK, Paul C. “Has Economic Analysis Improved Regulatory Decisions?”, AEI-Brookings Joint Center Working Paper n. 07-08, abril de 2007, p. 1)

¹¹¹ Durante a gestão George W. Bush, a Ordem Executiva n. 12.866 foi emendada pela Ordem Executiva n. 13.422. No entanto, na gestão Barack H. Obama, a referida Ordem Executiva foi revogada, restituindo-se a integralidade da Ordem Executiva n. 12.866. (cf. <http://www.thecre.com/ombpapers/centralrev.html>, último acesso em 23/11/2009)

grave na legislação existente ou interferir nas atividades ou planejamento de outra agência; (iii) alterar a previsão orçamentária previamente estipulada; ou, ainda, (iv) propor questões legais novas decorrentes da lei, das prioridades presidenciais e da própria Ordem Executiva.

No contexto norte-americano, vale destacar ainda a Circular A-4, de 17 de setembro de 2003. Nesse documento, o *OMB* apresenta orientações às agências reguladoras federais sobre como conduzir uma *avaliação de impacto regulatório*, que na visão do órgão deve servir para informar a sociedade civil e outras partes do governo (além das agências responsáveis)¹¹². Na referida circular, é possível encontrar desde recomendações sobre métodos de análises econômicas dos custos e dos benefícios de cada proposta e respectivas alternativas até o modelo de apresentação do resumo das conclusões alcançadas pela *AIR*.

Importante notar que o *OMB* aponta três elementos-chave para a análise regulatória. São eles: (i) justificativa para a ação proposta; (ii) exame das abordagens alternativas à ação estatal; e (iii) avaliação quantitativa e qualitativa dos benefícios e dos custos da proposta e das principais alternativas¹¹³. Além disso, menciona que é preciso colher as opiniões dos atores que serão potencialmente afetados pela medida e daqueles que, apesar de não serem atingidos, apresentam conhecimento especializado no tema. A transparência e publicidade também aparecem como fundamentais para garantir qualidade na avaliação, sendo necessário identificar a fonte dos dados utilizados e disponibilizar os documentos referenciados ao longo do relatório.

2.6.2. A experiência da Inglaterra

A reforma administrativa inglesa teve início, em 1985, durante a administração de partido conservador, quando a então primeira-ministra, Margareth Thatcher, adotou a desregulamentação de alguns setores da economia. O intuito dessa política era eliminar o custo regulatório sobre a iniciativa privada imposto pela burocracia estatal. Nessa oportunidade, foi introduzido *Compliance Cost Assessment* - *CCA*, a fim de identificar os custos regulatórios impostos à iniciativa privada, e realizada a revisão de mais de 35.000 medidas regulatórias,

¹¹² OMB, “Circular A-4”, September 17, 2003, p. 2.

¹¹³ OMB, “Circular A-4”, September 17, 2003, p. 2.

bem como outras medidas voltadas à retirada do Estado de alguns setores econômicos que sofriam intensa intervenção até aquele momento¹¹⁴.

Mais tarde, em 1997, sob a administração do partido dos trabalhadores, houve a mudança terminológica e filosófica de desregulação (*deregulation*) para a “Regulação Melhor” (*better regulation*)¹¹⁵. A mudança enfatizava que a “boa” regulação estatal era necessária com vista a proteger o consumidor e o público em geral, pois apenas a “má” regulação resultaria em obstáculos para a economia. Foi criada a *Better Regulation Task Force*, órgão independente consultivo alocado sob a estrutura do Gabinete, cuja composição majoritariamente era de empresários da iniciativa privada. Após um ano, foi então desenvolvida a primeira *avaliação de impacto regulatório* a ser utilizada no país.

Em 1999, a referida força-tarefa foi renomeada para *Regulatory Impact Assessment Unit* e o apoio do Poder Legislativo veio com a aprovação do *Regulatory Reform Act* em 2001. Nesse período a *AIR* já era uma exigência para todas as agências reguladoras, bem como para os departamentos que apresentavam em sua estrutura uma unidade especializada, as *Departmental Regulatory Impact Units - DRIUs*. As orientações eram geradas pelo *Cabinet Office Regulatory Impact Unit - RIU*, para quem as principais ações que envolviam a realização de uma *AIR* compreendiam: (i) definir o problema e esclarecer os objetivos; (ii) assegurar que os objetivos serão atingidos ao menor custo; (iii) identificar alternativas para se alcançar os objetivos; (iv) apontar as assimetrias de informação e os dados necessários para as análises; (v) compreender os efeitos da adoção das medidas nos negócios; (vi) facilitar o escrutínio ministerial e parlamentar da regulação; (vii) aumentar a responsabilização e a transparência da atividade regulatória estatal; e (viii) aplicar os cinco princípios da “boa regulação”: transparência, proporcionalidade, objetivos (*targets*), consistência e *accountability*.

¹¹⁴ BALDWIN, Robert. “Is Better Regulation Smarter Regulation?”, Londres, 19/10/2004 (mimeo), pp. 1/2.

¹¹⁵ A virada para „Better Regulation” do governo britânico no final dos anos 1990 foi referência para outros países que mais tarde adotaram a mesma política, como Alemanha, Holanda, Suécia, Finlândia, Áustria, e blocos supranacionais como União Europeia e OCDE (cf. BALDWIN, Robert. “Is Better Regulation Smarter Regulation?”, Londres, 19/10/2004 [mimeo], p. 2).

Em 2005, a *Regulatory Impact Unit* foi substituída pela *Better Regulation Executive*, localizado na estrutura do Gabinete do primeiro-ministro inglês¹¹⁶. Essa mudança se justificou em razão da ausência de coordenação existente no sistema anterior, em que cada departamento e agente regulador apresentavam maior liberdade na condução da *AIR*. Os incentivos para o monitoramento das análises realizadas ganhou força com a adoção de contrato de metas para os serviços públicos. Foram, então, estipuladas metas e formas de controle do desempenho dos prestadores de serviços públicos para cada setor. Para cada meta, por sua vez, há um indicador informando a diferença entre os custos e os benefícios de novas regras¹¹⁷.

Ponto importante a respeito da experiência inglesa é quanto a sua capacidade de aprimoramento do processo de treinamento oferecido pelo governo¹¹⁸. Ao observar a experiência internacional da Inglaterra e de outros países¹¹⁹, a literatura especializada descreve o aprimoramento da qualidade das *análises de impacto regulatório* como um processo representado por um gráfico em forma de “U”, e não de uma linha reta ascendente. Isso se justifica pelo fato de que nos anos iniciais poucas *AIRs* são realizadas e sempre sob a supervisão de pequeno grupo de especialistas. Com a integração da *AIR* no processo de tomada de decisão, sua produção torna-se mais corrente e a qualidade parece cair. No momento da consolidação, o intenso treinamento e outros mecanismos de controle de qualidade alcançam a expansão desejada e a qualidade volta a crescer de novo. Foi o que ocorreu na Inglaterra.

Além desses atores governamentais, é importante destacar o papel do *National Audit Office* - *NAO*. Esse organismo, que se assemelha ao tribunal de contas no direito brasileiro, tem exercido papel fundamental no controle da qualidade da atividade regulatória e das *AIRs*

¹¹⁶ Nos primeiros anos a *Better Regulation Executive* estava alocada no *Department for Business, Enterprise and Regulation Reform - BERR* e, em 2009, passou a fazer parte do *Department for Business, Innovation and Skills* - *BIS*.

¹¹⁷ Cf. Office for Public Management; The Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, “The good governance standard for public services”, London, Hackney Press, 2004. Recentemente, novas metas foram estabelecidas para os biênios 2008/09 e 2010/11, a partir da ampla *Spending Review 2007* realizada em 2007.

¹¹⁸ Em 2007, o *BRE* mais uma vez investiu em intensos programas de treinamento presencial e online (www.iatraining.berr.gov.uk).

¹¹⁹ O caso do México também é utilizado como um exemplo (cf. RODRIGO, Délia. “Regulatory Impact Analysis in OECD countries: challenges for developing countries”. OECD, Dhaka, Bangladesh, Junho de 2005, p. 22).

elaboradas no país¹²⁰. Estudos e relatórios publicados pelo *NAO*¹²¹ sobre o desempenho dos agentes reguladores e os departamentos na condução das *avaliações de impacto regulatório* têm servido como roteiro para as reformas realizadas ao longo dos anos. Exemplo de sua influência no desenho da regulação inglesa é o surgimento do *BRE*, que ocorreu após o *NAO* apontar a grande disparidade entre as *AIRs* e a necessidade de uma maior coordenação central na matéria¹²².

Cumprido esclarecer, por fim, que a *análise de impacto*, como é chamada a *AIR* na Inglaterra desde 2007, deve ser utilizada por todo o processo de tomada de decisão, desde questões relativas à regulação econômica e social (política regulatória) até a elaboração de leis pelo Parlamento inglês (políticas públicas). As análises de impacto são exigidas para qualquer intervenção que imponha ou reduza custos nas empresas ou no terceiro setor e para qualquer proposta que afete o setor público cujos custos ultrapassem GBP 5 milhões. É necessário considerar uma variedade de alternativas, incluindo não-intervenção ou autorregulação, a fim de identificar a melhor opção para alcançar os objetivos públicos a custos baixos.

2.6.3. A experiência da União Europeia

A história da *avaliação de impacto regulatório* na União Europeia é recente, se comparada com aquela dos Estados Unidos e da Inglaterra. Em março de 2000, a União Europeia atribuiu-se objetivo estratégico para as próximas décadas: tornar-se, em termos de conhecimento, a economia mais competitiva e dinâmica do mundo¹²³. Nesse momento a Comissão Europeia identificou que para alcançar esse objetivo o aprimoramento do ambiente regulatório europeu era essencial, motivo pelo qual foi adotada a política de simplificação da legislação e regulamentação, incluindo o desempenho da administração pública em nível comunitário e local¹²⁴.

¹²⁰ Vale notar que algumas instituições não se submetem ao controle do *NAO* (e.g. o *Financial Services Authority* e a *Civil Aviation Authority*).

¹²¹ Para cada item da agenda da reforma regulatória, o *NAO* produziu um relatório. Para ver lista completa, cf. *NAO*, “Delivering high quality impact assessments”, HC 128 session 2008-2009, Janeiro de 2009, p. 11.

¹²² *NAO*, “Delivering high quality impact assessments”, HC 128 session 2008-2009, Janeiro de 2009, p. 5.

¹²³ Referência é feita às “Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Lisboa”, 23-24 de março, 2000, p. 2.

¹²⁴ A trajetória de simplificação da legislação e regulamentação remonta aos anos 1985, quando foi considerada um pré-requisito para a formação de um único mercado europeu. Dez anos depois, no Tratado de Amsterdam, o

Alguns meses depois, em dezembro do mesmo ano, a Comissão Europeia instituiu Grupo Consultivo de Alto Nível, formado por especialistas de cada Estado-membro e da Comissão, com a missão de elaborar uma estratégia para a melhoria da qualidade da regulação. Vale notar que *regulação* para a União Europeia é entendida como legislação e regulamentação no nível comunitário e local. Esse grupo ficou conhecido pelo sobrenome do seu presidente, Dieudonné Mandelkern.

Em novembro de 2001, o Grupo Mandelkern apresentou seu relatório final com as propostas para um programa regulatório europeu. Seis importantes medidas para uma regulação de qualidade foram recomendadas: (i) adoção de uma avaliação de impacto (*ex ante* e *ex post*); (ii) utilização de alternativas para as políticas públicas a serem avaliadas; (iii) utilização de mecanismos de consulta pública; (iv) simplificação do processo de elaboração e das medidas elaboradas; (v) facilitação do acesso à legislação e regulamentação; e (vi) estabelecimento de uma estrutura regulatória efetiva, incluindo uma unidade de controle de qualidade¹²⁵.

Para tanto, foi recomendado plano de implementação das medidas apontadas acima pela União Europeia e pelos Estados-membros no âmbito local. Para aqueles Estados-membros que já adotavam a *AIR*, foram propostas medidas de aprimoramento das estruturas e práticas existentes, como a revisão das normas em vigor. Os princípios que nortearam as atividades e conclusões do grupo foram: necessidade, proporcionalidade, subsidiariedade, transparência, *accountability*, acessibilidade e simplicidade¹²⁶. Outra fonte de informação importante utilizada pelo grupo foram as experiências dos Estados-membros e de outros países que já haviam adotado a *avaliação de impacto regulatório* anos antes.

tema foi discutido no nível europeu com o estabelecimento de alguns princípios da “boa regulação” (*good regulation*). Depois dessas duas iniciativas, apenas na reunião do Conselho Europeu em Lisboa, em 2000, o tema voltou a ser discutido de forma mais concreta resultando em iniciativas como a instituição do Grupo Consultivo de Alto Nível (Grupo Mandelkern).

¹²⁵ MANDELKERN GROUP ON BETTER REGULATION. “Final Report”, 13 de novembro de 2001, p. 8.

¹²⁶ Para mais detalhes sobre eles, consultar MANDELKERN GROUP ON BETTER REGULATION. “Final Report”, 13 de novembro de 2001, pp. 9/10.

Decorrente dessa análise, foi criado o sistema vigente. Na União Europeia, as iniciativas de caráter legislativo mais importantes da Comissão Europeia ou que tenham qualquer impacto ambiental, econômico ou social evidentes são submetidas a uma *análise de impacto regulatório*. Além disso, as iniciativas não legislativas, os Livros Brancos (*White Papers*), planos de ação, programa de gastos e diretrizes de negociação internacional passam por uma *AIR* também. Só a Comissão Europeia, completou mais de 400 *AIRs* desde 2002, quando o sistema foi implementado. Em 2008, apenas 135 foram realizadas conforme informa o sítio eletrônico dedicado à prática¹²⁷.

No final de 2006, foi criado o *Impact Assessment Board* - *IAB*, ligado ao Presidente da Comissão, como uma unidade central de controle da qualidade e de suporte técnico. Independente dos departamentos responsáveis pela apresentação de propostas das medidas a serem adotadas pela Comissão Europeia, o *IAB* é composto por oficiais de alto nível, em geral, envolvidos com impactos econômicos, sociais e ambientais.

O *IAB* opina sobre todas as *avaliações de impacto regulatório* que a Comissão realiza. Seu exame se restringe à qualidade de cada *AIR*, podendo requisitar a assessoria externa para julgar quando necessário. Além disso, o *IAB* também pode recomendar, aos departamentos, a utilização de uma ou outra metodologia quando a análise se encontra em seu estágio inicial. Apesar de sua opinião não ser vinculante, seu relatório acompanha a proposta de medida até a tomada de decisão política pela Comissão. Assim, a opinião do *IAB*, longe de substituir a decisão política a ser tomada pela Comissão Europeia, auxilia-a. As opiniões são publicadas e seu procedimento é transparente.

¹²⁷ http://ec.europa.eu/governance/impact/index_en.htm (último acesso em 27/11/2009)

Por fim, cumpre esclarecer que, na União Europeia, a *análise de impacto regulatório* é disciplinada pelas Diretrizes da Comissão Europeia. Guia voltado a assistir os servidores públicos, ele apresenta extensas orientações sobre cada uma das fases da AIR. Sua mais recente versão foi publicada em 2009¹²⁸, após revisão elaborada a partir da experiência acumulada pela Comissão desde 2002, a introdução do IAB em 2006, as recomendações de grupo de especialistas no tema e da avaliação externa realizada em 2006 e 2007, bem como as contribuições recolhidas no procedimento de consulta pública realizada em 2008.

2.7. Qual é o objeto da *avaliação de impacto regulatório* e quem é o responsável por realizá-la?

Como analisado nas seções anteriores, a *avaliação de impacto regulatório* pode apresentar variações de objetos e sujeitos a depender dos países analisados e de seus contextos político-administrativos. Enquanto nos Estados Unidos o âmbito de atuação da AIR se restringe às decisões regulatórias das agências federais, na União Europeia o objeto dessa ferramenta é tão amplo que questiona distinção tão rigorosa entre *avaliação de impacto regulatório* e a avaliação legislativa. Na União Europeia, por exemplo, o Parlamento Europeu deve submeter suas proposições a uma *avaliação de impacto regulatório*¹²⁹, assim como também ocorre na Inglaterra.

Para os fins que o presente trabalho persegue, faz-se importante identificar o objeto, ou o conjunto de objetos, que atribui a uma *avaliação* a qualidade de *regulatória*, podendo distinguir-se de uma vez por todas da avaliação legislativa. O mesmo deve-se fazer com o sujeito, ou grupo de sujeitos, responsáveis pela execução dessa *análise*.

¹²⁸ EUROPEAN COMMISSION. “Impact Assessment Guidelines”, 15 de Janeiro de 2009. Vale notar que essa versão anterior, datada de 2005 e atualizada em 2006, foi revisada após a realização de um procedimento de consulta pública em junho e julho de 2008.

¹²⁹ A partir de 2003, tanto o Conselho Europeu quanto o Parlamento Europeu realizam AIRs de acordo com a obrigação introduzida em 2003 pelo acordo interinstitucional sobre *Better Regulation* (cf. RADAELLI, Claudio M. “What do governments get out of regulatory reform? The case of regulatory impact assessment”, artigo disponível no sítio eletrônico do projeto *Regulatory Impact Assessment in Comparative Perspective*: <http://centres.exeter.ac.uk/ceg/research/riacp/documents/TromsoWhatgovernmentsgetoutofregulatoryreform14Julyver.pdf>, p. 4).

O objeto da *avaliação de impacto regulatório* nesse estudo é a decisão regulatória como manifestação da política regulatória¹³⁰ emanada dos agentes reguladores de cada setor com vista a introduzir as agendas de interesse geral contidas nas políticas públicas. A decisão regulatória é aqui entendida como espécie de ato administrativo¹³¹, “expressão de decisão tomada por órgão e autoridade da Administração Pública”¹³². Porém não se fala em decisão administrativa tomada no curso de um processo administrativo formal (bastante próximo ao processo judicial) voltado, por exemplo, à punição de um administrado ou à obtenção de uma licença.

O sentido que se pretende adotar de ato administrativo é aquele em que o Estado (ou quem lhe faça as vezes), no exercício de prerrogativas públicas, emite uma declaração manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeita a controle de legalidade pelo órgão jurisdicional¹³³. Esta é a definição de ato administrativo de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, da qual já é possível inferir sua vinculação à lei o que, no caso da decisão regulatória, também se faz presente logo na definição de política regulatória¹³⁴.

¹³⁰ Aqui, o termo “política” não se refere à atribuição de poderes políticos ao regulador ou de atividades relacionadas a assuntos político-partidários. O termo “política” é utilizado no trabalho como prerrogativa de definir estratégias de ação e selecionar instrumentos para tornar mais eficiente a ação (ou inação) do Estado regulador (cf. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: instrumentos do fortalecimento do Estado*. Porto Alegre: Abar, 2003, disponível em <http://www.abar.org.br/dados/bancoDeMidia/arquivos/agenciasreguladoras.pdf>, último acesso em 07/11/2009, p. 39).

¹³¹ No mesmo sentido, Diógenes GASPARINI (*Poder regulamentar*. São Paulo: Bushatsky, 1978, pp. 19 e 20) e Marçal JUSTEN FILHO (*Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 208.). Maria Sylvia Zanella DI PIETRO não considera todos os atos dos agentes reguladores como espécie de ato administrativo (cf. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, pp. 212/3).

¹³² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 135. Note-se que na definição de Odete MEDAUAR fala-se em decisão, porém não no sentido que o aproxima dos atos praticados no processo judicial.

¹³³ Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, ato administrativo é “declaração do Estado (ou quem lhe faça as vezes ...), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional” (*Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 352).

¹³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 352.

Entende-se por política regulatória¹³⁵, por sua vez, a margem de discricionariedade conferida ao agente regulador para decidir acerca de *quando e como* intervir num determinado setor a fim de alcançar os objetivos pré-definidos na política pública elaborada pelos Poderes Legislativo e Executivo. Mas antes mesmo de realizar este juízo, é necessário questionar se a intervenção estatal é mesmo necessária¹³⁶.

Noção já trabalhada pela doutrina publicista nacional que também decorre da ideia de decisão regulatória como decorrência da política regulatória é o conceito de política pública. Segundo MARIA PAULA DALLARI BUCCI, “[a]s políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito”¹³⁷.

É possível diferenciar a política regulatória da política pública pela abrangência do interesse que protegem e pelo autor das políticas. A política regulatória sempre visará proteger o interesse pontual do setor, ao passo que a política pública, mesmo que voltada ao setor, acolherá sempre o interesse geral. O autor da política regulatória é um agente administrativo investido de uma função técnica relativa ao setor ou a parcela de atividades reguladas, enquanto que o autor da política pública é um agente político, eleito por sufrágio e preocupado com objetivos mais amplos voltados ao interesse geral.

Ademais, igualmente importantes para a decisão regulatória, cada uma apresenta uma relação diferente com o agente regulador, sendo a política regulatória conjunto de sua manifestação (expressão) e a política pública seu fundamento de validade (limitador de discricionariedade administrativa). Assim, a partir do princípio da legalidade, é inevitável reconhecer a relação de dependência e complementaridade entre elas. Segundo FLORIANO

¹³⁵ Para Floriano Peixoto de Azevedo MARQUES NETO, “[p]olíticas regulatórias são caracterizadas pelas opções do ente incumbido da atividade regulatória acerca dos instrumentos de regulação a seu dispor com vistas à consecução das pautas de políticas públicas estabelecidas para o setor regulado” (*Agências Reguladoras Independentes: instrumentos do fortalecimento do Estado*. Porto Alegre: Abar, 2003, disponível em <http://www.abar.org.br/dados/bancoDeMidia/arquivos/agenciasreguladoras.pdf>, último acesso em 07/11/2009 p. 39).

¹³⁶ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: instrumentos do fortalecimento do Estado*. Porto Alegre: Abar, 2003, disponível em <http://www.abar.org.br/dados/bancoDeMidia/arquivos/agenciasreguladoras.pdf> (último acesso em 07/11/2009), p. 39.

¹³⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 264.

PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO, essa relação se explica pelo fato de os objetivos gerais para um determinado setor serem definidos pela política pública, cabendo à política regulatória, dentro da moldura estabelecida pela anterior, definir as estratégias de ação e selecionar os instrumentos para dotar o Estado de eficiência¹³⁸. Nessa perspectiva, a política pública, com o indispensável auxílio da política regulatória, satisfaz o interesse público.

Em outro momento, mas no mesmo sentido, FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO demonstra essa relação de dependência e complementaridade entre a política pública e a política regulatória, tendo de um lado as atividades do Legislativo e do Executivo e, de outro, a atividade dos órgãos reguladores:

“Parece-me absolutamente relevante que a atividade do regulador se desenvolva com independência, frente às vicissitudes do poder político. Bem é verdade que será no âmbito governamental (envolvendo Executivo e Legislativo) que serão definidas as pautas, as balizas, da atividade regulatória: ou seja, tanto as leis que ancilam os instrumentos regulatórios como mesmo as macropolíticas para o setor. Porém definidos esses marcos, devem as agências desenvolver sua atividade com um grau elevado de independência em face do poder político, sob pena de se converterem em mera *longa manus* do núcleo estratégico estatal. A especificidade e a especialidade, que predicam a necessidade de um setor contar com um órgão regulador próprio, interditam que a atividade regulatória seja permanentemente pautada pela interferência política. A nova regulação é, sem dúvida, um instrumento de implementação de uma política pública em um determinado setor. Não pode, porém, se transformar em um instrumento de jogo político em particular”¹³⁹.

¹³⁸ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: instrumentos do fortalecimento do Estado*. Porto Alegre: Abar, 2003, disponível em <http://www.abar.org.br/dados/bancoDeMidia/arquivos/agenciasreguladoras.pdf> (último acesso em 07/11/2009), p. 39.

¹³⁹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. “A nova regulação estatal e as agências independentes”. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 87.

Desse modo, para os fins pretendidos neste trabalho, o que não afasta outras possíveis associações, o objeto da *avaliação de impacto regulatório* são as decisões regulatórias como expressão da política regulatória contida dentro dos parâmetros definidos pela política pública. Por consequência, o sujeito responsável por sua realização seria o próprio agente regulador na forma de um procedimento administrativo prévio para a tomada de decisão manifestada na forma de um ato administrativo (medida regulatória).

2.7.1. Toda e qualquer decisão regulatória deveria ser submetida a uma *avaliação de impacto regulatório*?

Antes de responder à pergunta que abre esta seção, deve-se sugerir outra reflexão ainda preliminar: toda e qualquer política regulatória *poderia* ser submetida a uma *avaliação de impacto regulatório*? Em outras palavras, antes de se exigir que toda política regulatória para ser considerada eficiente deva se submeter a uma avaliação nos moldes apresentados, é necessário refletir acerca da possibilidade material de toda e qualquer política regulatória se submeter a essa análise. Uma vez sendo possível que toda e qualquer norma regulatória possa se submeter a esse exame técnico passar-se-á à análise acerca da necessidade de esse procedimento ser exigível.

Assim, deve-se investigar se haveria algum impedimento que impossibilitasse a adoção de um estudo de impacto. Por exemplo, um impedimento de ordem material existiria se a decisão regulatória fosse genérica, sem objetivos delimitados e sem ações circunscritas no espaço e no tempo. Todavia, considerando que a decisão regulatória em questão é espécie de ato administrativo, não há que se falar em medidas regulatórias cujo conteúdo (objeto) seja genérico¹⁴⁰. O conteúdo é pressuposto de existência do ato administrativo, sem o qual não poderá surgir ato jurídico, seja ele administrativo ou de qualquer outra tipologia¹⁴¹.

¹⁴⁰ <</MCID 5>> BDC BT/F2 9.96 sejt632(paç)4(ão)-179(de)4()] TJET0 g99.26_ãNBÑ4;ãC;ãL;ãH;ãB;ãC;ãE

Assim, passa-se à resposta da pergunta formulada para esta seção: toda e qualquer decisão regulatória deveria ser submetida a uma *avaliação de impacto regulatório*?

Considerando que as normas regulatórias implicam necessariamente em alocação de recursos públicos, esses recursos devem ser utilizados de forma responsável, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁴². Mesmo a medida regulatória que sequer exige aportes econômicos diretos do Estado, utiliza recursos públicos desde a sua elaboração pelos técnicos até a implementação no setor. Por isso, não há que se falar em medida regulatória que não signifique gastos públicos.

Ademais, do ponto de vista do administrado, o Estado regulador deve sempre procurar minimizar os custos regulatórios provocados por novas medidas e políticas. Desse modo, a *avaliação de impacto regulatório* contribuiria sempre para quantificar os custos a serem incorridos pelos prestadores e usuários de serviços e produtos. Se os custos e riscos justificarem os benefícios, a decisão regulatória deve ser adotada pelo agente regulador. Diante dessa exigência constitucional de responsabilidade com os gastos públicos, e tendo em vista a preocupação do Estado regulador em minimizar os custos regulatórios, pode-se afirmar que toda e qualquer decisão regulatória deveria ser submetida, na medida do possível e das suas próprias limitações, a uma *análise de impacto regulatório*.

¹⁴² A Lei Complementar 101/00 estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição Federal. Como observa Regis Fernandes de OLIVEIRA, ela propôs uma mudança cultural na gestão das finanças públicas: “[o] objetivo primeiro da lei é fixar a responsabilidade fiscal como um dos princípios da gestão pública. Não se destina apenas à fixação de agente responsável. É muito mais que isto. É redefinir a cultura da atividade pública no País. É não apenas dar contorno jurídico ao comportamento político. É uma verdadeira evolução conceitual, de forma a que o agente público saiba que exerce, não apenas um mandato ou uma função, mas que é integrante de uma ordem completa de preservação dos valores sociais” (*Curso de Direito Financeiro*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 399).

2.7.2. Quando se deve avaliar uma decisão regulatória?

A doutrina aponta que a *AIR* pode ser realizada tanto antes quanto depois de implementada a decisão regulatória. Caso a *avaliação* seja realizada quando da tomada de decisão, fala-se em *avaliação ex ante*, pois é possível não só avaliar a eficiência da opção escolhida pelo órgão, mas, principalmente, orientar a decisão para que a medida mais adequada passe a ser adotada. Porém se a avaliação visar a identificar o impacto causado pela medida no setor em questão, estar-se-á diante de uma *avaliação de impacto regulatório ex post*.

As boas práticas internacionais apontam, contudo, que o momento em que a *AIR* é realizada é determinante para a qualidade da avaliação. Por isso, a OCDE desde seus primeiros relatórios sobre o tema tem recomendado que a avaliação comece cedo para que seus resultados possam influenciar as decisões antes que elas sejam tomadas pelas instâncias decisórias¹⁴³. Dessa forma, a *avaliação ex post* acaba sendo desestimulada por apresentar alcance limitado para influenciar decisões futuras.

Além disso, outro aspecto interessante sobre o elemento temporal é quanto a sua capacidade de produzir resultados diferentes. É dizer: os resultados da *avaliação de impacto regulatório* podem variar diante do elemento temporal da *avaliação de impacto regulatório*, bem como de outras características como a equipe multidisciplinar encarregada de desenvolvê-la e os dados que compõem a base do estudo, a metodologia adotada, entre outros. Assim, independentemente do momento em que ela for realizada, em havendo a necessidade de refazê-la, o resultado da *avaliação* nunca será o mesmo, não por ter havido uma falha na primeira avaliação, mas porque ela pode apresentar resultado variável em razão do momento em que foi realizada.

¹⁴³ DEIGHTON-SMITH, Rex. “Regulatory Impact Analysis: best practices in OECD countries”. In: *Regulatory Impact Assessment: Best Practices in OECD Countries*, Paris, 1997, p. 213.

Por exemplo, suponha-se que uma análise acerca da expansão dos serviços de telecomunicações para as camadas com menor poder aquisitivo fosse realizada antes que o do aparelho de telefonia celular deixasse de ser um objeto de luxo pessoal e passasse a ser acessível a uma parcela grande dessa população. O resultado apontaria para as possibilidades de expansão do serviço de telefonia fixa, com planos direcionados a essa parcela da população, bem como a disponibilização de terminais de uso público com a venda de cartões telefônicos a baixo custo. Contudo, introduzida a informação no mercado de que é possível baixar o custo dos serviços de telefonia móvel, foi possível pulverizar essa modalidade de telefonia através de planos pré-pagos com grande aderência e rapidez. Certamente, isso modifica a forma como o agente regulador lida com esses serviços e os serviços de telefonia fixa.

2.8. Resenha literária: as críticas e defesas à *avaliação de impacto regulatório*

Apesar da popularidade da *avaliação de impacto regulatório* demonstrada nas seções anteriores, não são poucas as críticas da literatura especializada. Se de um lado organismos internacionais como a OCDE e o Banco Mundial incentivam a sua utilização, de outro, número significativo de estudiosos do direito e de outras ciências sociais mostram-se mais céticos a respeito da necessidade, da eficiência e das consequências da utilização das diversas variações da *avaliação*¹⁴⁴. O juízo de eficiência do ponto de vista econômico será abordado no capítulo 4. Nesta seção serão abordadas apenas as críticas mais relevantes e cujo acatamento poderia, de alguma forma, comprometer a adoção dessa ferramenta pelo Estado brasileiro.

¹⁴⁴ Amartya SEN sintetiza a divisão existente na academia a respeito da AIR: “[t]he discipline of cost-benefit analysis – if discipline it is – has fearless champions as well as resolute detractors. It is, partly, a battle of giants, for there are heavyweight intellectuals on both sides, wielding powerful weapons of impressively diverse kinds. It is also, partly, a conversation between great soliloquists – very skilled in making their points, and somewhat less troubled than Hamlet (“to be, say some, and „not to be, announce the others)” (“The discipline of cost-benefit analysis”. In: *Journal of Legal Study*, n. 29, Chicago, 2000, p. 931).

A compilação e análise de estudos empíricos realizadas por HAHN¹⁴⁵ e TETLOCK em “Has economic analysis improved regulatory decisions?” demonstra visão bastante crítica dos autores acerca da utilização da *avaliação de impacto regulatório*, concluindo que não existem evidências concretas de que a análise econômica tenha apresentado impacto relevante na formulação de políticas regulatórias ao longo da história dos países que a adotaram. HAHN em artigo posterior chega a afirmar que apenas uma estimativa de metade das decisões regulatórias tomadas pelos agentes reguladores nos Estados Unidos seria bem avaliada¹⁴⁶. Três são as explicações para justificar seus posicionamentos.

A primeira delas é de ordem política. Segundo HAHN e TETLOCK, uma ferramenta de análise econômica, tal como a *avaliação de impacto regulatório*, pode ser vista por alguns grupos de interesses como uma maneira de informar sobre o processo de tomada de decisão regulatória, enquanto outros não. Oferecem como exemplos o Chefe do Poder Executivo e o Poder Legislativo. Para o primeiro, a *avaliação* poderá ser de suma importância, porém para o Congresso ela pode representar uma ingerência inaceitável do Presidente nesses órgãos. Esse argumento do suposto comprometimento da autonomia dos agentes reguladores ganha força no contexto brasileiro. Nos capítulos 6 e 7 esse tema será abordado com mais detalhes, por isso, deve-se reservar a defesa dessa crítica para depois.

Por ora, vale salientar apenas que essa crítica política introduz a discussão sobre o contexto em que a *avaliação de impacto regulatório* será adotada. O aparato burocrático, a forma como os governos lidam com os conflitos, o processo de tomada de decisões e as preferências dos atores envolvidos. Na mesma linha, porém a partir do contexto inglês, BALDWIN e CAVE apontam que o problema mais grave da análise de custo-benefício e outras técnicas de avaliação econômica seria a resistência encontrada na burocracia estatal. Essa resistência pode decorrer de uma variedade de causas, segundo os autores. Por exemplo, os servidores públicos

ainda podem acreditar que a análise econômica engessa o jogo político¹⁴⁷. Note-se que esse empecilho burocrático é uma realidade a qualquer alteração do *status quo* da administração pública. Em alguns casos, para determinados grupos, até mesmo a manutenção desse *status quo* poderia representar uma fonte de resistência¹⁴⁸.

Outra explicação para o resultado pobre da *avaliação de impacto regulatório*, segundo HAHN e TETLOCK, seria a dificuldade de se realizar uma *avaliação de impacto regulatório* de qualidade. Os elementos que envolvem uma boa avaliação do ponto de vista econômico serão abordados no próximo capítulo. Porém, cumpre adiantar que o desprendimento de recursos públicos¹⁴⁹ e o envolvimento de agentes técnicos, políticos e sociais, conforme antecipado nas seções anteriores deste capítulo, não garantem sua qualidade. Pois esta depende de fatores alheios à vontade da agência, como a qualidade dos dados coletados que subsidiam a *AIR*. Esse assunto será abordado mais adiante em razão da sua importância e complexidade (capítulo 4, seção 4.2.), razão pela qual sua defesa também não será feita neste momento.

¹⁴⁷ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding Regulation: theory, strategy and practice*. Nova York: Oxford University Press, 1999, p. 93.

¹⁴⁸ No mesmo sentido, Richard A. POSNER aponta: “Politics, and no doubt (...) bureaucratic inertia and self-seeking, have proved major impediments to cost-benefit analysis at all levels of government” (“Cost-benefit analysis: definition, justification, and comment on conference papers”. In: *The Journal of Legal Studies*, v. 29, Chicago, 2000, p. 1158).

¹⁴⁹ Outra possível defesa é quanto ao suposto alto custo da *AIR*. Deve-se levar em consideração os dados obtidos em experiências passadas para se verificar se os benefícios gerados em razão da realização da *AIR* superaram ou não os custos incorridos pelo Estado. O resultado, ainda segundo HAHN e TETLOCK, mostra valores mais baixos do que o esperado. O custo investido em *avaliação de impacto regulatório* nos Estados Unidos, por exemplo, parece ser baixo, comparando com os prováveis benefícios, apesar de não se poder prová-los objetivamente. Os autores reconhecem fraquezas nas estimativas, mas apontam que o custo de avaliar uma medida regulatória é de aproximadamente USD 100 milhões anuais, os quais compreendem o custo da análise propriamente dita e o custo da avaliação dessa análise. Já o Congressional Budget Office afirmou, em 1997, que a média de custo da análise de uma medida regulatória importante corresponde a USD 720 mil, incluídos os custos com consultores externos que contribuíram para o desenvolvimento da avaliação. Assim, partindo da hipótese de que devem existir pelo menos 100 medidas importantes por ano, é possível apontar o custo médio de USD 20 mil por *avaliação*, o que certamente parece pequeno diante dos benefícios que essa ferramenta poderá trazer. HAHN, Robert W.; TETLOCK, Paul C. “Has Economic Analysis Improved Regulatory Decisions?”, AEI-Brookings Joint Center Working Paper n. 07-08, abril de 2007, p. 1.

Nos Estados Unidos, HAHN e DUDLEY demonstram que a qualidade das *análises*

Por último, HAHN e TETLOCK mencionam o fato de que se leva tempo para que essa ferramenta e sua complexidade ganhem aceitação da comunidade regulatória, política e social. Eles concluem a exposição afirmando que ideias como análise de custo-benefício levam tempo para “irem das salas de aula para o mundo real”¹⁵²⁻¹⁵³. Isto fica evidente na difusão e implementação da *análise de impacto regulatório* na União Europeia. A partir de uma comunicação supranacional intensa repleta de linguagem retórica a respeito da utilidade e potencial dessa ferramenta, pode-se ter a falsa impressão de que a *análise* tenha se tornado prática comum na nova onda de governança regulatória, com características razoavelmente padronizadas entre os Estados-membros.

A esse respeito, CLAUDIO M. RADAELLI aponta que essa ferramenta se difundiu pela Europa e pelo mundo pois “a avaliação é uma idéia cujo momento chegou”. Entretanto, é crítico ao apontar que, apesar da difusão, não houve convergência acerca da sua utilização e resultado: “uma nova garrafa pode conter tanto vinho velho, como vinho novo ou, em alguns casos de política simbólica, até mesmo nenhum vinho”¹⁵⁴. O autor explica que a comunicação transnacional resultou na construção de um discurso comunitário e estimulou a adoção de ferramentas que receberam apenas o rótulo de *avaliação de impacto regulatório*, porém em alguns casos essas ferramentas apenas existem no papel ou, ainda, são as antigas ferramentas disfarçadas por um novo rótulo.

Às críticas levantadas por HAHN e TETLOCK, acrescentam-se outras. Aponta-se também para o eventual engessamento do processo de tomada de decisão que não condiz com a realidade das relações políticas travadas no dia-a-dia das atividades dos agentes reguladores. Ainda que na teoria se pretenda idealizar essas entidades como órgãos técnicos sem conteúdo político, é sabido que as decisões tomadas por esses agentes acabam afetando tanto interesses políticos quanto econômicos e sociais. Por consequência, não se pode ignorar a tensão entre o processo de formulação de novas medidas regulatórias e um procedimento racional de tomada

¹⁵² HAHN, Robert W.; TETLOCK, Paul C. “Has Economic Analysis Improved Regulatory Decisions?”, AEI-Brookings Joint Center Working Paper n. 07-08, abril de 2007, p. 14.

¹⁵³ No caso brasileiro, a *avaliação de impacto regulatório* já começa a ser desenvolvida, ainda que no plano experimental pelas agências reguladoras, sem sequer ter entrado para os debates acadêmicos, tornando sua trajetória ainda mais difícil.

¹⁵⁴ RADAELLI, Claudio M. “Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of the regulatory impact assessment”. In: *Journal of European Public Policy*, v. 12, n. 5, Londres, Outubro de 2005, p. 940.

de decisão guiada pela *avaliação de impacto regulatório*¹⁵⁵. No mesmo sentido, alega-se que a *avaliação* seria apenas mais um formalismo, igualando-se às consultas públicas. Ambas apresentariam mero valor formal, sem qualquer poder de influência na decisão a ser tomada.

Com efeito, a partir da adoção da *avaliação de impacto regulatório*, o grau de discricionariedade do agente regulador será reduzido em razão da tecnicidade com que se formulará cada uma das decisões a ser tomada pelo agente. Note-se que esse fenômeno será explicitado no capítulo seguinte; por ora, entretanto, vale ponderar que esse aspecto apresenta grande potencial de controle da decisão regulatória.

Suponha-se que uma determinada decisão tenha sido indevidamente tomada sob influências políticas resultantes de uma ingerência do Chefe do Executivo nas atividades do agente autônomo indesejada pelo sistema. Por meio da realização da *AIR* é necessário enquadrar essa decisão nos moldes desejados pelo legislador em cada um das fases desse procedimento administrativo. Essa tarefa compele o tomador da decisão a cumprir, entre outros, o princípio da legalidade, o dever de motivação, da transparência e o princípio da proporcionalidade de forma explícita e inafastável. Se, ao final do procedimento, a decisão se confirmar, duas são as opções: ou ela coincidia com a resposta mais adequada ao setor (mera coincidência), ou foi desobedecida uma ou mais fases desse procedimento, sendo possível recorrer dessa decisão. O recurso, cabível nas instâncias já conhecidas (o próprio agente regulador, o Tribunal de Contas da União e o Poder Judiciário), levantará questões objetivas e demonstráveis facilitando, assim, a percepção do descumprimento do dever legal pelo tomador da decisão.

Quanto à eficácia da *avaliação de impacto regulatório* como instrumento capaz de alterar a proposta de medida inicialmente apresentada pelo órgão regulador, há um sentimento expresso de alguns autores no sentido de que sua adoção não modifica radicalmente a forma como o problema foi considerado originariamente. É o mesmo que dizer que a *AIR* tem grande impacto apenas se esta não propõe uma mudança radical e se suas conclusões são no sentido de manter o entendimento político pretendido, pois a avaliação será útil para definir detalhes

¹⁵⁵ Caso se considere a legislação como objeto da *avaliação de impacto regulatório*, como ocorre na União Europeia e no Reino Unido, esse argumento ganha ainda mais importância. O procedimento de elaboração legislativa pelo Poder Legislativo se mostra ainda mais complexo e político.

das medidas. Porém, a *análise* não teria o condão de convencer todos acerca de uma solução totalmente diferente¹⁵⁶.

É possível, todavia, sustentar argumentos em defesa da *AIR* quanto à sua capacidade de determinar ou influenciar a decisão final. Se é verdade que a *avaliação* tem alcance reduzido na determinação do conteúdo de uma medida regulatória, tendo em vista se tratar de uma discricionariedade do agente regulador que não se pode negar, também é verídico que a *avaliação* possui importância fundamental na estipulação do grau de intervenção que a medida regulatória apresentará¹⁵⁷. Os mesmos autores citam como exemplo a experiência de um deles na elaboração da versão do *Clean Air Act* 1999 para a Casa Branca. Segundo eles, caso as versões anteriores tivessem sido enviadas ao Presidente teriam apresentado índices de emissão de tóxicos muito mais rigorosos, os quais se verificaram impraticáveis após a avaliação de impacto realizada¹⁵⁸.

Há ainda o problema da imparcialidade acerca da *avaliação de impacto regulatório*. Afinal, como uma *avaliação* realizada pelo próprio órgão regulador poderá servir como mecanismo de controle desse órgão? Esse dilema também está presente no processo administrativo como forma de controle e delimitação do poder da administração pública. O fato de o procedimento ser realizado pela autoridade responsável pela decisão final (objeto de controle) não significa que não se possa depositar confiança em seu resultado. O valor de um procedimento, mais do que o resultado, são suas etapas.

¹⁵⁶ HAHN, Robert W.; TETLOCK, Paul C. “Has Economic Analysis Improved Regulatory Decisions?”, AEI-Brookings Joint Center Working Paper n. 07-08, abril de 2007, p. 10.

¹⁵⁷ Vale notar que a discricionariedade do agente regulador é reduzida na medida em que a *avaliação de impacto regulatório* é mais detalhada. Esse tema será abordado no capítulo seguinte.

¹⁵⁸ HAHN, Robert W.; TETLOCK, Paul C. “Has Economic Analysis Improved Regulatory Decisions?”, AEI-Brookings Joint Center Working Paper n. 07-08, abril de 2007, pp. 15/16.

As críticas levantadas, longe de rejeitar a sua adoção, contribuem para aprimorar a técnica da *avaliação de impacto regulatório*¹⁵⁹. Os argumentos acerca dos aspectos políticos de relacionamento entre os atores institucionais do Estado regulador (agentes reguladores e os poderes institucionais do Estado) e a capacidade de a *AIR* conferir a esse Estado maior eficiência serão abordados detalhadamente nos próximos capítulos. Quanto às demais críticas, procurou-se rebater cada uma delas ao longo da exposição e, se algum aspecto foi esquecido, os benefícios que a adoção da *AIR* acarreta para o Estado afastam-nas derradeiramente.

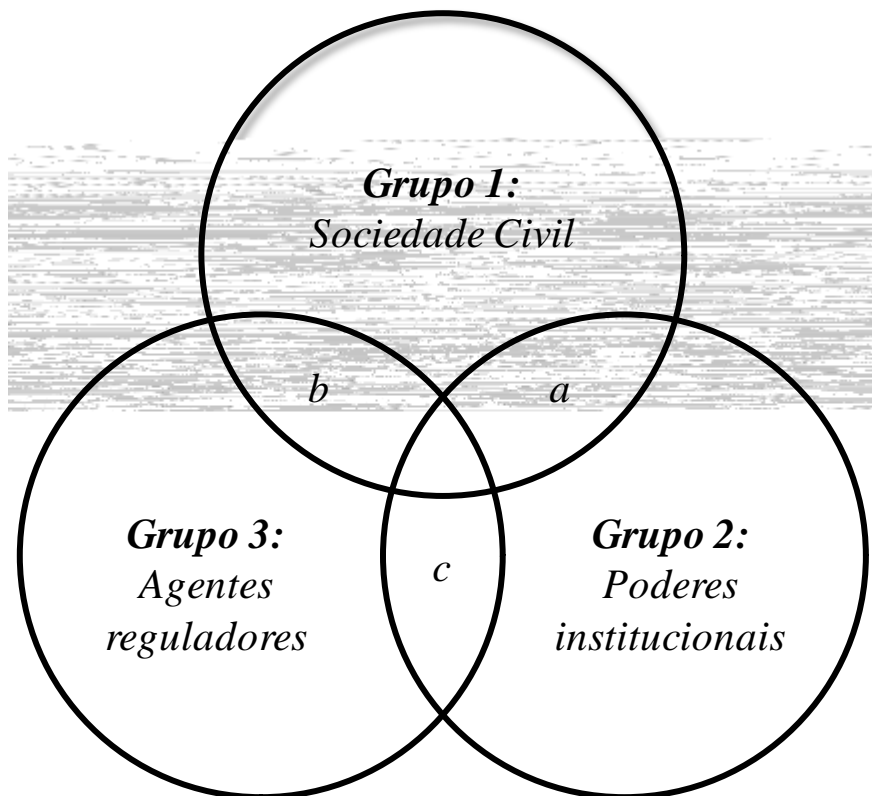
Os argumentos para adoção da *avaliação de impacto regulatório* (benefícios, portanto) serão sintetizados em três grupos: o *primeiro* deles é caracterizado pela reunião de atributos ou consequências que beneficiam a sociedade civil, incluídos os administrados diretamente submetidos à regulação e os usuários dos serviços e bens regulados. Fazem parte desse grupo o controle social por meio da responsabilização e transparência (*accountability*) do agente regulador, a legitimação das decisões regulatórias e a circulação de informação entre todos os atores envolvidos.

O *segundo* grupo é composto pelos atributos e consequências que interessam diretamente ao Estado (*e.g.* poderes institucionais) e, de forma reflexa, aos demais atores. São eles: o controle social, a circulação de informação (que também aparecem no primeiro grupo), a concretização do planejamento econômico pelo Estado e a eventual sistematização do processo de tomada de decisão, caso seja adotado apenas um procedimento para todos os agentes reguladores no país.

¹⁵⁹ Conforme Robert W. HAHN apontou, as críticas à *avaliação de impacto regulatório* e sua análise econômica da regulação não apontam qualquer alternativa viável ao uso dessa ferramenta, de forma que a partir delas aprimoram-se as técnicas existentes (cf. “Economic Analysis of Regulation: a response to the critics”. In: *University of Chicago Law Review*, v. 71, 2004, p. 1041).

O *terceiro* grupo corresponde ao conjunto de qualidades e efeitos que afeta diretamente o próprio Estado regulador. Sob a ótica do agente regulador, são eles a concretização do planejamento econômico, a sistematização do processo de tomada de decisão (ambos presentes no grupo dos poderes institucionais) e a legitimação das decisões regulatórias na medida em que ocorre a redução do déficit democrático do Estado regulador (grupo da sociedade civil). A divisão está sintetizada na figura 3a abaixo:

Figura 3a – Aspectos que prevalecem para a adoção da *avaliação de impacto regulatório*



Em termos de participação dos grupos de interesse na elaboração de medidas regulatórias, facilmente seus benefícios se mostram evidentes em relação ao atual sistema adotado no Brasil, diante das poucas ferramentas de efetiva participação disponíveis durante o processo de tomada da decisão regulatória. Como explicitado anteriormente, a mera realização de consultas públicas sem que exista o dever de o agente regulador responder a cada uma das consultas realizadas, não faz dessa participação eficaz. Nas etapas da *AIR* é possível permitir a participação de diversos grupos de interesses mais de uma vez, sendo que em uma delas é possível “testar” a alternativa escolhida antes que a decisão seja de fato tomada pelo agente.

Essa maior participação incentiva o controle da sociedade civil e dos grupos de interesses econômicos a fiscalizarem as atividades e as decisões dos agentes reguladores a fim de impedir que um grupo seja favorecido em detrimento de outro. O controle é possibilitado a partir do momento em que, com a *AIR*, o agente é obrigado a conferir maior publicidade às etapas que devem ser percorridas para a tomada de decisão. A *AIR* também proporciona um controle de melhor qualidade realizado pelo Tribunal de Contas e pelo Poder Judiciário, pois a partir da análise de cada uma das fases desse procedimento é possível identificar a ilegalidade cometida (se cometida) pelo agente regulador. Porém, esse aspecto não pode ofuscar o fato de que a *AIR* altera sensivelmente a importância da participação de grupos de interesse no processo de tomada de decisão, conforme será desenvolvido no capítulo 6.

A circulação de informação entre os atores envolvidos no setor, por sua vez, leva à transparência dos atos dos agentes reguladores que conferem à *avaliação de impacto regulatório* mecanismos que aumentam o grau de responsabilização do Estado regulador (*accountability*, representada na figura acima como a letra “a”) e ampliam os canais democráticos da atividade regulatória como resposta ao déficit democrático presente no modelo institucional brasileiro (representado na figura acima como a letra “b”). Os temas *accountability* e redução do déficit democrático serão tratados nos capítulos 5 e 6.

Além disso, a circulação de informação também é fundamental do ponto de vista do tomador de decisão. A *avaliação de impacto regulatório* ao permitir amplo acesso à maior gama de informações sobre o mercado auxilia o agente regulador não apenas nas decisões que estão submetidas à avaliação, mas também nas próximas decisões a serem tomadas, bem como

no estabelecimento de prioridades para cada setor. Decorre dessa lógica o fato de que com a adoção da *avaliação de impacto regulatório* pode-se assistir a um aprendizado institucional dos agentes reguladores¹⁶⁰.

Outro viés dessa circulação de informação é permitir que os Poderes Legislativo e Executivo também tenham acesso à informação produzida pelo setor regulado, diminuindo uma vantagem dos agentes reguladores em relação a esses poderes institucionais e evitando choques desnecessários entre esses atores. Esse aspecto será abordado no capítulo 6.

Nessa mesma linha, outra importante característica dessa ferramenta que merece destaque é o fato de ela colaborar para a concretização do planejamento econômico do Estado. Aposta-se na possibilidade, a partir da *AIR*, de instrumentalizar o poder público de aparatos necessários para a idealização de planejamento econômico. Esse aspecto fica mais evidente no acompanhamento das políticas implementadas, dando continuidade aos planos desenhados, ao mesmo tempo em que há fiscalização e incentivo em cada setor econômico para a aplicação das regras regulatórias pela administração pública e pelos demais atores (esses aspectos foram representados na figura acima como a letra “c”). Vale notar ainda que com o enraizamento dessa prática será possível iniciar a filosofia de autoavaliação dos agentes regulatórios, o que também está em sintonia com o movimento de redução de déficit democrático mencionado acima.

Além disso, não se pode questionar que a existência de um procedimento único a ser adotado por todos os agentes reguladores federais contribuiria para sistematizar o processo de tomada de decisão e corrigir eventuais imperfeições que possam existir nas agências reguladoras. No contexto brasileiro, a sistematização poderia ser ainda mais necessária diante dos argumentos lançados por MARCOS VINÍCIUS PÓ e FERNANDO LUIZ ABRUCIO em estudo

¹⁶⁰ Segundo Scott JACOBS, a *avaliação de impacto regulatório* é um processo de aprendizado: “Essentially, RIA has become one of the methods which societies speed up learning. Because it is an open and consultative technique, it stimulates social learning, in which various stakeholders involved in the issue gain a clearer sense of the options, and trade-offs, and the consequences of solutions, than in the past. Because it increases opportunities for debate, RIA contributes to the development of a degree of social consensus that allows difficult public policy decisions be made” (“Current trends in Regulatory Impact Analysis: the challenges of Mainstreaming RIA into Policy-making”, 2006, p. 14 (disponível em <http://www.regulatoryreform.com/pdfs/Current%20Trends%20and%20Processes%20in%20RIA%20-%20May%202006%20Jacobs%20and%20Associates.pdf>, último acesso em 26/10/2009).

realizado sobre os mecanismos de controle e *accountability*¹⁶¹ das agências reguladoras no Brasil. Segundo os autores, “[a] construção das agências reguladoras de cada área teve dinâmica e motivações próprias. Os problemas do setor, os desejos e negociações dos representantes políticos, a existência de grupos de interesses organizados afetam a configuração institucional e as regras a que uma agência pode estar submetida”¹⁶². Dessa forma, parece haver a necessidade de se instituir uma coordenação das atividades regulatórias de cada uma das agências.

sentidos tão variados que sem um conceito esclarecedor não se pode dar andamento à análise de sua eventual adoção pelo Estado brasileiro.

Entre os conceitos de *avaliação de impacto regulatório* analisados é possível identificar, de um lado, aqueles que enfatizam mais a análise de custo-benefício e, de outro, a comparação entre as opções e alternativas idealizadas ao longo do processo. Ambos estão voltados, cada um em maior ou menor proporção, à eficiência econômica e ao aumento dos mecanismos de controle, de participação democrática e de responsabilização do Estado.

Em face de todas as características e ressalvas aqui expostas, e tendo em conta a possibilidade e a conveniência de se propor um conceito sem a pretensão de ser absoluto, pode-se conceituar a *avaliação de impacto regulatório* como: instrumento de controle da atividade regulatória do Estado por meio de aplicação de procedimento administrativo voltado à análise das medidas regulatórias a serem adotadas ou já adotadas pelos agentes reguladores com base em evidências empíricas, resultando na introdução de mecanismos de legitimação democrática e de responsabilização do regulador.

CAPÍTULO 3

ANOTAÇÕES SOBRE OS POSSÍVEIS MÉTODOS DA AVALIAÇÃO DE IMPACTO REGULATÓRIO

“A economia tenta revelar os custos em tempo, dinheiro e energia de todos os empreendimentos da vida; ela se recusa a permitir que sonhadores ignorem a escassez. Mas se os recursos realmente são escassos teríamos algum benefício em ignorar a verdade?”¹⁶⁴

No capítulo anterior foram apresentados os contornos gerais da *avaliação de impacto regulatório* a partir das definições presentes na literatura especializada, das análises comparativas da AIR com outras ferramentas de controle da administração pública, da descrição das suas etapas e das experiências estrangeiras. Além disso, foram também abordadas as críticas e os argumentos em defesa dessa ferramenta para, ao final, sugerir um conceito próprio da *avaliação de impacto regulatório*.

Apesar do esforço de se identificar os possíveis contornos da *avaliação de impacto regulatório*, é preciso ainda apresentar abordagem mais precisa a respeito dos possíveis métodos de análise econômica a serem adotados por essa ferramenta. Assim, serão analisados os possíveis desenlaces das fases seis (escolha do método que será utilizado para analisar as alternativas) e oito (a análise propriamente dita) da AIR mencionadas no item 2.5 do capítulo anterior. Por fim, serão apresentados ainda práticas e aspectos que devem ser levados em conta para a coleta de dados necessários para a condução da *avaliação de impacto regulatório*. Vale ressaltar, contudo, que o enfoque da abordagem será mais voltado a procurar compreender cada um dos métodos e menos a expor com detalhes a sua aplicação.

¹⁶⁴ A autora critica a tradicional análise econômica cujo foco de estudo concentra-se em áreas da *common law* (e.g. responsabilidade civil extracontratual, contratos e propriedades) e em temas como concorrência e regulação econômica. Em seu lugar, propõe uma análise econômica reformista do direito voltada a examinar as características estruturais do processo político e de políticas públicas e a avaliação de resultados substantivos em termos de equidade e eficiência. (cf. ROSE-ARCKERMAN, Susan. “Análise econômica progressista do direito – e o novo direito administrativo”. In: MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 243)

O objetivo desse capítulo, portanto, é abordar o papel da análise econômica e, por conseguinte, da economia na tentativa de responder às seguintes questões: qual é a racionalidade por trás dos diferentes tipos de intervenção econômica? Qual o grau de restrição que uma medida regulatória deve assumir no setor regulado? E, enfim, como o tomador de decisão deve agir para escolher a alternativa que melhor atende ao interesse público dentre tantas possíveis?¹⁶⁵

3.1. Uma breve introdução à economia

Os economistas apontam que um dos princípios fundamentais da economia é que os mercados servem a uma função essencial: considerando que bens e serviços são alocados para os indivíduos tomando como base seus valores, e considerando que os incentivos apropriados levam os participantes de uma economia a agirem de forma a assegurar a produção desses bens e serviços, o mercado funciona como um mecanismo de alocação de recursos¹⁶⁶. Assim, se o mercado funcionar, ou seja, se do ponto de vista econômico for eficiente, a regulação originada do Estado não será necessária. Em sentido contrário, não sendo eficiente a alocação de recursos no mercado, qualquer que seja o motivo, a intervenção estatal seria apropriada¹⁶⁷.

Ao longo dos anos, verificaram-se duas formas de regulação: a econômica e a social¹⁶⁸. A regulação econômica se preocupou, ao longo de sua longa trajetória, com falhas de mercado mais tradicionais como, por exemplo, o poder de monopólio. Já a regulação social, que tem ganho cada vez mais força na história recente, aborda questões como proteção do consumidor,

¹⁶⁵ Note-se que todas as perguntas são derivadas da pergunta realizada inicialmente na apresentação do presente trabalho: como medir a eficiência das medidas regulatórias adotadas pelo Estado?

¹⁶⁶ Tradução livre do texto original: “A fundamental tenet of economics is that markets serve an essential function. By ensuring that goods and services are allocated to individuals based on value and by providing the appropriate incentives to lead participants in the economy to take the necessary actions to ensure production of these goods and services, markets function as a resource allocation mechanism” (VISCUSI, Kip. “Improving the analytical basis for regulatory decision-making”. In: *Regulatory Impact Assessment: Best Practices in OECD Countries*, Paris, 1997, p. 177).

¹⁶⁷ A escola de pensamento a que se faz referência é a neoclássica, segundo a qual agentes autônomos, voltados para o interesse individual, articulam-se socialmente por meio do mercado.

¹⁶⁸ Para os fins deste trabalho, será adotada a ampla distinção entre regulação social e regulação econômica apresentada por Anthony I. Ogus. Vale enfatizar que as falhas de mercado para cada uma das abordagens regulatórias também variam. Para a regulação social fala-se (i) em informação inadequada a respeito das ofertas presentes no mercado; (ii) que as trocas existentes no mercado podem gerar externalidades negativas e afetar indivíduos que não fazem parte dessa relação; para a regulação econômica, a regulação aplica-se a setores com tendências monopolísticas. (Cf. OGUS, Anthony I. *Regulation: legal form and economic theory*, Oxford, Portland Oregon: Hart publishing, 2004, pp. 4/5)

segurança no ambiente de trabalho, os efeitos da poluição na saúde da população, aquecimento global e outras mudanças climáticas.

O simples fato de existir uma falha de mercado (econômica ou social) não necessariamente conduz à escolha de uma medida ou política regulatória benéfica à população. Esse dado apenas cria um potencial papel para a intervenção estatal, a qual só valerá a pena se propiciar o bem-estar social. Acredita-se que a partir de uma análise racional¹⁶⁹, com base em pelo menos um dos métodos a serem apresentados nas seções seguintes, é possível identificar o impacto dessas decisões regulatórias, auxiliando o agente regulador na escolha da opção mais eficiente.

3.2. Alguns métodos para uma análise racional das decisões regulatórias

A separação em diferentes métodos apenas foi realizada para fins didáticos, uma vez que a utilização de um método não exclui a adoção, numa mesma *avaliação de impacto regulatório*, de outro. Ao contrário, em geral se recomenda a utilização de um conjunto de métodos em razão da complexidade dos problemas existentes na sociedade, conforme será apontado nas próximas seções¹⁷⁰.

Como o objetivo deste trabalho não é apresentar um rol extenso de cada uma das possíveis análises econômicas, as duas análises mais utilizadas serão expostas com maior grau de detalhamento. São elas: (i) análise de custo-benefício e (ii) análise de custo-efetividade. E, de forma breve, ainda serão apresentadas outras análises que, apesar de mais restritas, são úteis para alguns tipos de medidas e políticas regulatórias, conforme será demonstrado a seguir. A fim de sistematizar as informações apresentadas nesta seção, a figura 4, ao final dessa seção 3.2., sintetiza as características, vantagens e desvantagens de cada uma delas.

¹⁶⁹ O termo “análise racional” é utilizado em oposição a uma análise subjetiva. Ou seja, a análise racional seria baseada em métodos de análise econômica que auxiliariam a discricionariedade administrativa, porém não a substituiriam. Como discricionariedade será adotado o conceito de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, segundo o qual a “atuação é discricionária quando a Administração, diante de um caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito” (cf. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 210).

¹⁷⁰ Prática cada vez mais comum é a adoção da *soft cost-benefit analysis*, como um conjunto da análise de custo-benefício e de custo-efetividade. (cf. JACOBS, Scott, “Current trends in Regulatory Impact Analysis: the challenges of mainstreaming RIA into policy-making”, 2006, p. 34, disponível em <http://www.regulatoryreform.com/pdfs/Current%20Trends%20and%20Processes%20in%20RIA%20-%20May%202006%20Jacobs%20and%20Associates.pdf>, último acesso em 26/10/2009)

3.2.1. Análise de custo-benefício

A análise de custo-benefício é a mais abrangente dos métodos de análises regulatórias. KIP VISCUSI, em trabalho elaborado para o Código de Boas Práticas da OCDE, afirmou que por meio dela calcula-se o total de benefícios associados a uma decisão regulatória, comparam-se esses com o total de custos e, caso o equilíbrio seja favorável, a decisão tem potencial de se tornar atraente¹⁷¹.

O intuito desse teste é simples: o regulador selecionará apenas as medidas regulatórias que estejam em consonância com o interesse público. Como as medidas têm vários efeitos, tanto positivos quanto negativos, ao realizar uma análise de custo-benefício procurar-se-á assegurar que o regulador beneficie a sociedade, com a escolha daquela cujos efeitos positivos superem (ou justifiquem) os negativos.

Outro elemento que se deve acrescentar a essa equação é a limitação dos recursos. Como os recursos são limitados, a análise de custo-benefício auxilia o tomador de decisão a alocar os recursos limitados de forma a maximizar, dada a escassez de recursos, o bem-estar da sociedade. Assim, a análise de custo-benefício permite que o tomador de decisão possa comparar as alternativas possíveis para escolher aquela que proporcionará o benefício mais desejado à sociedade a um menor custo.

Como ilustração simples¹⁷² da utilização da análise de custo-benefício, pode ser usado o caso de uma medida de trânsito a ser elaborada para diminuir (i) o tráfego de carros durante o dia num cruzamento de duas avenidas de uma grande cidade e (ii) o número de acidentes envolvendo pedestres durante a noite no mesmo local. Suponha-se que tenham sido levantadas quatro alternativas de medidas regulatórias para o caso concreto. A primeira opção seria a colocação de semáforos, a segunda a colocação das tradicionais lombadas de concreto, a terceira a introdução de semáforos com o contador de segundos eletrônico, e a última e quarta a colocação de radares eletrônicos. Note-se que cada uma apresenta uma composição de custos e de benefícios, porém apenas uma, ou a combinação de duas ou três, reduz o tráfego e o risco

¹⁷¹ VISCUSI, Kip. “Improving the analytical basis for regulatory decision-making”. In: *Regulatory Impact Assessment: Best Practices in OECD Countries*, Paris, 1997, p. 180.

¹⁷² O exemplo serve apenas para ilustrar os caminhos que se percorrem com a análise de custo-benefício. As temáticas das análises variam de acordo com a competência do órgão responsável pela AIR.

à vida dos pedestres a um menor custo. Esse seria o ponto ótimo da equação custo-benefício e esta seria a decisão a ser tomada.

Suponha-se que, no exemplo dado, o ponto ótimo seja a combinação da terceira (introdução de semáforos com o contador de segundos) com a quarta alternativa (colocação de radares eletrônicos). Pois, a partir da análise de custo-benefício, verificar-se-ia que os eventuais custos altos do radar e do semáforo mais sofisticado seriam mitigados pelo aumento da arrecadação com a aplicação de multas de trânsito. Além disso, os benefícios seriam maiores também, uma vez que a reunião das duas alternativas reduziria ao mesmo tempo o tráfego diurno e a insegurança noturna, com a redução da velocidade e a organização da passagem de carros¹⁷³. Assim, procura-se, a partir da análise de custo-benefício, orientar o tomador de decisão a adotar aquela medida cujos benefícios, se não superem, pelo menos justifiquem os custos a serem incorridos pelo Estado, pelos regulados e pela sociedade em geral.

VISCUSI alerta, contudo, para o fato de que a mera realização de uma única análise de custo-benefício pode não ser suficiente para a tomada de decisão. Apesar de óbvio, é importante repetir que em casos de restrições orçamentárias deverá ser realizado um teste ainda mais minucioso dos custos e benefícios de uma medida regulatória. Pois, não havendo abundância de recursos públicos, deverá ser adotada apenas aquela medida que melhor apresente a relação custo-benefício¹⁷⁴. Seguindo o exemplo acima, a melhor solução seria a adoção da primeira alternativa com a mera colocação do semáforo regular que apresenta o maior benefício a um custo menor. Numa situação de austeridade orçamentária, o benefício a ser agregado pelo semáforo com o contador eletrônico (terceira alternativa) pode não justificar o acréscimo do seu custo em relação à primeira alternativa (semáforo regular).

¹⁷³ Note-se que em todas as alternativas apresentadas era possível identificar os custos e benefícios, além de permitir uma comparação desses elementos entre as alternativas. A análise de custo-benefício tem como objetivo criar as bases dessa comparação.

¹⁷⁴ VISCUSI, Kip. “Improving the analytical basis for regulatory decision-making”. In: *Regulatory Impact Assessment: Best Practices in OECD Countries*, Paris, 1997, p. 180 e nota n. 6.

Afirma-se que o atributo mais fundamental da análise de custo-benefício é sua abrangência¹⁷⁵. Durante sua realização, todos os possíveis efeitos e impactos devem ser analisados, de forma que não se possa, deliberadamente, considerar apenas os benefícios desejados ou ignorar parte dos custos incorridos.

A análise de custo-benefício seria idealmente aplicada para todas as decisões regulatórias passíveis de monetarização. Porém, como ela também é custosa, deve-se realizar um julgamento a respeito do seu custo e razoabilidade. Contudo, intervenções de grande impacto devem, mesmo assim, pelo menos apresentar uma análise de custo-benefício para os elementos mais importantes, excluindo-se assim aqueles que não podem ser justificados. Mantendo o exemplo na área de transporte público, suponha-se o caso da análise de uma política regulatória voltada ao transporte público com investimentos em estradas, ônibus,

Apesar disso, a inexistência da compensação não inibe o potencial da análise de custo-benefício. Considerando que os cidadãos do grupo “B” não foram compensados pelos custos incorridos, pode-se dar um peso maior que 1.0 a cada “X” a ser suportado. Esse peso poderá variar de acordo com o perfil de renda de cada grupo afetado. Dessa forma, a habilidade de incorporar essas diferenças indica que a análise de custo-benefício pode ser adotada levando em conta preferências sociais relacionadas à distribuição de custos e benefícios entre diferentes grupos¹⁷⁸⁻¹⁷⁹.

A partir de uma visão mais crítica dessa análise econômica, BALDWIN e CAVE não enxergam como a análise de custo-benefício, assim como qualquer outra análise econômica, poderia ajudar o regulador a atender a objetivos de justiça social. Esses métodos, segundo os autores, tendem a assumir que a atual distribuição de renda é aceitável e que a regulação (ou a desregulação) teria um papel insignificante nessa área. Os autores explicam que os valores atribuídos são, em parte, resultado da riqueza de cada indivíduo e, ao ignorar isso, as espécies de análises econômicas acabam por favorecer aqueles com poder econômico. Os autores concluem afirmando que o uso da análise de custo-benefício pode ser inconsistente com a escolha do legislador e/ou do Chefe do Executivo que apresentar, implícita ou explicitamente, finalidades distributivas¹⁸⁰. Esse argumento será mais detalhado no próximo capítulo, quando serão analisadas as limitações da noção econômica da eficiência.

Desse modo, em todos os casos, o objetivo é avaliar os custos para todas as partes envolvidas e assegurar que a totalidade dos benefícios sempre supere ou, ao menos, justifique a totalidade dos custos impostos com a decisão regulatória. A análise de custo-benefício oferece um mecanismo para que essa equação seja alcançada e, por isso, é caracterizada como sendo uma análise quantitativa dos efeitos da regulação.

¹⁷⁸ VISCUSI, Kip. “Improving the analytical basis for regulatory decision-making”. In: *Regulatory Impact Assessment: Best Practices in OECD Countries*, Paris, 1997, p. 181.

¹⁷⁹ Apesar desse aspecto da análise de custo-benefício, é importante ressaltar que o benefício de um grupo em detrimento de outro em uma medida regulatória específica tende a desaparecer quando se examina a totalidade das políticas adotadas pelo Estado.

¹⁸⁰ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding Regulation: theory, strategy and practice*. Nova York: Oxford University Press, 1999, p. 91.

3.2.2. Análise de custo-efetividade

Mais limitada que a análise de custo-benefício, a análise de custo-efetividade calcula o custo por unidade de benefício e para isso se propõe um sistema métrico. Com isso, não se atribui valores monetários para os objetivos a serem alcançados pela medida ou política regulatória, como ocorre com a análise de custo-benefício. Dessa forma, elimina-se a dificuldade existente na análise de custo-benefício ao mesmo tempo em que se proporciona uma comparação dos custos de diferentes formas de se atingir os objetivos do regulador (*e.g.* quanto custa melhorar a nutrição das merendas escolares, salvar uma vida, diminuir a mortalidade, oferecer igualdade de oportunidades, etc.).

Por essas características, a análise de custo-efetividade também é chamada de avaliação qualitativa, em oposição à avaliação quantitativa (análise de custo-benefício). No exemplo das medidas de trânsito, quando da realização de uma análise de custo

análise de custo-efetividade, excluir-se-á a alternativa “B”, por esta se mostrar manifestamente menos vantajosa que a alternativa “A”¹⁸³.

Note-se que o uso da análise de custo-efetividade não exclui a utilização da análise de custo-benefício por completo. As limitações da análise de custo-efetividade são responsáveis por impedir que ela aponte a medida regulatória ótima (eficiente). Isto é, considerando que as medidas por custo de unidade de benefício encontradas a partir da análise realizada refletem tanto os efeitos positivos e negativos de uma medida regulatória e apresentam um guia do desempenho de medidas diferentes, elas não são suficientes para instruir a tomada de decisão do agente regulador. Este deve usar essas medidas em conjunto com sua própria valoração dos objetivos da medida regulatória que será selecionada. De fato, um teste, ainda que implícito, de custo-benefício deverá ser realizado a fim de selecionar a medida que melhor se adéque ao interesse público¹⁸⁴.

Contudo a maior limitação da análise de custo-

Apesar das limitações, a OCDE e a União Europeia recomendam a análise de custo-efetividade sempre que os objetivos a serem perseguidos pela medida reguladora sejam definidos em termos gerais (*e.g.* menor risco à saúde das crianças, menor poluição atmosférica, etc.), permitindo a comparação entre várias alternativas regulatórias diferentes para seu atendimento. Isto porque, em geral, a partir da análise de custo-efetividade é possível identificar o desempenho das alternativas sob análise e a oportunidade de realocar os recursos, a fim de maximizar o impacto de cada uma delas¹⁸⁶.

3.2.3. Outros métodos utilizados na *avaliação de impacto regulatório*

Outras análises econômicas são: a análise dos custos, a análise dos benefícios e a análise de risco. Enquanto a primeira apenas considera os custos, ignorando os benefícios, a segunda opera em sentido inverso, considera os benefícios e ignora os custos. Ambas as técnicas são imparciais e não oferecerão ao tomador de decisão um direcionamento abrangente. Contudo, elas ainda proporcionam uma ideia da extensão do impacto em face do qual a sociedade está se comprometendo, tanto em termos de custos, quanto de benefícios.

O primeiro passo é identificar os custos de uma medida regulatória. Eles afetam uma grande diversidade de sujeitos: o Estado (a arrecadação orçamentária pode ser afetada se envolver um aporte de investimento estatal), a iniciativa privada (empresas privadas suportam os custos regulatórios em geral), os consumidores (encontram preços mais altos nas prateleiras) e os trabalhadores (recebem menores salários ou, no pior cenário, são desempregados). Uma vez identificados os custos, é necessário ainda determinar a possibilidade técnica e econômica de uma certa decisão regulatória ser implementada. Uma medida apenas é possível se existe tecnologia adequada disponível no mercado e se ela não representa um custo muito alto às empresas, ou pelo menos para parte delas¹⁸⁷.

¹⁸⁶ SIGMA, “Improving policy instruments through impact assessment” CCNM/SIGMA/PUMA(2001)1, relatório n. 31, Paris, 2001, p. 29.

¹⁸⁷ VISCUSI, Kip. “Improving the analytical basis for regulatory decision-making”. In: *Regulatory Impact Assessment: Best Practices in OECD Countries*, Paris, 1997, p. 187.

Com relação às análises de benefícios, não é possível passar por elas sem mencionar duas técnicas para se alcançar o valor apropriado dos benefícios envolvidos em uma decisão regulatória. A primeira delas expressa a quantificação do benefício a partir da noção do montante que a sociedade está disposta a pagar para alcançar o objetivo da política pública. Essa técnica torna-se ainda mais controversa quando a literatura procura quantificar o valor da vida humana, em casos de políticas regulatórias que envolvam risco à saúde ou à vida¹⁸⁸. Outra forma de se estimar benefícios é a partir da realização de pesquisa de opinião com parcelas da população que será afetada pela medida ou política regulatória. Essa técnica encontra também alguns obstáculos em sua concretização, por exemplo, a sempre possível parcialidade dos entrevistadores que podem interferir no resultado¹⁸⁹.

Por fim, existe a análise de risco utilizada para avaliar riscos à saúde e ao meio ambiente. A análise de risco objetiva apenas um aspecto dos efeitos de uma medida regulatória: os riscos que serão reduzidos. Ao contrário das análises de custo-benefício e de custo-efetividade, não há qualquer avaliação quanto aos custos a serem incorridos na redução dos riscos. Contudo, a análise de risco é fundamental para o processo de tomada de decisão e para a avaliação das medidas regulatórias voltadas, sobretudo, para redução de riscos à saúde e ao meio ambiente.

Apesar da evolução dos métodos com os quais se afere com precisão a exposição aos diversos riscos do dia-a-dia, em diferentes situações, a análise de risco deve lidar com a incerteza do resultado. Os reguladores, antes de escolherem uma medida “A” em detrimento da medida “B”, devem estar seguros a respeito da precisão do resultado da implementação da decisão regulatória. Suponha-se que na medida “A” existe noventa por cento de chances de que o resultado seja verificado, enquanto que na medida “B” tenha apenas cinquenta por cento. É importante neste caso refinar a base de dados a fim de obter informações mais precisas acerca desses resultados e, com isso, poder informar o tomador de decisão.

¹⁸⁸ Para uma abordagem mais detalhada da controvérsia envolvendo a quantificação da vida humana ver Robert W. HAHN (“Economic Analysis of Regulation: a Response to the Critics” In: *University of Chicago Law Review*, v. 71, 2004, pp. 1021/1054).

¹⁸⁹ Para uma abordagem mais detalhada de ambas as técnicas, ver Kip VISCUSI (“Improving the analytical basis for regulatory decision-making”. In: *Regulatory Impact Assessment: Best Practices in OECD Countries*, Paris, 1997, pp. 189/194).

Note-se que a análise de risco é o método utilizado no desenvolvimento do Estudo de Impacto Ambiental – EIA abordado no capítulo anterior. Nesse aspecto, o EIA e a *avaliação de impacto regulatório* não são ferramentas tão diferentes, pois podem apresentar elementos em comum ou até mesmo um EIA pode estar contido numa *AIR*. Toma-se como exemplo o caso de um vultoso empreendimento de infraestrutura que exigirá alto investimento por parte do Estado e da iniciativa privada e, ao mesmo tempo, representará um significativo risco ambiental para a região em que será desenvolvido. Recomenda-se a adoção tanto do EIA quanto da *avaliação de impacto regulatório*, para no primeiro analisar o risco ambiental e no segundo, a partir das conclusões alcançadas no primeiro estudo, avançar no processo de tomada de decisão regulatória.

Além de todas as análises apresentadas acima, ainda é importante mencionar a consideração do valor presente líquido (ou *discounting*)¹⁹⁰. Como as medidas e políticas regulatórias costumam gerar custos e resultados que se protraem no tempo, às vezes por décadas, é importante utilizar uma medida que irá informar o valor presente dos benefícios e custos a serem verificados no futuro. Na realidade, as análises econômicas mencionadas acima exigem que os efeitos sejam dimensionados e comparáveis ao longo do tempo, de forma que todas as alternativas regulatórias possam ser comparadas entre si. Assim, o *discounting* é aplicado em combinação com quaisquer dos métodos descritos acima, o que inclui também as análises custo-benefício e custo-efetividade.

A discussão em torno desse método é quanto ao índice de desconto a ser aplicado. Pode-se falar em taxa de juros (CDI ou SELIC) ou ainda em outro índice a ser definido como mais adequado para a medida regulatória. Não obstante o índice de desconto utilizado, o mais importante que se deve ter em mente é a utilização de um mesmo índice nas comparações das alternativas regulatórias.

¹⁹⁰ É verdade que a consideração do valor presente líquido é apenas um método dentre outros possíveis na prática do desconto (ou *discounting*). Para uma abordagem mais aprofundada sobre o tema, ver Robert W. HAHN (“Economic Analysis of Regulation: a response to the critics”. In: *University of Chicago Law Review*, v. 71, 2004, p. 1026).

Figura 4¹⁹¹ – Síntese dos métodos de análise econômica abordados

	Conceito	Vantagens	Desvantagens
Análise de custo-benefício	A medida regulatória é desejável se os benefícios estimados superarem ou pelo menos justificarem os custos	Reflete tanto os benefícios quanto os custos das alternativas analisadas e assegura o atendimento do interesse público	Alguns custos e benefícios não são passíveis de quantificação e a análise é bastante custosa
Análise de custo-efetividade	Cálculo do custo por unidade de benefício atendido	Apresenta um quadro geral da eficiência de todas as alternativas e elimina aquelas claramente ineficientes	Não oferece uma resposta à equação custo-benefício, sendo inconclusiva quando presentes graus de benefícios diferentes e relação de custo menor entre duas alternativas
Análise de custos	Avaliação apenas dos custos para o governo e para a iniciativa privada	Procura identificar o montante total que a sociedade está disposta a pagar pela adoção da medida regulatória	Ignora o fato de que os benefícios podem afetar os custos incorridos por uma medida regulatória
Análise de benefícios	Avaliação apenas dos benefícios da regulação	É complementar a todas as demais espécies de análise econômica e proporciona uma real mensuração dos benefícios da sociedade	Ignora os custos de uma medida regulatória
Análise de Risco	Avaliação da magnitude dos riscos à saúde e ao meio ambiente associados a uma alternativa	Permite avaliar se uma alternativa será eficiente na redução do risco verificado	Os riscos podem ser diversos e não apenas os analisados. Não analisa os custos, nem qualquer outro impacto que não seja o risco

¹⁹¹ Esse quadro foi adaptado de Kip VISCUSI (“Improving the analytical basis for regulatory decision-making”. In: *Regulatory Impact Assessment: Best Practices in OECD Countries*, Paris, 1997).

3.3. Dificuldades na elaboração da *avaliação de impacto regulatório*: a coleta de dados

No capítulo anterior, na seção relativa à resenha literária sobre a *avaliação de impacto regulatório* foram sintetizadas algumas das críticas mais comuns da literatura especializada sobre o tema. Deixou-se de fora, no entanto, argumentos econômicos quanto à eficácia dessa ferramenta, isto é, se a *AIR* de fato é capaz de auxiliar o tomador de decisão na escolha da alternativa mais eficiente sob o ponto de vista econômico. Os argumentos que perpassam a seara da economia serão sintetizados nos próximos capítulos, pois apenas a partir da análise do princípio da eficiência consubstanciado no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal será possível afirmar se a *AIR* contribui ou não para o atendimento da eficiência pelo Estado regulador.

Vale apontar as dificuldades para a obtenção dos dados necessários para se realizar o que pode ser considerada uma *avaliação de impacto regulatório* de qualidade. É sabido que a qualidade da base de dados a ser utilizada numa análise econômica está relacionada à qualidade final dessa análise, e coletá-los é sempre um desafio. Dependendo do tema a ser objeto da *AIR* é possível que os dados já estejam disponíveis em relatórios produzidos com frequência pelos órgãos ou no banco de dados dos atores envolvidos. Nesse caso, basta que os dados sejam encaminhados ao agente regulador. Em outros casos, contudo, o levantamento de dados pode ser tão custoso e trabalhoso que pode até inviabilizar a *avaliação de impacto regulatório*.

Isso ocorre com frequência nas avaliações dos riscos à saúde humana. Apesar de ser sabido que a poluição do ar pode aumentar as chances de desenvolver câncer de pulmão, ainda não foi possível afirmar com precisão científica esta relação e sua proporção. Essa incerteza se justifica em razão da dificuldade de se obter dados isolados sobre os efeitos da poluição no organismo humano saudável. Ou as pesquisas compreendem período restrito, ou as pessoas observadas apresentavam hábitos não-saudáveis como o fumo que também apresentam relação com a doença, ou apenas porque a forma de mensuração de poluição no ar para os fins da pesquisa ainda precisa ser aprimorada.

Outro problema em relação aos dados é que, uma vez coletados, eles podem não ser confiáveis. HAHN e TETLOCK apontam que um número alto de pesquisas voltadas à

comparação entre estimativas de custos e benefícios realizadas *ex ante* e aquelas realizadas *ex post* demonstram que os custos e benefícios tendem a ser superestimados. Dentre as pesquisas citadas está o estudo de 47 medidas regulatórias realizado nos Estados Unidos pelo *OMB* em 2005. As conclusões do órgão estadunidense sugerem que os benefícios e o resultado da equação custo-benefício são mais suscetíveis de serem superestimados, enquanto que os custos apresentam ainda alguma margem para esse fenômeno¹⁹².

Apesar da possibilidade de se utilizar essas conclusões em futuras análises e decisões regulatórias, os autores chamam atenção para uma possível falibilidade do resultado desse tipo de pesquisa. Em primeiro lugar, apontam para o fato de a realização desse tipo de estudo não ser muito frequente em razão do seu alto custo e da ausência de interesse por parte dos agentes reguladores e dos demais órgãos da administração pública. O segundo problema seria a própria seleção do conjunto de normas e dados a serem analisados. É possível que se reúnam apenas aqueles em que se tenha identificado certo problema com a quantificação e não uma mostra aleatória ou justificada para análise. Por fim, ainda mencionam a possibilidade de uma análise como essa variar em razão do autor, dos dados, das premissas assumidas e origem do financiamento obtido¹⁹³⁻¹⁹⁴.

Ainda em relação aos dados, é importante não perder de vista que, apesar da adoção de variados métodos para a adequada coleta das informações necessárias, o resultado pode não ser fidedigno. Pois, deve ser levada em conta a possibilidade de haver um “deslocamento de efeitos” que, no momento da coleta de dados, não era possível prever. Por exemplo, uma medida regulatória que exija o uso de capacetes por trabalhadores da construção civil pode reduzir acidentes que envolvam a cabeça dos trabalhadores; porém, com o uso dos capacetes, é comum que os trabalhadores assumam mais riscos em razão da sensação de proteção. Como

¹⁹² Office of Management and Budget, “Validating Regulatory Impact Analysis: report to Congress on the Costs and Benefits of Federal Regulations and Unfunded Mandates on State, Local and Tribal Entities”, Washington, Dc: Office of Information and Regulatory Affairs *apud* HAHN, Robert W.; TETLOCK, Paul C. “Has Economic Analysis Improved Regulatory Decisions?”, AEI-Brookings Joint Center Working Paper n. 07-08, abril de 2007, p. 12.

¹⁹³ HAHN, Robert W.; TETLOCK, Paul C. “Has Economic Analysis Improved Regulatory Decisions?”, AEI-Brookings Joint Center Working Paper n. 07-08, abril de 2007, p. 13.

¹⁹⁴ Pode-se afirmar ainda que essas análises foram realizadas a partir de uma premissa pessimista (princípio do conservadorismo da contabilidade), segundo a qual, em casos de dúvidas acerca de alguma dívida ou receita, utiliza-se o menor valor. Dessa forma, o mesmo pode acontecer com os custos, utilizando-se a maior estimativa. Assim, evitam-se surpresas desagradáveis, mas se permitem surpresas agradáveis.

resultado, pode ocorrer um aumento de ferimentos de braços e pernas e restar verificado o “deslocamento” do risco à saúde dos trabalhadores¹⁹⁵.

Diante das armadilhas relacionadas à base de dados (sua coleta, confiabilidade e qualidade), é preciso não perder de vista que, apesar de sua relevância, elas podem ser contornadas. A primeira delas é explorar os dados que o próprio país já dispõe por meio de suas instituições. No caso do Brasil os agentes reguladores já apresentam grande quantidade de dados e o próprio Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE também é responsável pela sistematização de outra importante parte.

Nessa mesma linha de raciocínio, conforme apontado no capítulo anterior, as diversas formas de participação da sociedade no processo de tomada de decisão podem servir para solucionar ou ao menos mitigar a escassez de dados. É comum a realização de análises econômicas com base em números levantados pelos regulados. As diversas participações dos interessados no processo de tomada de decisão servem sobretudo para levantar informações que o regulador não tem sob seu poder ou validar dados levantados de outra forma. Outra alternativa é a contratação de consultoria externa voltada ao levantamento de dados que sejam indispensáveis à realização da análise econômica.

Além disso, é possível também contornar esse problema com a utilização de dados coletados em outros países, por meio de *benchmarks*. Por exemplo, a *avaliação de impacto regulatório* realizada na Jordânia sobre a utilização de sacolas plásticas utilizou os dados de pesquisa sobre o impacto na restrição realizada na Irlanda¹⁹⁶. Note-se que existem inúmeras diferenças entre os dois países, porém os custos incorridos na Irlanda podem servir de parâmetro para a decisão na Jordânia. O importante a respeito desse aspecto é que as lacunas de dados inexistentes num país sejam preenchidas de forma transparente com dados existentes em outros países.

¹⁹⁵ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding Regulation: theory, strategy and practice*. Nova York: Oxford University Press, 1999, p. 91. Kip VISCUSI apresenta exemplo do banimento de alguns tipos de adoçantes para as crianças ou a obrigação de alertar para os males desse ingrediente em alimentos voltados às crianças, nos Estados Unidos. Segundo ele, essa medida poderá gerar um aumento no número de calorias ingeridas pelas crianças e aumentar, com isso, o índice de obesidade e de doenças relacionadas em crianças (“Improving the analytical basis for regulatory decision-making”. In: *Regulatory Impact Assessment: Best Practices in OECD Countries*, Paris, 1997, p. 202).

¹⁹⁶ Informação provida no curso “Regulatory Impact Analysis: applied training course” promovido pelo *College of Europe* e a consultoria *Jacobs&Associates*, em Bruges (Bélgica) de 19 a 23 de outubro de 2009.

Outra possível solução no mesmo caminho do *benchmarks* é utilizar dados levantados para questões semelhantes, baseando-se em extrapolações razoáveis. Por exemplo, se o objetivo é estimar os custos operacionais de uma empresa para alterar as embalagens existentes a fim de introduzir uma nova informação a ser indicada pelo regulador, pode-se tomar como base os custos de se produzir uma embalagem nova pelas empresas, para produtos novos, ou para os produtos antigos quando estes foram reformulados.

Por último, vale notar que a partir de um planejamento e aprendizado institucional sobre como levantar os dados necessários é possível contornar esse problema no longo prazo. Note-se que, ao contrário do que a literatura especializada procura exigir, a precisão dos dados não é necessária. Necessária é a transparência acerca da fonte utilizada para a coleta dos dados e a validação desses dados coletados por meio do escrutínio público ao longo do processo de tomada de decisão.

Por oportuno, deve-se concluir a partir da exposição presente neste capítulo que, qualquer que seja o método adotado, para a tomada de decisão baseada em dados coletados e sistematizados de forma racional, é necessária a quantificação de todos os impactos gerados por uma medida regulatória de forma transparente em relação a cada um deles.

Conforme afirmado acima, a qualidade de uma *AIR* é medida em termos da qualidade da análise econômica realizada. Todavia, há fundamentos razoáveis para sustentar que outros aspectos, se não igualmente, são mais relevantes para uma *avaliação de impacto regulatório* de qualidade, como os aspectos políticos e institucionais¹⁹⁷. Esses aspectos foram introduzidos no capítulo anterior, na seção 2.8, sendo que os três aspectos fundamentais para a linha de argumentação desenvolvida no presente trabalho serão examinados nos próximos três capítulos (a eficiência constitucional, a legitimação das decisões regulatórias e o controle político).

¹⁹⁷ “In a sense, even if impact assessment is impeccable in terms of economic analysis, this is not a sufficient condition for quality. The latter is achieved when better regulation tools change the way regulators think about public policy, inform ministerial decisions, and when they change the way organized interests, firms and citizens engage in the policy-making process, understand and accept the regulatory framework” (DG Enterprise *apud* RADAELLI, Claudio M.. “Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of the regulatory impact assessment”. In: *Journal of European Public Policy*, v. 12, n. 5, Londres, Outubro de 2005, p. 939).

CAPÍTULO 4

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

“Não satisfaz ao interesse coletivo que a Administração pública apenas se abstenha de cometer atos ilegais. Se o primeiro dever do administrador é o de respeitar as normas administrativas, torna-se mister, ainda, que a sua atuação alcance os objetivos sociais e econômicos desejados”¹⁹⁸.

Nos últimos dois capítulos, foram apresentados os contornos gerais da *avaliação de impacto regulatório*, suas etapas, seus pontos positivos e negativos avaliados pela literatura especializada internacional e seus métodos de análise econômica. A partir disso e a partir da primeira perspectiva de análise, verificou-se ser possível mensurar os custos e benefícios de uma medida regulatória a ser adotada, modificada ou revogada pelo agente regulador por meio da aplicação de uma ferramenta de avaliação.

Cumprido, ainda, verificar se essa mensuração da eficiência é o bastante para dar efetividade ao princípio da eficiência incluído no rol dos princípios constitucionais da administração pública pela Emenda Constitucional 19/98. Dessa forma, acredita-se que será possível desenvolver a segunda perspectiva de análise: a *AIR* atende à vontade do constituinte derivado quando da constitucionalização do princípio da eficiência com a Emenda Constitucional 19/98?

Para tanto, pretende-se fazer esse exame a partir do entendimento da doutrina acerca da eficiência desejada pelo constituinte, mesmo antes da referida Emenda Constitucional. A ponderação do princípio da eficiência (art. 37, CF) e a *avaliação de impacto regulatório* será precedida por breve introdução a uma leitura econômica do direito. Antes da conclusão parcial deste capítulo, será examinado como o direito positivo poderia dar fundamento para a adoção dessa ferramenta pelo Estado regulador brasileiro.

¹⁹⁸ Sob o regime da Constituição de 1967, Caio TÁCITO em “O controle da Administração e a nova Constituição do Brasil” já preconizava o princípio da eficiência. Naquele momento, o Estado assumia a “prestação direta de serviços de teor econômico ou assistencial”, nas palavras do autor. (In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 90, São Paulo, out./dez., 1967)

4.1. Breve introdução a uma leitura econômica do direito

Não restam dúvidas de que a relação entre princípio da eficiência e *avaliação de impacto regulatório* dispensaria uma introdução nessa etapa do trabalho. Espera-se que com a apresentação dessa ferramenta realizada nos capítulos anteriores já se tenha revelado como a preocupação com o agir eficiente por parte do Estado regulador molda a todo instante o procedimento de tomada de decisão orientado pela AIR. Entretanto, faz-se necessário ainda tecer breves considerações sobre como tema enraizado na lógica econômica pode se relacionar com o direito administrativo brasileiro. Isso será realizado com base em algumas notas sobre uma possível leitura econômica do direito¹⁹⁹.

Não é de hoje que o direito é baseado em premissas bastante diferentes da economia. Enquanto a primeira ciência se preocupa com a justiça e com o que é considerado “lícito” e “ilícito” pelo sistema positivo, a economia se volta a compreender a alocação de recursos escassos entre os indivíduos que compõem o mercado, preocupando-se com o que é “eficiente” e “ineficiente”. Observando essas diferenças, STIGLER afirmou que “o economista e o jurista vivem em mundos diferentes e falam diferentes línguas”²⁰⁰. Apesar disso, essas ciências não são totalmente impermeáveis uma pela outra. NIKLAS LUHMANN já asseverava que o fechamento operativo do sistema jurídico não impede a sua abertura cognitiva²⁰¹.

Uma leitura econômica do direito é possível com base em métodos da microeconomia, área que estuda o comportamento do consumidor e da unidade produtora de riqueza. Acredita-se que com o auxílio da economia o direito poderá compreender melhor certos comportamentos humanos, aperfeiçoando-se.

¹⁹⁹ Várias podem ser consideradas as doutrinas voltadas a estudar a relação entre economia e direito. Para fins desse estudo, toma-se como referência a escola da análise econômica do direito que surgiu ainda nos anos 1960 com a publicação de artigos seminais por Ronald Coase (“The Problem of Social Cost”) e Guido Calabresi (“Some thoughts on risk distribution and the Law of torts”).

²⁰⁰ STIGLER, George J. “Law or Economics?”. In: *The Journal of Law and Economics*, Outubro de 1992, v. 35, n. 2, 1996, p. 436.

²⁰¹ *Apud* CAMPILONGO, Celso Fernandes (*Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 81). Ao analisar a teoria dos sistemas de Niklas LUHMANN, Celso Fernandes Campilongo aponta para paradoxo que será trabalhado mais adiante no capítulo 5 sobre mais participação e menos democracia.

Com esse intuito, em sua obra *Economics Analysis of Law*, RICHARD POSNER afirma que a economia é uma ferramenta poderosa para realizar a análise de uma variedade grande de questões legais. Para compreender essa visão, é preciso, segundo o autor, considerar que o homem age como um maximizador racional de suas riquezas, respondendo a incentivos. Em outras palavras, é o mesmo que afirmar que, se o meio em que o indivíduo interage se modificar de forma que ele possa aumentar seu nível de satisfação caso altere seu comportamento, ele o fará²⁰².

Dessa ideia que concebe o homem como maximizador de seus recursos, derivam três princípios fundamentais da economia: (i) a lei da demanda e oferta, (ii) no mercado, os indivíduos tendem a maximizar o retorno das suas transações e (iii) se o mercado permitir, os recursos tendem a gravitar em direção ao seu uso mais valioso²⁰³. A partir desses princípios é possível abordar o conceito de eficiência, o qual coincide com aquele utilizado nos capítulos anteriores. A eficiência é a maximização das trocas realizadas, de forma que o retorno (os benefícios) supere os custos incorridos, colocando o indivíduo em uma situação mais vantajosa que a inicial, antes da operacionalização das trocas.

A análise econômica do direito perpassa várias (para não dizer todas) áreas do direito, permitindo uma leitura econômica do direito constitucional, dos contratos, da seguridade social, do processo civil etc. No contexto brasileiro, merecem menção os estudos de ARMANDO CASTELLAR PINHEIRO que analisam o papel do Judiciário brasileiro em termos de custos econômicos e entraves ao crescimento econômico do país²⁰⁴. Para os fins do presente trabalho, no entanto, a abordagem estará restrita à forma de manifestação do Estado regulador por meio do processo administrativo. Procura-se, a partir dessa relação entre direito e economia, medir a eficiência das atividades regulatórias estatais, em busca do cumprimento do princípio constitucional da eficiência.

²⁰² POSNER, Richard A. “Economic Analysis of Law”. Little, Brown and Company: Boston, Toronto, 5th edition, 1998, pp. 3/4.

²⁰³ POSNER, Richard. A. “Economic Analysis of Law”. Little, Brown and Company: Boston, Toronto, 5th edition, 1998, pp. 4/13.

²⁰⁴ PINHEIRO, Armando Castellar. “Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?”. Texto para discussão do IPEA n. 963, Rio de Janeiro, julho de 2003, disponível em http://desafios.ipea.gov.br/pub/td/2003/td_0963.pdf (último acesso em 11/12/2009).

Dessa forma, propõe-se a *avaliação de impacto regulatório* como mecanismo que se vale de pressupostos econômicos (escassez de recursos) e de métodos de análise econômica (tal como demonstrado no capítulo anterior) para não só medir a eficiência do Estado regulador, mas sobretudo torná-lo eficiente a fim de dar cumprimento ao princípio constitucional da eficiência.

4.2. O princípio da eficiência no Direito Brasileiro

Desde a Emenda Constitucional 19/98, muito tem sido falado, escrito e teorizado a respeito do princípio constitucional da eficiência. Enquanto alguns apontam que ele seria um princípio *novo*, introduzido no ordenamento apenas por meio da referida Emenda Constitucional²⁰⁵, outros demonstram que já existia uma base constitucional para o princípio da eficiência mesmo antes da alteração do texto constitucional²⁰⁶. Polêmica à parte, não se pode recusar a positividade, a operatividade e a validade jurídica desse princípio²⁰⁷.

Após discussões doutrinárias acaloradas sobre o assunto, é possível identificar um conceito do princípio da eficiência²⁰⁸ para grande parte da doutrina nacional, com raras exceções²⁰⁹. Este conceito engloba duas dimensões do agir estatal qualificado como eficiente: (i) a da racionalidade e otimização no uso dos meios (eficiência como meio) e (ii) a da satisfatoriedade dos resultados da atividade pública (eficiência como resultado)²¹⁰⁻²¹¹.

²⁰⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello (que apenas trazia os estudos sobre o princípio da boa-administração), Alice Gonzalez Borges (para quem o princípio da eficiência está ligado à filosofia da Administração Gerencial), entre outros.

²⁰⁶ Neste grupo, pode-se citar Paulo Modesto, Vera Monteiro, entre outros.

²⁰⁷ MODESTO, Paulo. “Notas para um debate sobre princípio da eficiência”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 31, São Paulo, 2000, p. 49.

²⁰⁸ Segundo Paulo MODESTO, “pode-se definir o princípio da eficiência como a exigência jurídica, imposta à Administração e àqueles que lhe façam as vezes ou simplesmente recebem recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhes forem confiadas por lei ou por ato ou contrato de direito público” (“Notas para um debate sobre princípio da eficiência”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 31, São Paulo, 2000, p. 55).

²⁰⁹ Referência é feita ao posicionamento de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO que consignou que “[q]uanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se evidentemente de algo muito mais que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto” (*Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 111/112).

²¹⁰ MODESTO, Paulo. “Notas para um debate sobre princípio da eficiência”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 31, São Paulo, 2000, p. 54. Há quem defenda que a eficiência deva ser considerada um dos pressupostos de validade objetivo do ato administrativo, ao lado do motivo e dos requisitos procedimentais.

A primeira dimensão está ligada ao princípio da economicidade, também positivado no direito brasileiro, segundo o qual o administrador público deve maximizar os recursos na obtenção dos resultados previstos²¹². Nessa dimensão, fala-se em “dever de selecionar e utilizar criteriosamente os melhores meios a serem empregados no cumprimento das atividades necessárias à boa administração, voltada ao atingimento de sua finalidade legal e, em última análise, do interesse público”²¹³. Assim, a eficiência como um controle de meios está relacionada à legalidade, à moralidade e, sobretudo, à legitimidade. O tema da legitimidade será aprofundado no capítulo seguinte.

A segunda dimensão cuida da eficiência como qualidade da ação administrativa que obtém resultados satisfatórios ou excelentes. Os resultados são medidos em relação aos objetivos pré-determinados pelos poderes institucionais competentes nas políticas públicas setoriais. Assim, eficiência “significa dever de desenvolver, verificar e fiscalizar a atividade administrativa exercida pela Administração, examinando-a do modo mais preciso e vinculado com as disposições normativas pertinentes”²¹⁴.

A respeito dessa dimensão, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO lembra que o princípio da eficiência é reforçado pelo conflito positivo que apresenta com o princípio da proporcionalidade. Também por força deste, tendo em vista seus elementos *adequação* e *necessidade*, não se poderia impor a adoção de meio inadequado ou desnecessariamente oneroso ao atendimento das finalidades legais, pelo simples apego a uma legalidade formal.

Sobre o assunto, ver CEREIJIDO, Juliano Henrique da Cruz (“O princípio constitucional da eficiência na administração pública”. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 226. São Paulo: Atlas, out./dez. 2001, p. 234).

²¹¹ Vale lembrar que, para a ciência da Administração, eficiência é restrita a uma utilização racional dos recursos disponíveis em termos de economicidade, enquanto que eficácia é a preocupação com o cumprimento de metas e resultados. Note-se que para os fins deste trabalho, eficiência e eficácia são consideradas sinônimos sob pena de se restringir demasiadamente o conceito de eficiência.

²¹² Sobre a relação entre o princípio da eficiência e da economicidade, ver BUGARIN, Paulo Soares (“Economicidade e eficiência: breves notas”. In: *Revista do TCU*, n. 101, ano 35, Brasília, jul./set., 2004, pp. 15/17).

²¹³ CEREIJIDO, Juliano Henrique da Cruz. “O princípio constitucional da eficiência na administração pública”. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 226. São Paulo: Atlas, out./dez. 2001, pp. 231/2.

²¹⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 195.

Deve-se impor uma legalidade material, cujo substrato se encontraria na eficiente e menos onerosa possível realização dos objetivos constitucionais que estiverem em jogo²¹⁵.

A decisão regulatória voltada à obtenção de resultados inúteis ou insatisfatórios é considerada uma das formas de contravenção mais comuns ao princípio. Exemplo de decisão ineficiente nesse sentido é a licitação voltada à aquisição de reator de energia que, além de ser obsoleto em relação aos demais modelos oferecidos pelo mercado, apresenta alto custo de manutenção e de poluição²¹⁶. Do ponto de vista da eficiência de resultado, note-se que para o Estado, os usuários e a sociedade em geral a decisão mostra-se ineficiente, contudo, para o mercado, pelo menos para o licitante vencedor, será eficiente. Nesse caso, deve prevalecer o primeiro critério de eficiência, pois este certamente estará de acordo com as políticas públicas (energéticas e ambientais) que embasam a decisão regulatória²¹⁷. Assim, é possível dizer que essa dimensão da eficiência também está relacionada com os princípios da legalidade e da finalidade, próprios dos atos administrativos.

A identificação de duas dimensões pode dar falsa impressão de que o princípio da eficiência estaria atendido caso uma delas fosse preenchida pelo Estado. Para o direito, contudo, não se trata de uma ou outra dimensão do princípio, porém de ambas conjugadas. Segundo PAULO MODESTO, “eficiência, para fins jurídicos, não é apenas o razoável ou correto aproveitamento dos recursos e meios disponíveis em função dos fins prezados, como é corrente entre os economistas e os administradores (...) para o jurista, diz respeito tanto à otimização dos meios quanto à qualidade do agir final”²¹⁸.

²¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. “O princípio da eficiência”. In: *Boletim de Direito Administrativo*, n. 3, São Paulo, março de 2005, p. 321.

²¹⁶ “O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do que se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público” (Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 82).

²¹⁷ A flexibilidade do princípio da eficiência é característica comum a todos os princípios.

²¹⁸ MODESTO, Paulo. “Notas para um debate sobre princípio da eficiência”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 31, São Paulo, 2000, p. 54.

O contrário seria estranho à ordem jurídica, pois o mandamento constitucional de eficiência é permeado por outros comandos que exigem do administrador, por consequência também do agente regulador, o atendimento do interesse público através de escolhas condizentes com os princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade (art. 36, *caput*, CF).

A corroborar essa conclusão, VERA MONTEIRO sintetiza que “[o] critério comumente adotado para identificação do conteúdo jurídico-semântico da eficiência relaciona-se ora com a avaliação dos meios e procedimentos de trabalho (o agir da Administração avaliada segundo o comportamento dos seus agentes no uso dos recursos públicos), ora com a avaliação dos fins (a atuação da Administração avaliada segundo os resultados finais obtidos pelos seus agentes)”²¹⁹.

No mesmo sentido, é o posicionamento de EGO BOCKMANN MOREIRA, para quem “o princípio da eficiência relaciona-se não apenas com a finalidade normativa, mas especialmente com o modo de execução de tal finalidade. Em um Estado Democrático de Direito não vale a regra do atingimento da eficácia a qualquer custo, mas é essencial que tal objetivo seja alcançado em respeito ao cidadão”²²⁰.

Voltando à eficiência no âmbito da *avaliação de impacto regulatório*, não há que se questionar quanto às semelhanças entre o princípio constitucional assim definido pelo constituinte derivado e preenchido pela doutrina publicista nacional e o conceito de eficiência utilizado por essa ferramenta. Vale lembrar que o conceito de eficiência por trás da *avaliação de impacto regulatório* corresponde à escolha de medidas regulatórias cujos benefícios, se não superem, pelo menos justifiquem os custos a serem incorridos pelo Estado, pelo mercado

²¹⁹ MONTEIRO, Vera. “As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência”. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (org.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, SBDP, 2006, p. 348.

²²⁰ MOREIRA, Egon Bockmann, *Processo Administrativo Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 195. No mesmo sentido, Alexandre Santos de ARAGÃO afirma: “a eficiência (...) não deve ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos” (“Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade”. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba [org.]. *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: ANVISA, 2009, pp. 31/32).

regulado, pelos usuários de bens e serviços desse mercado e pela sociedade em geral. A lógica de mensuração de custos e benefícios presente na análise econômica, uma das etapas da *AIR*, apresenta ligação com as dimensões apresentadas acima, na medida em que o procedimento administrativo previsto na realização da *AIR* orienta o agente regulador a aplicar, no caso concreto, o princípio constitucional da eficiência²²¹. Em outras palavras, por meio de métodos econômicos de quantificação e comparação, procura-se analisar em termos técnicos os possíveis e prováveis custos e os benefícios, garantindo maior precisão para apontar o que seria mais ou menos eficiente, tendo em vista os objetivos pretendidos.

Não restam dúvidas de que a *AIR* mostra-se em maior sintonia com a dimensão de eficiência como meio, uma vez que se comparam as alternativas possíveis para se escolher aquela menos custosa aos fins desejados pela política pública que dá fundamento de validade à medida regulatória a ser tomada. A eficiência como resultado, contudo, também é bastante latente no conceito sublinhado na apresentação da *avaliação de impacto regulatório* feita nos capítulos 2 e 3. A mensuração dos custos e dos benefícios, para a escolha mais eficiente dos meios, apenas é realizada com o intuito de se alcançar o resultado desejado. Caso os resultados pretendidos quando da avaliação *ex ante* não se verifiquem no decorrer da implementação da decisão, fala-se em uma falha na avaliação anterior. Opera-se uma nova *AIR*, dessa vez considerando os efeitos e impactos não contabilizados outrora, para a consequente correção da medida regulatória (*ex post*).

Nesse sentido, vale introduzir desde já ideia que será desenvolvida com mais detalhe nos capítulos seguintes: a relação entre a eficiência e os mecanismos de controle da administração pública. As dimensões do princípio da eficiência e sobretudo a sua aplicação por meio da *avaliação de impacto regulatório* evidenciam aspectos que auxiliam na fiscalização das atividades dos entes reguladores. Cada uma das etapas da *AIR* torna transparente a vontade do agente regulador, facilitando sobremaneira o seu controle (diga-se, não só da eficiência econômica) pelos órgãos de controle, pelo mercado e pela sociedade civil.

²²¹ A ideia de que o processo administrativo orienta o tomador de decisão administrativa está presente no artigo “As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência”, de Vera MONTEIRO (In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (org.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, SBDP, 2006, pp. 342/363).

O controle das demais exigências impostas à administração pública como transparência, legalidade²²², finalidade e moralidade pública, é auxiliado pela *avaliação de impacto regulatório*, tornando-se mais efetivo. Em outras palavras, a partir da realização da AIR pelo agente regulador, o Tribunal de Contas, o Judiciário, os poderes institucionais e a sociedade civil terão um meio de fiscalizar se os objetivos esperados foram alcançados, se foram utilizados os meios mais eficazes e se a moral pública foi preservada, evitando a ocorrência de possíveis violações aos princípios aplicáveis à administração pública.

Por último, é imprescindível assinalar questão essencial para o debate acerca do princípio da eficiência no direito administrativo brasileiro relacionada à discricionariedade administrativa, apesar de não ser este o tema abordado aqui. Para os fins do presente trabalho convém assinalar, apenas, que para a realização de cada uma das etapas da *avaliação de impacto regulatório* e, por consequência, a aplicação do princípio da eficiência no caso concreto (sobretudo os métodos de análise econômica), parte-se do pressuposto de que várias são as alternativas regulatórias em exame, tal como apresentado nos capítulos anteriores. Assim, deve-se sopesar, dentre as várias decisões vislumbradas no início, qual delas é a mais eficiente.

Note-se que desse exercício resulta a redução do grau de discricionariedade conferida ao agente regulador. Se a política pública conferiu amplo grau de discricionariedade para tomar decisões relacionadas a temas pertinentes ao setor, o próprio ordenamento jurídico se preocupou em delimitá-la e, a depender da ocasião, restringi-la ao mínimo possível aproximando a decisão regulatória dos atos vinculados. Não é demais lembrar que essa suposta vinculação da decisão regulatória apenas se verifica por força do rigor com que se aplica o princípio da eficiência²²³. Com a aplicação por meio da *avaliação de impacto*

²²² Em resposta a possível choque entre o princípio da legalidade e o princípio da eficiência, Alexandre Santos de ARAGÃO concluiu que “o princípio da eficiência de forma alguma visa mitigar ou ponderar o princípio da legalidade, mas, sim, a embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados –, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata” (“O princípio da eficiência”. In: *Boletim de Direito Administrativo*, n. 3, São Paulo, março de 2005, p. 321).

²²³ Note-se que essa redução de discricionariedade pode ser verificada mesmo sem a adoção da *avaliação de impacto regulatório*, mas de qualquer outra técnica que apresente a mesma característica de orientação à aplicação rigorosa do princípio da eficiência. Ademais, outros princípios da administração pública também são responsáveis por essa redução do grau de discricionariedade, por exemplo, o princípio da motivação, da publicidade e do devido processo legal administrativo.

regulatório, torna-se mais criteriosa a escolha, logo, mais próxima de uma decisão vinculada²²⁴.

Por ora e para os fins deste trabalho, importa concluir que a *avaliação de impacto regulatório* é um mecanismo que reduz o grau de discricionariedade do agente regulador, por meio de um processo administrativo que orienta a aplicação do princípio da eficiência. Isso, por consequência, facilita o controle das decisões regulatórias pelos organismos competentes. Nos próximos capítulos serão abordados os controles realizados pela sociedade civil, pelo Poder Legislativo (excluída a figura do Tribunal de Contas) e pelo Poder Executivo²²⁵.

4.3. Um dos fundamentos jurídicos da *avaliação de impacto regulatório* no ordenamento brasileiro: o princípio da eficiência

Verificada a compatibilidade do conceito de eficiência da *avaliação de impacto regulatório* com o princípio constitucional do *caput* do art. 37, é preciso analisar se o dispositivo constitucional autoriza a adoção dessa ferramenta de imediato no ordenamento jurídico nacional, isto é, sem qualquer adaptação constitucional ou legal para tanto.

Em razão do seu ineditismo no cenário brasileiro, é possível, à primeira vista, imaginar a necessidade de novo veículo constitucional ou legal autorizando-a. Contudo, a lógica por trás da *avaliação de impacto regulatório* está assentada na ordem constitucional pelos princípios da administração pública, aqui representados pelo princípio da eficiência. Antes mesmo da constitucionalização desse princípio, era possível sustentar a adoção da *AIR* com base em outro princípio, o da boa-administração.

²²⁴ Esse tema foi sintetizado por Mateus Piva ADAMI, para quem “a eficiência é um princípio constitucional expresso, por esse motivo deve ser considerado como um critério de identificação da melhor alternativa durante o desempenho da função administrativa. É dizer, não há como sustentar que a observância ou não desse princípio constitui um „indiferente jurídico. Trata-se de uma constatação que reforça a aplicação da eficiência como um critério condicionante da atividade administrativa. Assim, o afastamento do controle judicial com base no conceito de discricionariedade técnico-política é possível quando a opção técnica resultante do processo de escolha seja indiferente ao direito. No caso da aplicação ao princípio da eficiência, isso significa que a relação entre custos e benefícios de duas soluções deva ser equivalente, o que justificaria a livre opção, sob essa ótica, por uma ou outra, sem a possibilidade de revisão” (“A discricionariedade administrativa em face do princípio da eficiência”, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto. São Paulo, 2007, p. 56).

²²⁵ Mais uma vez, a exclusão da análise do controle realizado pelo Poder Judiciário justifica-se em razão do tema. Vale, contudo, mencionar que este controle apresenta importância fundamental para a consolidação do Estado regulador brasileiro.

Além do próprio *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, alterado pela referida Emenda 19/98, é possível encontrar verdadeira base constitucional para o princípio da eficiência que corrobora a exigência de o Estado regulador ser a um só tempo maximizador dos recursos e promotor do interesse público. Nem poderia se sustentar o contrário, nada menos que isso se espera do Estado regulador brasileiro.

A corroborar a opinião acima, o artigo 74, II, do texto original da Constituição Federal, estabelece que “os *Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário* manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de (...) avaliar os resultados, quanto à *eficácia e eficiência*, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”²²⁶. A partir desse dispositivo, o texto constitucional original determina com clareza a obrigação de avaliação de resultados da administração pública federal a partir de critérios de eficiência e eficácia, de forma que autoriza indubitavelmente a adoção da *avaliação de impacto regulatório* pelo Estado brasileiro.

A Constituição Federal sequer restringe essa obrigação a um dos poderes institucionais, o que poderia ter sido. Note-se que poderia ter sido designada essa competência somente ao Poder Legislativo, o qual, nessa hipótese, seria o único autorizado a fiscalizar as atividades da administração pública. O artigo 70, insculpe esse raciocínio, ao apontar o Congresso Nacional como agente fiscalizador externo da legitimidade e economicidade das atividades da administração pública federal, sem esquecer “o sistema de controle interno de cada poder” institucional, no final do *caput*²²⁷. Assim, sem restringir a fiscalização da aplicação do princípio da eficiência ao Poder Legislativo, pode o próprio Poder Executivo ser responsável pela realização da *avaliação de impacto regulatório*. Esse tema de controle político por meio dessa ferramenta será analisado com mais detalhes no capítulo 6 e a iniciativa do Poder Executivo fazer uso dessa ferramenta será abordada no capítulo 7.

²²⁶ Além disso, a Constituição prevê que constatada “qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária” (art. 74, §1º).

²²⁷ “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

É inegável, contudo, ignorar que o Poder Legislativo, por meio do Tribunal de Contas, apresenta extenso rol de competências constitucionais para exercer o controle externo dos atos da administração e, por consequência, das atividades dos agentes reguladores. O artigo 71 enumera as várias facetas com que a eficiência administrativa pode se manifestar, desde diversas questões de economicidade dos gastos públicos até o exame da legalidade dos atos praticados tendo em vista a eficiência da administração²²⁸. No exercício de suas competências, o Tribunal de Contas da União tem se esforçado em exercer atividade bastante próxima à *AIR*, conforme abordado no capítulo 2.

Não se pode esquecer de mencionar a Lei 9.784/99 que regula o processo administrativo no âmbito da administração federal. Logo em seu artigo 2º está a imposição à obediência do princípio da eficiência pela administração pública. Observa-se que para esta lei fica claro que processo administrativo é entendido como o veículo da manifestação da atuação administrativa. Do contrário o princípio da eficiência seria aplicável apenas em questões referentes à duração razoável do processo ou ao prazo para a comunicação e produção dos atos, tema importante para o processo judicial e a morosidade do Poder Judiciário em processar e julgar os litígios, porém estranho ao objeto desse trabalho.

Desse modo, não restam dúvidas de que o princípio constitucional da eficiência e a lei de processo administrativo federal conferem fundamento jurídico para a adoção da *avaliação de impacto regulatório* pelo Estado regulador²²⁹. Diante dessa autorização presente no ordenamento jurídico, repita-se sem qualquer restrição ao sujeito responsável por realizá-la, resta saber se ela tem a capacidade de tornar esse Estado mais eficiente.

Contudo, o fundamento jurídico para a adoção da *avaliação de impacto regulatório* não deve se restringir ao princípio da eficiência, apesar de esse ter sido o ângulo escolhido aqui. Os princípios constitucionais do direito administrativo brasileiro não apenas confirmam, mas exigem a adoção de procedimento administrativo para a tomada de decisões no âmbito da

²²⁸ Entende-se que o exame de legalidade estaria previsto implicitamente na maioria dos incisos do artigo 71, da CF/88 e, principalmente, no inciso VIII, ao possibilitar a aplicação de sanções aos responsáveis “em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas”.

²²⁹ Cumpre ainda assinalar que além do princípio da eficiência, conforme o argumento a ser desenvolvido nos próximos capítulos, serão apresentados outros fundamentos que também exigiriam a adoção da *avaliação de impacto regulatório* pelo Estado brasileiro.

administração pública com as características e as etapas enumeradas para essa ferramenta. Desse modo, o princípio da motivação pode ser considerado como fundamento jurídico para que o agente regulador justifique seus atos, “apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada”²³⁰. Igualmente, seria o caso do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, da segurança jurídica, da legalidade, da transparência, do devido processo legal e da ampla defesa, da impessoalidade, da proporcionalidade, da razoabilidade, da finalidade²³¹.

4.4. Conclusão parcial: a adoção da *avaliação de impacto regulatório* tornaria o Estado brasileiro mais eficiente?

Por fim, cumpre verificar se esse mesmo princípio constitucional que autoriza a adoção da *avaliação de impacto regulatório* pode, por meio dela, tornar-se mais efetivo caso esse instrumento seja utilizado para orientar o processo de tomada da decisão regulatória. Não se está querendo afirmar que essa seria a única forma de conferir efetividade ao mandamento constitucional. Por óbvio, como espécie de mandamento nuclear do ordenamento²³², a efetividade do princípio da eficiência não se resumiria à adoção de apenas um instrumento em um dos “anéis burocráticos” estatais. Além do fato de os entes reguladores serem uma pequena porção da máquina estatal, ainda que bastante significativa para o Estado regulador, a eficiência como princípio tem o condão de irradiar diversos comandos para os agentes estatais, que fogem do objeto deste trabalho. Acreditar no contrário seria simplista. Assim, procura-se verificar se a adoção da *avaliação de impacto regulatório* pode contribuir para conferir efetividade ao princípio constitucional da eficiência.

²³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 102. É possível identificar nos debates travados entre prestadores de serviços e os agentes reguladores que esse princípio tem sido utilizado para exigir maior transparência das atividades regulatórias e com isso verificar o atendimento aos demais princípios constitucionais da administração pública.

²³¹ A análise de cada um dos princípios constitucionais do direito administrativo como fundamento jurídico para a adoção da *avaliação de impacto regulatório* é tema instigante a ser explorado em outra oportunidade.

²³² A definição de princípio aqui utilizada é aquela sugerida por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO: “é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” (*Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 841/2).

Verificou-se nas seções anteriores deste capítulo que, ao se referir à eficiência no âmbito jurídico, o texto constitucional remete o intérprete a um conjunto de elementos próprios da economia que, como tal, influencia o sistema jurídico. Não é custoso observar que a própria Emenda Constitucional 19/98 foi elaborada em meio à reforma do Estado brasileiro. Sem negar suas origens e atributos econômicos, é importante também realizar exercício de ponderação a respeito da sua utilização no sistema jurídico, afinal a eficiência não pode ser considerada apenas um conceito econômico constitucionalizado. O direito a ela atribui conceito peculiar e diverso do econômico.

Conforme demonstrado nos capítulos 2 e 3 e corroborado nas seções anteriores deste capítulo, não restam dúvidas de que a *avaliação de impacto regulatório*, incluídos seus métodos de análise econômica, apresenta fundamental papel para o processo de tomada de

Sistema Federal de Viação (Lei 10.233/01), o de promover o desenvolvimento social e econômico²³⁶. Em outros setores esse viés social, apesar de menos evidente, pode ser verificado a partir de mecanismos de acesso aos serviços públicos dos usuários de baixa renda, como ocorre nos setores de energia elétrica e saneamento.

Nesse contexto, volta à tona a crítica de BALDWIN e CAVE introduzida no capítulo anterior segundo a qual a análise de custo-benefício, assim como qualquer outra análise econômica, não poderia ajudar o regulador a atender a objetivos de justiça social. Segundo eles, esses métodos tendem a assumir que a atual distribuição de renda é aceitável e que a atividade regulatória teria um papel insignificante nessa área. De fato, a partir de uma leitura econômica do direito, o conteúdo de eficiência estatal engloba a ideia de que não é possível acrescentar a situação benéfica de uma pessoa (utilidade) sem reduzir aquela de outra, mostrando-se extremamente limitado diante dos objetivos reservados ao Estado brasileiro pela Constituição Federal. Ou a análise econômica é realizada com base em premissas de justiça social, ou a *avaliação de impacto regulatório* perde seu potencial de imprimir eficiência (desta vez não mais numa concepção puramente econômica) ao Estado, neste último caso estar-se-á também colocando em risco mandamentos constitucionais ainda mais importantes²³⁷. Por óbvio, prefere-se a primeira alternativa, pois dessa forma será possível explorar o potencial de essa ferramenta garantir um Estado regulador eficiente do ponto de vista econômico e do ponto de vista sociodemocrático (*i.e.* alinhado às exigências constitucionais).

137/160 e COUTINHO, Diogo Rosenthal, “Regulação e Redistribuição: a experiência brasileira de universalização das telecomunicações”, tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor José Eduardo Faria, São Paulo, maio de 2003).

²³⁶ Cf. art. 4º e ss. da Lei 10.233/01.

²³⁷ “Since economics yields no answer to the question of whether the existing distribution of income and wealth is good or bad, just or unjust (although it may be able to tell us a great deal about costs of altering the existing distribution, as well as about the distributive consequences of various policies), **neither does it answer the ultimate question of whether an efficient allocation of resources would be socially or ethically desirable.** Nor can the economist tell us, assuming the existing distribution of income and wealth is just, whether consumer satisfaction should be the dominant value of society. Thus, the economist’s competence in a discussion of the legal system is limited. **He can predict the effect of legal rules and arrangements on value and efficiency, in their strict technical senses, and on the existing distribution of income and wealth, but he cannot issue mandatory prescriptions for social change**” (POSNER, Richard. “Economic Analysis of Law”. Little, Brown and Company: Boston, Toronto, 3rd edition, p. 14).

Com isso, reconhece-se que a leitura estritamente econômica do princípio da eficiência é necessária, porém não se mostra suficiente no contexto brasileiro, para não dizer no contexto de qualquer Estado Social Democrático de Direito²³⁸. Para uma leitura mais completa da eficiência e do princípio da eficiência é preciso considerar os princípios republicano e democrático como outros dois pilares para a condução do poder público e, assim, justificar a adoção da *avaliação de impacto regulatório*. Dessa forma, serão abordadas nos próximos capítulos, ainda, outras facetas do princípio da eficiência igualmente importantes para o Estado Democrático de Direito²³⁹⁻²⁴⁰.

Tendo adicionado outros aspectos além daqueles econômicos, a eficiência passa a fazer parte do rol de argumentos a favor da adoção da *avaliação de impacto regulatório* enumerados no capítulo 2. A figura 3a passaria a englobar a eficiência como um elemento positivo para todos os grupos, os poderes institucionais, as agências reguladoras e a sociedade civil. Esse ponto será retomado no capítulo 6, na conclusão parcial sobre o tema.

²³⁸ “... para definir juridicamente o Estado brasileiro de hoje – não só ele: a maioria dos Estados civilizados – basta construir a noção de *Estado Social e Democrático de Direito*, agregando-se aos elementos ainda há pouco indicados [os elementos do Estado Democrático de Direito] a imposição, ao Estado, do dever de atingir objetivos sociais, e a atribuição, aos indivíduos, do correlato direito de exigí-lo” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed., 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 56).

²³⁹ Sob outro ângulo, “a mera juridicidade da atuação estatal como elemento de legitimação se tornou insatisfatória a partir do momento em que começou também a ser exigida a obtenção de resultados. Não se condiciona mais suficiente que os governantes não violem a lei: exige-se deles a redução do desemprego, o crescimento econômico, o combate à pobreza, solução para os problemas de habitação e saúde. A discussão sempre se coloca em relação a quais são as políticas mais adequadas para atingir estes fins, mas não há dúvidas de que a lei deixou de ser apenas um meio para impedir a arbitrariedade para se converter em ponto de partida para um série de atividades nas quais há uma maior margem de delegação e de discricionariedade e um crescente espaço para a técnica” (Enrique GROISMAN *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. “O princípio da eficiência”. In: *Boletim de Direito Administrativo*, n. 3, São Paulo, março de 2005, p. 320).

²⁴⁰ Outra forma de responder à insuficiência da definição econômica de eficiência é apresentada por Cristiane DERANI: “A eficiência da administração pública é medida pelo estabelecimento de um Estado de direito responsável pela concretização do interesse coletivo, com a supressão da miséria, da exploração, da desigualdade das condições sociais. Um Estado que, atuando junto ao mercado, seja capaz de restaurar um modelo de consumo e de produção mais compromissado com as exigências de longo prazo, como a conservação ambiental, a solução de problemas coletivos fundamentais para a construção da coesão social, especialmente em educação” (*Privatização e Serviço Público: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 150).

CAPÍTULO 5

A AVALIAÇÃO DE IMPACTO REGULATÓRIO E O DÉFICIT DEMOCRÁTICO DO ESTADO REGULADOR

No capítulo anterior, verificou-se que o princípio constitucional da eficiência não só autoriza a adoção da *avaliação de impacto regulatório*, mas também envolve discussão acerca de outras leituras da eficiência estatal que não se restringe àquela estritamente econômica. Sendo o Brasil um Estado Social Democrático de Direito²⁴¹, não se pode esquecer de adaptar a leitura exclusivamente econômica deste princípio constitucional às exigências sociais e democráticas impostas ao Estado regulador.

A partir dessa conclusão, neste capítulo e no seguinte será desenvolvido o argumento segundo o qual a eficiência desse modelo estatal deve também implicar na redução do seu déficit democrático. Democracia, neste primeiro momento, será entendida como a regra da maioria voltada para a escolha dos representantes do povo, que exercem o poder político²⁴².

Para tanto, cumpre voltar ao conceito de *avaliação de impacto regulatório* proposto ainda no capítulo 2. Concluiu-se naquela oportunidade que nesta ferramenta de controle estavam englobados tanto mecanismos de legitimação democrática quanto de responsabilização do Estado regulador²⁴³. A partir desses aspectos será apontado, a seguir, como a AIR poderá contribuir para explorar outra abordagem do princípio democrático e, conseqüentemente, do princípio da eficiência. Vale lembrar que aspectos de controle e relacionamento interpoderes serão tratados no capítulo seguinte.

²⁴¹ Preâmbulo da Constituição Federal de 1988: “[n]ós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. No mesmo sentido, conferir os artigos 1º, 2º e seguintes.

²⁴² Art. 2º da CF/88: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

²⁴³ De acordo com Eric A. POSNER, a maior importância da adoção de uma análise de custo-benefício não é eficiência, mas o controle crescente sobre as agências (“Controlling agencies with cost-benefit analysis: a positive political theory on perspective”. In: *University of Chicago Law Review*, v. 68, 2001, p. 1137).

5.1. Uma possível tradução de *accountability* para o português

Pretende-se nessa seção propor uma tradução de *accountability*, expressão emprestada da língua inglesa que não apresenta sinônimo em português. Até o presente momento, *accountability* havia sido utilizada ao longo do texto para englobar dois elementos presentes na *avaliação de impacto regulatório*: legitimidade e responsabilização. Não é coincidência que legitimidade e responsabilização das atividades regulatórias são qualidades bastante desejáveis ao Estado regulador, razão pela qual nas próximas seções serão abordadas separadamente e em detalhe.

5.1.1. Algumas acepções de legitimidade

Em geral cada autor utiliza seu próprio significado de legitimidade. Para facilitar a compreensão e evolução do entendimento de legitimidade, sobretudo do Estado regulador, convém identificar três acepções de legitimidade que interessam para o presente debate. São elas: legitimidade de origem, legitimidade procedimental e legitimidade substantiva²⁴⁴.

A primeira delas parte da premissa segundo a qual “[a] noção de Estado Democrático de Direito está associada à de participação popular no exercício do poder político, concretizada de forma direta ou indireta”²⁴⁵ e que “[a] legitimidade das normas elaboradas pelos integrantes do Poder Legislativo decorre principalmente do fato de terem eles sido eleitos pelo povo e serem seus representantes”²⁴⁶. Assim, “mesmo o papel de destaque conferido à lei, a partir de uma interpretação clássica do princípio da legalidade, advém do caráter de legitimidade atribuído ao Poder Legislativo, órgão responsável pela emanção de tal diploma normativo”²⁴⁷.

²⁴⁴ É possível ainda apontar a legitimidade no âmbito nacional e internacional apresentada por Claudio M. RADAELLI em “Does regulatory impact assessment make institution think?”, artigo apresentado na conferência *Governing the European Union: policy instruments in a multi-level polity*, Paris, 2007, p. 24.

²⁴⁵ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 130.

²⁴⁶ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 130.

²⁴⁷ Leila CUÉLLAR continua: “Já as agências reguladoras brasileiras têm seus órgãos de direção integrados não por representantes do povo, por ele escolhidos, mas por pessoas indicadas pelo Chefe do Executivo (apesar de que, à semelhança dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Presidente do BACEN, por exemplo, seus diretores devem ser aprovados pelo Senado Federal). Assim considerando a composição das agências reguladoras brasileiras (em que está ausente a representação democrática direta) e a previsão expressa nas leis que as criaram de que elas detêm poder para expedir normas jurídicas, cumpre indagar se, frente ao princípio democrático, a

A acepção atrelada à *origem* se justifica em razão da figura estatal como fonte de poder e apaziguadora dos anseios sociais. A definição presente no verbete “legitimidade” do Dicionário de Política corrobora esse entendimento: “podemos definir legitimidade como sendo um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. *A crença na Legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de*

248

O modelo majoritário, todavia, não é mais o único possível. Conforme introduzido no capítulo 1, o pluralismo e a difusão do poder caracterizam o Estado regulador. Nesse contexto, não se pode mais admitir o apoio na legitimidade democrática da origem para justificar o poder conferido pelos agentes reguladores. Como consequência, tem-se presenciado uma constante exigência por uma legitimidade que decorra diretamente dos agentes reguladores²⁴⁹. Soma-se a isso o fato de haver evidências de que o grau de adequação (*compliance*) dos indivíduos submetidos à regulação varia significativamente de acordo com a legitimidade de cada um dos regimes²⁵⁰. Dessa forma, como explicar o poder dos agentes reguladores estatais sem que essa justificativa utilize como base a legitimidade de origem da democracia representativa?

atuação normativa dos entes reguladores seria legítima” (*As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 130).

²⁴⁸ LEVI, Lucio. “Legitimidade”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale [et al.]; coordenação da tradução João Ferreira; revisão geral Jaó Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Caiscais, 5ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, pp. 675.

²⁴⁹ “O Estado regulador é caracterizado pelo pluralismo, pela difusão do poder e por extensa delegação de tarefas a instituições não-majoritárias, como as agências ou as comissões independentes. Ao pressupor que o único padrão da legitimidade democrática é a responsabilidade direta para com os eleitores ou para com o governo que expresse a maioria parlamentar do momento, então, um Estado de tribunais e de especialistas tecnocráticos obviamente estaria sofrendo de um déficit democrático” (MAJONE, Giandomenico. “Do Estado Positivo ao Estado Regulador”. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Editora Singular, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, 2006, p. 76).

²⁵⁰ A esse respeito, Julia BLACK acrescenta: “Distinguishing state from non-state regulators in this context does not mean that state based regulators are always perceived as legitimate, and compliance is necessarily forthcoming (or indeed that state is always absent in polycentric regimes). Research into compliance with state based regulatory requirements show that how people respond to regulatory regimes can depend significantly on their perceptions of the legitimacy of those regimes and the particular regulator in question” (“Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes”. In: *Regulation & Governance*, v. 2. Jerusalém: Wiley-Blackwell, 2008, p. 148).

Outro aspecto que torna essa questão ainda mais complexa é o fato de existirem regimes regulatórios fora do domínio do poder estatal²⁵¹. Esses regimes regulatórios não apresentam no direito fundamento para o cumprimento das regras estabelecidas e nem encontram na estrutura do Estado qualquer veículo para sua legitimação (*e.g.* controle judicial das decisões regulatórias, mecanismos de participação democráticos e controle pelo Poder Legislativo via Tribunal de Contas, etc.)²⁵². Assim, a mesma pergunta colocada no parágrafo anterior volta com outra roupagem: o que justificaria então o poder dos agentes reguladores?²⁵³ Passa-se à análise das outras duas acepções de legitimidade na tentativa de responder à pergunta.

GIANDOMENICO MAJONE, ao rebater as críticas acerca do déficit democrático dos agentes reguladores, apresentou as outras duas dimensões da legitimidade (procedimental e substancial) que serão abordadas aqui.

A legitimidade procedimental “implica, entre outras coisas, que as agências são criadas por leis democraticamente promulgadas que definem a autoridade legal e os objetivos das agências; que os reguladores são nomeados por funcionários eleitos; que a tomada de decisões em matéria regulatória obedece a regras formais que muitas vezes exigem a participação pública; finalmente que as decisões das agências devem ser justificadas estando abertas ao escrutínio judicial”. O autor conclui afirmando que “[o] meio mais simples e básico de melhorar a transparência e a responsabilização das agências é exigir que os reguladores

²⁵¹ Para Julia BLACK, o conceito de regulação fora do Estado implica também numa variedade de centros dos quais é possível emanar a atividade regulatória: “Decentered and polycentric regulation are synonyms, but draw attention in different directions. „Decentered regulation draw attention away from the state – it denies that there is necessarily a central role for the state in regulation and seeks to draw attention from it; „polycentric regulation is a term which acts more positively to draw attention to the multiples sites in which regulation occurs at sub-national, national and transnational levels” (“Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes”. In: *Regulation & Governance*, v. 2. Jerusalém: Wiley-Blackwell, 2008, p. 140).

²⁵² Ao se voltar à análise dos regimes regulatórios descentralizados e multicêntricos, Julia BLACK estuda como ocorre a construção da legitimidade desses regimes. Para a autora, legitimidade é a credibilidade e aceitação social. Julia BLACK ainda afirma que a legitimidade não deve ser pensada como uma questão de validade legal, pois para algumas instituições reconhecer a validade legal pode ser insignificante ou, às vezes, improdutivo. (cf. BLACK, Julia. “Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes”. In: *Regulation & Governance*, v. 2. Jerusalém: Wiley-Blackwell, 2008, p. 145)

²⁵³ Sem restringir sua análise aos regimes regulatórios não-estatais, a autora inglesa afirma que seus argumentos são aplicáveis a todos os agentes reguladores (*i.e.* estatal, não-estatal ou ainda qualquer organização para a qual seja necessário algum tipo de legitimidade e responsabilização, ou que deseje desenvolver sua própria legitimidade). Ela afirma: “Accountability and legitimacy concerns are of course not confined to regulators or quase-regulators but extend to those who in much broader terms are seen as exercising significant amounts of Power over those both inside and outside organizations, including for profit corporations” (BLACK, Julia. “Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes”. In: *Regulation & Governance*, v. 2. Jerusalém: Wiley-Blackwell, 2008, p. 141).

fundamentem suas decisões. Isto porque a exigência de tal fundamentação ativa um número de outros mecanismos para controlar o critério regulador, tais como o exame judicial, a participação e a deliberação públicas, o exame pelos pares, a análise de políticas para justificar prioridades regulatórias, e assim por diante”²⁵⁴.

Na literatura, um conjunto de pensadores e juristas já apontou o procedimento como condição legitimadora da atividade estatal e dos agentes reguladores²⁵⁵. Analisando o exercício do poder estatal, ODETE MEDAUAR afirma que “a imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve encontrar expressão em termos de paridade e imparcialidade, no processo pré-constituído. Daí a importância dos momentos de formação da decisão como legitimação do poder em concreto, pois os dados do problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído”²⁵⁶. No mesmo sentido, idealmente, por meio do procedimento administrativo, para EGON BOCKMANN MOREIRA, é possível “a atenuação do déficit democrático, através de um procedimento no qual haveria a participação pública”²⁵⁷. A seguir será examinado como essa participação democrática ocorre e sua importância para a redução do déficit democrático. Por ora, convém analisar a segunda acepção de legitimidade proposta por GIANDOMENICO MAJONE e a terceira dessa exposição.

²⁵⁴ MAJONE, Giandomenico. “Do Estado Positivo ao Estado Regulador”. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Editora Singular, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, 2006, p. 77.

²⁵⁵ Não se pode deixar de referir a teoria de Niklas LUHMANN, para quem as formas antigas de consenso e de confirmação popular das decisões precisam ser ultrapassadas diante do aumento da complexidade da vida em sociedade (cf. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UNB, 1980).

²⁵⁶ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 70.

²⁵⁷ Para esse autor, na prática a procedimentalização em países como o Brasil tem se prestado à institucionalização da teoria da captura (cf. MOREIRA, Egon Bockmann “Pode-se legitimar a agência pelo procedimento?”. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo (coord.). “Há um déficit democrático nas agências reguladoras?”, *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 2, n. 5, jan/mar., 2004, p. 167. No mesmo sentido, MONTEIRO, Vera (“As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência”. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (org.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, SBDP, 2006, p. 359).

A *legitimidade substantiva* surge da capacidade das instituições de gerar e manter a crença de que elas são as mais apropriadas para exercer as funções a elas confiadas. Alguns critérios relevantes para essa legitimidade são: “consistência em matérias políticas; o reconhecimento específico e a habilidade de solucionar problemas dos reguladores; sua capacidade de proteger interesses difusos; o profissionalismo; e, o que é mais importante, uma definição clara dos objetivos da agência e dos limites dentro dos quais espera-se que esta opere”²⁵⁸ Ou seja, fala-se em legitimidade derivada não de processos eletivos, mas da consecução dos objetivos indicados pelo representante democraticamente eleito²⁵⁹, uma legitimidade do exercício²⁶⁰.

Como a legitimidade de origem não se mostra mais compatível com o modelo de Estado adotado – pois a regulação estatal implica no exercício de poder por agentes reguladores não majoritários – é preciso buscar no procedimento e no resultado a legitimidade necessária para a atividade regulatória estatal.

5.1.2. Legitimidade e responsabilização: por um Estado regulador mais eficiente

Considerando as acepções de legitimidade apresentadas por GIANDOMENICO MAJONE, cumpre analisar com mais vagar cada uma delas e como a sua reunião pode contribuir para tornar o Estado regulador mais eficiente do ponto de vista do princípio democrático.

A respeito da legitimidade procedimental, é necessário tomar cuidado para que ela não corra o risco de ser mal compreendida. É sabido que “no Brasil, há poucas previsões de participação nas decisões e não há preocupação com a efetividade da participação nas decisões, mas com a proteção do usuário pela agência, o que decorre da idéia de formação do Estado no Brasil como protetor da sociedade. A situação no Brasil é a de que o membro da sociedade não participa efetivamente da elaboração das normas das agências e, após a

²⁵⁸ MAJONE, Giandomenico. “Do Estado Positivo ao Estado Regulador”. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Editora Singular, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, 2006, p. 77.

²⁵⁹ LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. “O enraizamento da regulação de qualidade: fazer as perguntas difíceis é a resposta”. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (org.). *O desafio da regulação no Brasil*. Brasília: ENAP, 2006, p. 28.

²⁶⁰ “A legitimidade democrática da origem não basta para justificar o poder público. Também é imprescindível a legitimidade do exercício” (Antonio Martínez MARIN *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. “O princípio da eficiência”. In: *Boletim de Direito Administrativo*, n. 3, São Paulo, março de 2005, p. 320).

expedição da norma, busca o Estado, por meio do Poder Judiciário, para socorrê-lo contra o eventual arbítrio na formação da norma”²⁶¹.

Por isso, quando se fala em legitimação pelo procedimento imediatamente pensa-se em um procedimento administrativo que possibilite participação ao maior número possível dos administrados, quase como uma tentativa de regresso ao sistema da democracia participativa. Fala-se em uma teoria da participação administrativa²⁶² ou da existência de “um processo administrativo participativo como uma forma de democratizar as democracias participativas”²⁶³.

A ideia de que uma medida regulatória será efetiva se a totalidade dos administrados a aceitar sem dúvida parece ser irrefutável. Contudo, agregar mais participantes num processo que por essência é complexo torna-se uma tarefa bastante arriscada e por vezes ineficaz. PATRÍCIA BAPTISTA²⁶⁴ aponta para os riscos da participação dos cidadãos individualmente considerados:

“Na verdade, os cidadãos, individualmente considerados, esbarram em alguns obstáculos que dificultam a sua participação ativa nos procedimentos decisórios da Administração Pública. Em regra, falta ao homem comum uma compreensão integral dos problemas decorrentes da vida em sociedade e, em conseqüência disso, ele não se sente estimulado para participar da discussão e da solução de tais problemas. Além do mais, há, por parte dos cidadãos, um certo egoísmo inato, que os deixa geralmente preocupados apenas com a realização de seus próprios interesses individuais, somente se sentindo impelidos a participar quando alguns desses interesses são atingidos. E, finalmente, não se pode desprezar o empecilho

²⁶¹ FERREIRA, Cristiane Catarina de Oliveira. “Participação social na elaboração de normas das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte”, In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, p. 603.

²⁶² Cf. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119 e ss.

²⁶³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 78.

²⁶⁴ Em sua obra *Transformações do Direito Administrativo* (Rio de Janeiro: Renovar, 2003) a autora argumenta que com a maior participação no processo administrativo é possível diminuir o “déficit de legitimidade democrática” da administração pública. Apesar da visão crítica retratada aqui, não se pode concordar, no entanto, com a conclusão de que o aperfeiçoamento dos meios de controle da administração comprometeria o aumento da eficiência do aparelho burocrático. Esse é o argumento sustentado neste trabalho.

que representam os custos da participação administrativa, em termos de tempo, de recursos financeiros e de disposição para buscar informações. Todos esses fatores conjugados, em suma, minam a possibilidade de uma efetiva participação dos indivíduos na vida administrativa”.²⁶⁵⁻²⁶⁶

Nesse sentido, JULIA BLACK alerta que “[s]eria fácil postular uma aceção de procedimentalização que simplesmente envolvesse maior participação na formação de leis e políticas, na qual „democratização fosse tanto a técnica quanto a base da legitimação”²⁶⁷. Por fim, a autora ainda afirma que se não houver algum tipo de mediação, pode-se acabar numa torre de babel²⁶⁸.

Assim, ampliar o número de participantes ou o número de consultas não parece ser a solução. Nem sempre quanto mais participativo, mais democrático será o processo de tomada de decisão. Em 2005, o responsável pelo *Better Regulation Task Force* do Reino Unido reconheceu a existência de uma “fadiga de consultas” resultante da utilização excessiva dessa ferramenta de participação²⁶⁹. As técnicas de elaboração das consultas devem ser aprimoradas e a sua aplicação considerada apenas se as contribuições forem levadas em conta pelo agente regulador.

²⁶⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 162/163.

²⁶⁶ Nesse mesmo sentido foram as conclusões da pesquisa empírica realizada por Paulo Todescan Lessa MATTOS. Segundo este autor, após analisar as consultas e audiências públicas realizadas pela ANATEL entre 1997 e 2000, é possível observar o baixo grau de participação dos segmentos da sociedade civil estranhos às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações. (cf. “Agências reguladoras e democracia: participação pública e legitimidade”. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 182/230.

²⁶⁷ BLACK, Julia. “Procedimentalizando a regulação: parte I”. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Editora Singular, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, 2006, p. 155.

²⁶⁸ BLACK, Julia. “Procedimentalizando a regulação: parte I”. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Editora Singular, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, 2006, p. 185.

²⁶⁹ Segundo ele, essa “fadiga de consultas” poderia ser mitigada se as consultas fossem mais bem elaboradas (com objetivos definidos) e se os interessados pudessem ver suas contribuições apreciadas e acatadas. JACOBS, Scott. “Current trends in Regulatory Impact Analysis: the challenges of mainstreaming RIA into policy-making”, 2006, p. 18. (disponível em <http://www.regulatoryreform.com/pdfs/Current%20Trends%20and%20Processes%20in%20RIA%20-%20May%202006%20Jacobs%20and%20Associates.pdf>, último acesso em 26/10/2009)

Além disso, conforme será desenvolvido no próximo capítulo, a partir do momento em que se adota a *AIR*, ocorre a redução da assimetria de informação entre os agentes reguladores e os Poderes Legislativo e Executivo. Dessa forma, os efeitos da participação dos diversos participantes nesse procedimento mudam sensivelmente. Segundo ERIC A. POSNER, com a *AIR*, os grupos de interesse deixam de influenciar a formação da opinião dos Poderes Legislativo e Executivo sobre as atividades dos agentes reguladores, para apenas informá-los acerca da “localização do *status quo* da agência”²⁷⁰. Ou seja, a partir da intensidade da oposição (ou apoio) à proposta dos agentes reguladores, o Presidente da República ou o Congresso Nacional, no caso do sistema federal de regulação brasileiro, podem identificar se a atividade regulatória está tendente a ser mais ou menos restritiva à iniciativa privada.

Dessa forma, não é possível acreditar que a *avaliação de impacto regulatório*, por meio das etapas apresentadas anteriormente, possa recompor a ausência de todos os interessados na decisão regulatória. Talvez este seja um propósito bastante ambicioso para a complexa sociedade contemporânea. Em vez de propor solução tão gananciosa para o impasse apontado, prefere-se ressaltar que essa ferramenta proporciona mecanismos de participação mais eficientes que os existentes. Isso não decorre da possibilidade de maior participação dos administrados. Quanto a isso, verificou-se que maior número de participantes não necessariamente corresponde a um maior grau de democratização do Estado regulador. Faz-se referência sobretudo à *transparência* do processo de tomada de decisão regulatória e, conseqüentemente, à possibilidade de *responsabilização* dos agentes reguladores²⁷¹. A esses dois aspectos conjugados dá-se o nome de *accountability*²⁷².

²⁷⁰ POSNER, Eric A. “Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: a positive political theory perspective”, In: *University of Chicago Law Review*, v. 68, n. 4, fall, 2001, pp. 1168/9.

²⁷¹ Ainda partindo de uma visão relacionada à participação democrática, Egon Bockamnn MOREIRA introduz a ideia de controle por meio do procedimento administrativo que revelasse o processo de elaboração de normas das agências: “o que seria razoável seria um procedimento, uma elaboração normativa pelo que contasse com uma atividade mais pró-ativa das agências reguladoras, no sentido de que elas, as agências, instigassem a participação de órgãos de representação específicos, quem sabe até o Ministério Público, as associações de consumidores, sindicatos, e, por outro lado, que fosse possível, num segundo momento, um sistema de múltiplos controles, ou seja, controle quanto à substância de provimento, controle pelo Congresso Nacional, controle pela sociedade” (MOREIRA, Egon Bockamnn. “Pode-se legitimar a agência pelo procedimento?”. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo (coord.). “Há um déficit democrático nas agências reguladoras?”, *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 2, n. 5, jan/mar, 2004, p. 168).

²⁷² Da clássica distinção entre “vertical” e “horizontal” *accountability* proposta por Guillermo O DONNEL, a definição adotada aqui estaria incluída na segunda, na medida em que a “horizontal” *accountability* abrange núcleos de poder que tenham entre si graus de concorrência e equilíbrio (e.g. a existência de órgãos

A transparência e a responsabilização apresentam relação direta, pois a responsabilização do agente regulador implica em alto nível de exposição, transparência e controle²⁷³. Sendo o processo de tomada de decisão transparente, torna-se possível, se necessária, a responsabilização do Estado regulador. É bastante difícil – e, quando possível, restrita – a responsabilização dos agentes reguladores se não for conferida a devida publicidade às suas atividades. Um elemento depende do outro, e com esses dois elementos conjugados tem-se a *accountability*²⁷⁴.

Avançando nessa linha de raciocínio, JULIA BLACK afirma que para o agente regulador ser responsabilizado e transparente – portanto, *accountable* – precisa concordar em se submeter a relações de escrutínio externo. A respeito disso, a autora inglesa assinala dois aspectos importantes da *accountability* de um regime regulatório. O primeiro consiste em reconhecer que na relação entre os sujeitos envolvidos na regulação (o regulador e o regulado) não há um sujeito que manda e outro que obedece, ambos “are at once autonomous from and dependent on the other”²⁷⁵. Os sujeitos, desse modo, estabelecem uma relação de interdependência entre si²⁷⁶.

independentes com poder, incentivos e capacidade de ação em relação a outros órgãos governamentais). Por conseguinte, a “vertical” *accountability* identifica-se com a legitimidade de origem, pois implica todos os tipos de liberdade voltados a garantir a eleição universal, livre e periódica. (cf. O DONNEL, Guilherme. “Horizontal accountability in new democracies”. In: *Journal of Democracy*, v. 9, n. 3, Washington, julho de 1998, p. 112)

²⁷³ SUNDFELD, Carlos Ari. “A agência deve ser uma entidade transparente com diversos mecanismos de controle”. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo (coord.). “Há um déficit democrático nas agências reguladoras?”, *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 2, n. 5, jan/mar, 2004, p. 195.

²⁷⁴ “A *accountability* é um conceito mais amplo que inclui, além do controle, a existência de condições para o cidadão participar da definição e avaliar as políticas públicas, premiando ou punindo os responsáveis”. (PÓ, Marcos Vinícius. “A *accountability* no Modelo Regulatório Brasileiro: gênese e definições (os casos da ANATEL e da ANS)”, dissertação de mestrado apresentada à Fundação Getúlio Vargas – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor Fernando Luiz Abrúcio. São Paulo, 2004, p. 24)

²⁷⁵ Tradução livre: “eles são a um só tempo autônomos e dependentes um do outro”. (BLACK, Julia. “Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes”. In: *Regulation & Governance*, v. 2. Jerusalém: Wiley-Blackwell, 2008, p. 150)

²⁷⁶ Não foi por outra razão que ao descrever a relação entre o agente regulador, a sociedade civil e os poderes institucionais optou-se por um triângulo, em vez de uma pirâmide ou outro desenho que sugerisse uma sobreposição ou hierarquia entre os sujeitos.

O segundo aspecto assinalado por JULIA BLACK, para quem *accountability* é uma relação dialética, refere-se à sua manifestação. Segundo a autora inglesa, a *accountability* de uma organização (estatal ou não) ocorre através das estruturas de comunicação estabelecidas entre os sujeitos dessa relação²⁷⁷. Em suas palavras, “[t]o give account requires the construction of a narrative; it also involves engaging in a particular discourse of accountability”²⁷⁸. Assim, “[a]uditing, for example, is not simply an accountability tool which can be used to give an account of financial expenditure, or indeed increasing performance in achieving a wide range of social objectives: sustainable development or ethical labor practices and so on (...). Judicial review is not simply the application of a set of legal norms for the behavior of public actors. Deliberative polyarchies which engage regulators in democratic deliberation and in which regulators are called to give account are not simply the engagement of the public in reviewing actions of regulators. Rather, each is an interpretive and discursive schema through which participants in the accountability relationship make sense of their own and each other’s roles, which is constructive of their relationship and which is fundamentally shaped by it”²⁷⁹.

Posto isto, acredita-se ser possível tornar o Estado regulador mais *accountable* por meio da *avaliação de impacto regulatório*, pois com essa ferramenta revela-se o processo de tomada de decisão, possibilitando a sua responsabilização. “Considerando-se que a disponibilidade de informação é um fator crucial para ambos [*accountability* e controle], a existência de procedimentos que obriguem os órgãos burocráticos a disponibilizarem informações sobre

²⁷⁷ BLACK, Julia. “Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes”. In: *Regulation & Governance*, v. 2. Jerusalém: Wiley-Blackwell, 2008, p. 151.

²⁷⁸ Tradução livre: “para se estabelecer a relação de *accountability* é preciso construir uma narrativa, o que sempre requer engajamento em um discurso próprio”.

²⁷⁹ Tradução livre: “[a]uditar, por exemplo, não é apenas uma ferramenta de *accountability* a qual pode ser utilizada para relatar as despesas financeiras, ou uma ferramenta cada vez mais usada para alcançar ampla variedade de objetivos sociais: desenvolvimento sustentável ou práticas de trabalho éticas e assim por diante (...). A revisão judicial das decisões dos agentes reguladores não é apenas a aplicação de um conjunto de normas legais para controlar os atores públicos. Poliarquias deliberativas, que atraem reguladores que deliberam democraticamente e nas quais se exige que reguladores sejam *accountables*, não são simplesmente o envolvimento do público na revisão das atividades dos reguladores. Ao contrário, cada exemplo é um esquema interpretativo e discursivo por meio do qual participantes da relação de *accountability* se dão conta de seus próprios papéis e dos papéis dos outros. Esses papéis constroem essa relação e são moldados fundamentalmente por ela”. (BLACK, Julia. “Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes”. In: *Regulation & Governance*, v. 2. Jerusalém: Wiley-Blackwell, 2008, p. 152)

suas ações e resultados aumenta a possibilidade de controle e de *accountability* sobre a burocracia”²⁸⁰.

Assim, afastando críticas de que a *AIR* engessaria o processo de tomada de decisão regulatória, através dessa ferramenta será possível informar a todos os interessados a respeito da medida regulatória e do setor como um todo²⁸¹. Esse é certamente um benefício não só para a decisão regulatória em foco, mas também para as próximas decisões relacionadas ao mercado regulado.

Além disso, não encontra mais razão acreditar que o administrador público é responsável perante os políticos eleitos e irresponsável perante a sociedade. Quanto a isso, alerta LUIS CARLOS BRESSER PEREIRA que “é um equívoco formalista pensar que o administrador público é apenas responsável perante os políticos e o Estado, ele também é responsável perante a sociedade, uma vez que além de agente burocrático ele é um agente político, exerce funções políticas”²⁸².

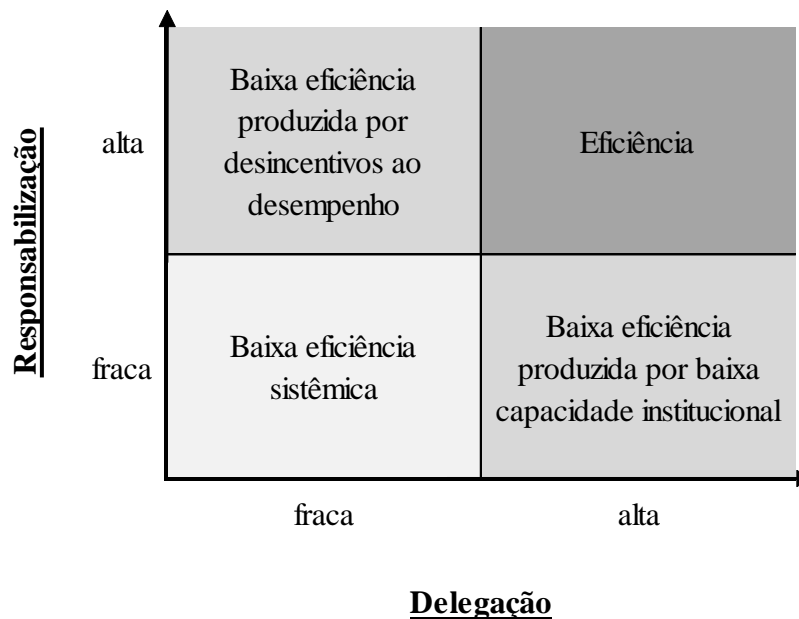
²⁸⁰ PÓ, Marcos Vinícius. “A *accountability* no Modelo Regulatório Brasileiro: gênese e definições (os casos da ANATEL e da ANS)”, dissertação de mestrado apresentada à Fundação Getúlio Vargas – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor Fernando Luiz Abrúcio. São Paulo, 2004, p. 24.

²⁸¹ Ao analisar o processo administrativo contemporâneo, Odete MEDAUAR já aponta para essa consequência: “[a]s informações colhidas, os dados técnicos, os argumentos propiciam, como se ressaltou, ampla base objetiva para se decidir. Por isso, a decisão é mais suscetível de aceitação e de cumprimento, do que outra, oriunda, praticamente do nada e que se pretende impor aos indivíduos” (*A processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 69). Para Cass R. SUNSTEIN, *avaliação de impacto regulatório* é um requisito processual que requer a compilação de informação e a sua divulgação. (*The Cost-Benefit State: the future of regulatory protection*, American Bar Association, Chicago, 2002, p. 21)

²⁸² Luis Carlos BRESSER PEREIRA *apud* PÓ, Marcos Vinícius. “A *accountability* no Modelo Regulatório Brasileiro: gênese e definições (os casos da ANATEL e da ANS)”, dissertação de mestrado apresentada à Fundação Getúlio Vargas – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor Fernando Luiz Abrúcio. São Paulo, 2004, p. 20.

Acredita-se, desse modo, que uma vez construída a *accountability* na relação entre os regulados e os agentes reguladores, o Estado regulador também será mais eficiente. Ao analisar o déficit democrático das burocracias autônomas (*e.g.* as agências reguladoras, os bancos centrais, etc.), MARCUS ANDRÉ MELO apontou para o déficit duplo que padece o insulamento burocrático: de responsabilização e de eficiência. Segundo o autor, “[b]urocracias apresentam poucos incentivos ao desempenho”²⁸³ e, para compreender essa relação entre responsabilização e eficiência, o autor propôs o diagrama (figura 5) abaixo.

Figura 5



A partir do diagrama acima, a alta delegação de competências aos agentes reguladores, característica do Estado regulador, somente atinge o ponto ótimo quando a sua responsabilização também for alta²⁸⁴. Percebe-se, assim, que a responsabilização é a variável decisiva para se verificar se a atividade regulatória estatal é ou não eficiente, pois a alta delegação sem responsabilização gera ineficiência.

²⁸³ MELO, Marcus André. “A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação”. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 16, n. 46, São Paulo, junho de 2001, p. 61.

²⁸⁴ MELO, Marcus André. “A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação”. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 16, n. 46, São Paulo, junho de 2001, p. 61.

Reconhece-se, dessa forma, que a legitimação procedimental é necessária, porém insuficiente para legitimar as decisões do agente regulador. Em razão disso, recorre-se à legitimidade substancial, que associada à legitimidade procedimental confere ao Estado regulador transparência e responsabilização (*accountability*) e conseqüentemente eficiência.

5.2. Conclusão parcial: a avaliação de impacto regulatório como uma ferramenta redutora do déficit democrático e um caminho para a efetividade do princípio da eficiência

“Ainda que nós possamos impor um modelo de agências sem a legitimação pelo voto, devem existir outros mecanismos para propiciar a configuração democrática estrutural da agência”²⁸⁵. Com essa preocupação em mente, sugere-se que a partir da *avaliação de impacto regulatório* seja possível dotar o Estado regulador de mecanismos que o caracterizem como democrático. Para isso, o conceito de democracia precisa ser alterado.

Não é forçoso afirmar que a *accountability*, aqui entendida como transparência e responsabilização da administração pública, vincula-se à ideia de democracia. Nesse sentido, ODETE MEDAUAR assinala que “[t]endo em vista que a controlabilidade da Administração vincula-se à democracia e a incontabilidade ao arbítrio, o processo administrativo, também no tocante ao objetivo de facilitar o controle, se coaduna à idéia de Administração democrática”²⁸⁶.

Assim, fala-se em uma democracia divorciada da visão absoluta do poder e associada à noção de preservação das regras do jogo e da estabilidade da ordem jurídica, pois é nesse

²⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. “Democracia estrutural e democracia funcional”. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo (coord.). “Há um déficit democrático nas agências reguladoras?”, *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 2, n. 5, jan/mar, 2004, p. 166. Note-se que o autor apresenta como alternativa a vinculação dos agentes reguladores a outras instâncias de manifestação, seja popular, seja de realização de valores fundamentais. Neste capítulo será proposta ainda outra alternativa ao déficit democrático: a *accountability*.

²⁸⁶ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 73.

sentido que o insulamento burocrático ganha importância²⁸⁷. É GUSTAVO BINENBOJM quem sintetiza a relação entre democracia e os agentes reguladores:

“No que se refere aos pontos de contato entre as agências independentes e o princípio democrático, ao menos duas linhas de argumentação mostram-se plausíveis. Primeiro, a idéia de submeter o controle sobre políticas vocacionadas ao longo prazo e exigentes, por sua natureza, de uma gestão predominantemente técnica e profissional, pode ser vista como uma forma de exercício democrático. Relembre-se que democracia não é um conceito que se confunda com a regra da maioria; democracia é, sobretudo, um projeto de exercício de autogoverno coletivo em que as deliberações sociais se realizam ao *longo do tempo*. Nesta toada, uma deliberação coletiva que represente um *pré-comprometimento* em médio ou longo prazo exige, como condição para seu cumprimento, uma gestão menos responsiva à lógica político-eleitoral e mais responsiva ao direito e à racionalidade técnica. Em última análise, fazer cumprir os *pré-compromissos* assumidos democraticamente é, também, uma forma de realizar o ideal democrático de autogoverno coletivo.

De outra parte, as autoridades independentes não precisam nem devem ser espaços fechados, infensos às posições e opiniões de agentes econômicos, consumidores e da sociedade civil como um todo. A abertura procedimental das deliberações regulatórias representa, em verdade, uma tentativa de fomentar a constituição de uma *nova esfera pública*, moldada por parâmetros mais técnicos e especificamente relacionados à matéria regulada”²⁸⁸.

²⁸⁷ “Ninguém discutiria que um dos aspectos da democracia é respeito às regras do jogo. Alguma estabilização institucional das regras. Se as agências servem para regulação econômica, tanto melhor que sejam instrumentos que permitam a estabilização deste tipo de intervenção na ordem econômica e, portanto, um refreio à estabilização, traduzindo na mudança de padrão ou do objetivo de intervenção econômica a cada momento que o poder muda de mãos, sem, obviamente, interditar margens de imposição de horizontes e nortes políticos que tenham sido legitimados eleitoralmente” (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo [coord.]. “Há um déficit democrático nas agências reguladoras?”. In: *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 2, n. 5, jan/mar, 2004, p. 184).

²⁸⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 303.

Desse conceito de democracia não se poderia deixar de lado a eficiência da administração pública. Quem lembra isso é RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR no debate em torno do déficit democrático das agências reguladoras. Segundo o autor, “uma agência eficiente que funcione bem, que saiba fazer sua tarefa, é algo importante para que ela seja democrática. Eu estou convencido que a eficiência é um dos fatores. Para que ela seja democrática, então, o controle democrático passa pela garantia de condições de que ela atue eficientemente”²⁸⁹.

Ao mesmo tempo em que a *avaliação de impacto regulatório* permite o exercício do controle da atividade regulatória por parte dos administrados (tanto a sociedade civil quanto os particulares engajados no setor) e por parte dos poderes institucionais, ela possibilita também maior independência dos agentes reguladores em relação aos poderes institucionais. Em outras palavras, com o uso da AIR o agente regulador pode buscar sua credibilidade junto à sociedade diretamente, e de forma mais independente em relação aos Poderes Legislativo e Executivo. A legitimidade, nesse caso, encontra fundamento no processo administrativo que essa ferramenta observa.

Ao implementar a AIR no Brasil estar-se-á consolidando o equilíbrio democrático, através da transparência e da responsabilização (*accountability*) dos agentes reguladores. Note-se que as consequências dessa adoção não param por aí. Se é verdade que a *accountability* leva à redução do déficit democrático, ela também é responsável por contribuir para a concretização de políticas de planejamento econômico a médio e longo prazo, e vice-versa, sucessivamente. Note-se que os elementos apontados na figura 3a do capítulo 2 estão diretamente interligados em virtude da relação estabelecida entre os sujeitos participantes da atividade reguladora (os agentes reguladores, os poderes institucionais e a sociedade civil), de modo que a realização de um deles pelo Estado regulador torna mais fácil o aprofundamento dos demais. É o que ficou demonstrado neste capítulo com a *accountability* e a redução do déficit democrático. A seguir será analisada a relação entre os agentes reguladores e os poderes institucionais.

²⁸⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “A delegação do poder (dicotomia „agent-principal), formas de monitoração e déficit democrático”. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo (coord.). “Há um déficit democrático nas agências reguladoras?”, *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 2, n. 5, jan./mar., 2004, p. 181.

CAPÍTULO 6

POR QUE SE DEVE PROPOR UM CONTROLE POLÍTICO DOS AGENTES REGULADORES?

“Conhecimento é poder”,²⁹⁰.

“[N]o caso brasileiro, ao contrário do norte-americano, não há um controle político quanto aos atos que resultam do exercício do poder regulamentar por parte das agências. Talvez seja esse o ponto nodal”,²⁹¹.

Nos últimos capítulos foram desenvolvidas as três primeiras perspectivas de análise. Verificou-se que, apesar de não ser suficiente para conferir efetividade ao princípio constitucional, a *avaliação de impacto regulatório* é uma ferramenta que permite mensurar se uma medida regulatória a ser adotada, modificada ou revogada pelo agente regulador é eficiente por meio de um procedimento administrativo agregado de análise econômica. Ao longo da exposição sobre o conceito da AIR para fins deste trabalho, demonstrou-se, igualmente, que ela pode ser utilizada como promotora da transparência e responsabilização (*accountability*) do agente regulador. Contudo, é preciso ainda esclarecer como se opera a redução do déficit democrático próprio do Estado regulador, por meio do *controle político* do agente regulador referido anteriormente.

Quando se fala em instrumento de controle, é preciso identificar os sujeitos que fazem uso desse instrumento. Vários são os *sujeitos* que podem exercer alguma espécie de fiscalização das atividades dos agentes reguladores. Tendo em mente a esfera federal brasileira, o Congresso Nacional e o Presidente da República seriam os dois mais importantes, por decorrer deles a delegação de poder que faz com que os agentes reguladores reúnam competência para tomar decisões relevantes dentro do setor em que cada um deles atua. Isto é, o Congresso Nacional elaborou as leis de criação das agências e dos demais agentes, as quais delimitam a abrangência da competência regulatória para elaborar normas aplicáveis aos

²⁹⁰ Francis BACON (1561-1626), *Meditationes Sacrae, De Haeresibus*.

²⁹¹ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 116.

setores regulados, e o Presidente delegou competências que tradicionalmente lhe eram imputadas²⁹².

Além deles, pode-se falar ainda do Poder Judiciário. Qualquer discussão acerca das atividades dos agentes reguladores pode ser levada aos juízes e tribunais, os quais vão analisar se as agências exerceram suas competências como determinaram os Poderes Legislativo e Executivo (art. 5º, XXXV, CF/88). A revisão judicial exerce importante papel no exame da legalidade dos atos administrativos emanados das agências reguladoras, bem como para reconhecer quando o agente regulador é indevidamente omissivo²⁹³.

Outro sujeito que ainda pode fazer uso desse instrumento é a própria sociedade, compreendida aqui como a reunião dos representantes da iniciativa privada envolvidos diretamente no setor regulado e os usuários de bens e serviços regulados. Uma grande variedade de atores que serão afetados por uma decisão regulatória poderá utilizar as formas de participação disponíveis no procedimento administrativo apresentado no capítulo 2 para se fazer ouvir.

Essa variedade de *sujeitos* interessados em alguma funcionalidade da AIR sugere que cada um deles tenha sua própria maneira de compreender essa ferramenta. Por exemplo, para os políticos, a lógica da sua adoção é o consenso, pois por meio da avaliação poderão negociar com as partes envolvidas e ainda se desvencilhar de qualquer avaliação negativa advinda do eleitorado e até de pressões externas (*e.g.* OCDE) que possam vir a sofrer caso uma medida regulatória pouco ou muito intervencionista venha a ser editada. Os tribunais, em geral, estão preocupados com questões jurídicas de adequação das atividades do agente regulador ao ordenamento jurídico. Enquanto isso, as empresas buscam a avaliação como minimizadora dos

²⁹² Tanto é assim que é possível encontrar fundamento para o poder normativo das agências reguladoras como desdobramento das competências do Presidente da República de “expedir decretos e regulamento para sua [da lei] fiel execução” (art. 94, IV, da CF/88).

²⁹³ Mathew D. McCUBBINS, Roger G. NOLL e Barry R. WEINGAST argumentam que o controle realizado pelos Tribunais não é insuficiente para assegurar um controle político, pois (i) as leis são em geral abertas e vagas, impondo apenas limitações genéricas; (ii) ainda quando a lei é específica, sempre existe um grau de discricionariedade do agente regulador a qual apenas é submetida a uma limitação genérica pelo Judiciário; (iii) o procedimento administrativo garante mais que apenas assegurar os valores democráticos; e (iv) os objetivos políticos do Judiciário podem não ser os mesmos que os dos políticos eleitos, apresentando uma análise limitada apenas a questões legais e de legitimidade (“Administrative Procedures as Instruments of Political Control”. In: *Journal of Law, Economics and Organization*, v. III, n. 2, fall, University of Yale, 1987, p. 245).

custos e definem sucesso pelos lucros obtidos, e, por fim, os cidadãos usam ainda outros critérios como a proteção efetiva do risco²⁹⁴.

Em meio a tantos *sujeitos* que podem fazer uso da *avaliação de impacto regulatório*, o objetivo deste capítulo é analisar com mais atenção o controle político dos agentes reguladores realizado pelo Congresso Nacional²⁹⁵ e pelo Presidente da República, sem a intenção de desmerecer o controle exercido pelos demais sujeitos. Pretende-se, com isso, explorar a quarta perspectiva de trabalho: a *avaliação de impacto regulatório* como espécie de procedimento administrativo permite a recomposição do déficit democrático próprio do Estado regulador por meio do controle político dos agentes por parte do Congresso Nacional e do Presidente da República?

6.1. Uma introdução à teoria do agente-principal

A questão atinente à necessidade e à conveniência de que sejam criados mecanismos institucionais por meio dos quais os poderes eleitoralmente constituídos possam realizar o controle político das agências reguladoras se inscreve, em termos teóricos, na discussão sobre as relações entre burocracia, política e democracia. Conforme exposto por FERNANDA MEIRELLES e RAFAEL OLIVA, o debate é conhecido da ciência política.

“Partindo do reconhecimento de que a evolução das democracias contemporâneas estaria dando lugar à contínua expansão das burocracias, Weber perguntava-se como conciliar os requerimentos de eficiência administrativa e a exigência de que as decisões político-administrativas traduzissem de forma adequada os interesses e preferências dos eleitores. Por um lado, considerava o autor, a progressiva complexificação das funções estatais passou a impor requerimentos de

²⁹⁴ Vale lembrar ainda que outros agentes estão envolvidos na realização da *avaliação de impacto regulatório* e, como os demais sujeitos apontados no texto, cada um apresenta sua própria postura perante essa ferramenta. Por exemplo, os servidores públicos que irão, na maioria das vezes, realizar a avaliação seguindo o devido processo legal administrativo que legitima o processo de tomada de decisão regulatória. Sua preocupação é estar em conformidade com regras de disciplinas e o consenso, como o político, ou a minimização de custos como as empresas da iniciativa privada que sofrerão impacto com a nova regulação (RADAELLI, Claudio M. “Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of the regulatory impact assessment”. In: *Journal of European Public Policy*, v. 12, n. 5, Londres, Outubro de 2005, pp. 924/943).

²⁹⁵ Conforme referido anteriormente, o controle realizado pelo Tribunal de Contas da União não será abordado diretamente, apenas naquilo em que implicar a realização de *avaliação de impacto regulatório* por esse agente.

conhecimento crescentes, fenômeno que justificava a racionalização da administração e a delegação de responsabilidades decisórias a corpos técnicos especializados. Por outro, entretanto, na medida em que essa delegação acabaria por corresponder à ampliação do espaço para o exercício da discricionariedade por parte dos burocratas, definia-se o risco de que decisões administrativas viessem a espelhar as preferências políticas dos representantes eleitos, frustrando-se com isso a expectativa de que os interesses dos eleitores pudessem ser adequadamente concretizados em políticas públicas”²⁹⁶⁻²⁹⁷.

Para MAX WEBER, a solução deste problema corresponderia à constituição de burocracias qualificadas e obedientes a princípios da honra. O interesse público estaria garantido na medida em que o conhecimento técnico-científico prevalecesse na condução da coisa pública. Dessa forma, pensava-se que a responsabilização política das burocracias seria alcançada por meio de mecanismos de recrutamento e seleção²⁹⁸.

A sensação de que as decisões regulatórias poderiam ser redutíveis a uma suposta dimensão técnica foi rejeitada pela ciência política. A esse respeito, é suficiente observar o crescimento da atenção concedida à relação entre burocratas e políticos eleitos por parte da teoria do agente-principal (*principal-agent models*)²⁹⁹.

²⁹⁶ MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. “Delegação e Controle Político das Agências Reguladoras no Brasil”. In: *Revista de Administração Pública*, vol. 40, n. 4, Rio de Janeiro, Editora Fundação Getulio Vargas, jul./ago., 2006, p. 549.

²⁹⁷ Com efeito, conforme demonstrado nos capítulos 2 e 3, maior a sofisticação da AIR e da sua análise econômica, menor o grau de discricionariedade deixado ao agente regulador.

²⁹⁸ MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. “Delegação e Controle Político das Agências Reguladoras no Brasil”. In: *Revista de Administração Pública*, vol. 40, n. 4, Rio de Janeiro, Editora Fundação Getulio Vargas, jul./ago., 2006, p. 549.

²⁹⁹ Outra forma de explicar a tensão agente-principal é a teoria dos Poderes Neutrais lembrada por Alexandre Santos de Aragão em *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Rio de Janeiro, Forense, 2002, pp. 441/445.

Na configuração atual do Estado regulador, o agente regulador é elemento fundamental na cadeia de relações entre Estado e sociedade, pois da atuação dele dependerão, em grande parte, a própria definição e a efetividade das medidas e políticas regulatórias que visam atender aos diversos interesses da sociedade. No entanto, esses mesmos fatores que o fazem ocupar lugar tão fundamental trazem à tona questionamentos quanto à representação e à legitimidade democrática dos agentes reguladores.

De um lado está a sociedade, que espera que seus interesses sejam representados pelos políticos eleitos, punindo-os ou premiando-os de acordo com o seu desempenho e, de outro, os políticos, que delegam poderes aos agentes reguladores para que estes decidam como executar uma política pública, de cujo sucesso os políticos dependem para obter uma boa avaliação por parte da sociedade³⁰⁰. Surge, assim, uma fonte de tensão entre as agências reguladoras e os políticos democraticamente eleitos explicada pela teoria do agente-principal, segundo a qual o Congresso Nacional e o Presidente da República correspondem à figura do principal, pois delegam poderes ao agente (a agência reguladora, bancos centrais, etc.).

A delegação de poder torna-se atraente na medida em que o agente, a partir de seu conhecimento técnico no setor regulado (*expertise*), poderá realizar as melhores escolhas para atender aos objetivos do principal³⁰¹. Entretanto, a delegação apenas apresentará esse resultado se o agente se mantiver fiel ao principal. O problema com a delegação é que o agente pode nem sempre ser leal aos objetivos do principal. O primeiro pode, por exemplo, preferir atender a seus próprios objetivos, em vez dos objetivos políticos do principal. A fim de minimizar esses riscos, o principal se vale de mecanismos de controle.

³⁰⁰ PÓ, Marcos Vinícius. “A accountability no Modelo Regulatório Brasileiro: gênese e definições (os casos da ANATEL e da ANS)”, dissertação de mestrado apresentada à Fundação Getúlio Vargas – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor Fernando Luiz Abrúcio. São Paulo, 2004.

³⁰¹ Floriano Peixoto de Azevedo MARQUES NETO aponta a delegação, contudo apenas a legislativa, como um dos motivos para o controle das atividades regulatórias ser específico (cf. “Pensando o controle da atividade de regulação estatal”. In: GUERRA, Sérgio [org.]. *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005, p. 220).

MATHEW D. MCCUBBINS, ROGER G. NOLL e BARRY R. WEINGAST apresentam alguns mecanismos de controle que estão à disposição do principal. O método tradicional, o qual corresponderia à solução do problema do agente-principal, seria alternar incentivos do agente. Isso envolveria mecanismos de monitoramento que são excessivamente custosos (*e.g.* aquele desenvolvido atualmente pelo Tribunal de Contas), combinados com um sistema de premiação e punição. Esse método corresponde à supervisão do agente pelo principal, compreendendo a realização de audiências, investigações, revisões de orçamento e ainda sanções legislativas como a redução da competência das agências³⁰².

Outro mecanismo é o procedimento administrativo (gênero do qual a *avaliação de impacto regulatório* é espécie) para induzir a aderência do agente às intenções políticas do principal. Segundo os autores, requisitos procedimentais afetam o ambiente de tomada de decisão no qual os agentes reguladores decidem, portanto, limitam sua discricionariedade. Em reconhecimento disso, o principal pode desenhar um procedimento que mitigue a desvantagem informacional inicial do principal em relação aos agentes reguladores. Além disso, conforme abordado no capítulo anterior, esse procedimento pode ser utilizado para envolver importantes grupos de pressão, eleitores e qualquer outro sujeito no processo de tomada de decisão regulatória e, com isso, manter a agência responsável pelas suas decisões e interesses³⁰³.

Note-se que esse último aspecto do procedimento administrativo não necessariamente permite que o principal exerça um controle político direto sobre o agente, ele possibilita o exercício desse controle pelos próprios eleitores, que responsabilizam a agência pelas suas decisões. O principal, assim, mantém-se fiel aos objetivos políticos pelos quais foi eleito sem precisar tomar conhecimento ou tampouco se enfrontar nas discussões estabelecidas em torno de alguma decisão regulatória, pois os próprios eleitores realizam diretamente o policiamento dos agentes reguladores.

³⁰² McCUBBINS, Mathew D.; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry R. "Administrative Procedures as Instruments of Political Control". In: *Journal of Law, Economics and Organization*, v. III, n. 2, fall, University of Yale, 1987, p. 244.

³⁰³ McCUBBINS, Mathew D.; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry R. "Administrative Procedures as Instruments of Political Control". In: *Journal of Law, Economics and Organization*, v. III, n. 2, fall, University of Yale, 1987, p. 244.

Avançando na análise sobre procedimento administrativo como instrumento de controle político do agente pelo principal e investigando o caso da *avaliação de impacto regulatório*, ERIC A. POSNER aponta que essa ferramenta altera significativamente a relação entre esses dois sujeitos. Com a AIR, passa-se de um estágio em que havia assimetria de informação³⁰⁴ do principal em relação ao setor e às atividades do agente, para outro com informação abundante. Sem essa ferramenta, por óbvio, o principal não está totalmente desamparado. Ele pode inferir que algumas medidas regulatórias têm potencial de beneficiá-lo ou prejudicá-lo. Todavia, com a AIR, o principal pode concordar ou discordar de uma medida baseado em evidências mais concretas e menos intuitivas³⁰⁵.

Com efeito, a partir das características da AIR e pela realização das etapas descritas nos capítulos 2 e 3 anteriores, o principal, assim como outros sujeitos dessa relação, toma conhecimento da forma (do procedimento obedecido) e do fundamento das decisões das agências reguladoras³⁰⁶. Isso proporcionaria um re-equilíbrio na desvantagem informacional em que o principal inicialmente se encontrava, o que impedia o controle político do agente. Conseqüentemente, na ausência da AIR verifica-se o aumento da desconfiança entre o principal e o agente e a tendência de o primeiro se opor às decisões do segundo.

Não foi outra a razão que levou ERIC A. POSNER a concluir, ao final da exposição do seu modelo matemático sobre o tema, que com a *avaliação de impacto regulatório* a tendência é aumentar o número de medidas regulatórias ou das atividades dos agentes, em razão do referido aumento do nível de confiança entre o principal e o agente. Além disso, essa ferramenta será desejada ainda que eventualmente o principal não almeje resultados eficientes, pois a AIR apenas reduz a assimetria de informação, sem afetar a decisão do principal de punir as agências caso estas não persigam os objetivos políticos do principal (eficientes ou não³⁰⁷).

³⁰⁴ Para fins deste trabalho, a “assimetria de informação” sintetiza como a concentração de informação em uma das pontas da relação pode afetar a confiança, afetando no comportamento das partes envolvidas. Ver AKERLOF, George A. “The markets for „lemons : quality, uncertainty and the market mechanism”. In: *Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, Agosto, Harvard University Press, 1970, pp. 488/500.

³⁰⁵ POSNER, Eric A. “Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: a positive political theory perspective”. In: *University of Chicago Law Review*, v. 68, n. 4, fall, 2001, p. 1142.

³⁰⁶ Não é demais lembrar que o princípio da motivação, assim como outros princípios da administração pública, previstos no art. 37 da Constituição Federal, confere fundamento jurídico para a aplicação da *avaliação de impacto regulatório* pelos agentes reguladores brasileiros.

³⁰⁷ Nessa hipótese, o principal pode ter como objetivo não obter a desaprovação do eleitorado, o que não necessariamente o levaria a apoiar uma medida regulatória eficiente.

Assim, o autor afasta os argumentos a favor da adoção da *AIR* voltados a direcionar ou modelar o processo de decisão da agência para enfatizar o aspecto, a seu ver, mais importante: a redução da assimetria de informação³⁰⁸.

Dessa forma, a *avaliação de impacto regulatório* pode ser vista como uma solução para o problema do agente-principal, uma vez que é uma espécie de processo administrativo que proporciona a redução da assimetria de informação dos sujeitos envolvidos. Com isso, o principal poderá minimizar o chamado “risco da agência” e garantir o comprometimento do agente às suas preferências e objetivos políticos. Dessa forma, a *AIR* funciona como um mecanismo de controle político do agente pelo principal³⁰⁹.

Contudo, falar de preferências e objetivos políticos da relação agente-principal implica em abordar a multiplicidade de sujeitos que compõem o principal no Estado regulador. Como visto até aqui, tanto o Congresso Nacional quanto o Presidente da República correspondem à figura do principal. A princípio, o Congresso Nacional é aquele que delega poder inclusive ao próprio Presidente da República, já que este deve agir dentro dos limites impostos pela lei (princípio da legalidade). Nesse sentido, o Presidente da República seria o agente do Congresso Nacional. Por outro lado, contudo, o Chefe do Poder Executivo é um núcleo independente de poder e isso lhe confere poderes para perseguir alguns objetivos por meio dos agentes reguladores, os quais não passam de entidades alocadas dentro da estrutura da administração pública indireta, portanto, a ele vinculados. Dessa forma, é possível existir três

³⁰⁸ Em resposta aos críticos da *avaliação de impacto regulatório*, Eric A. POSNER afirma: “Critics of cost-benefit analysis frequently overlook this institutional dimension. They think of the regulatory agency as a School of Athens in which the discovery of truth is the only end, and hierarchical superiors will take for granted the agency’s loyalty and good faith. But if agencies cannot justify their behavior without forcing busy elected officials to reproduce their deliberations, then the purpose of creating agencies in the first place is defeated” (“Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: a positive political theory perspective”. In: *University of Chicago Law Review*, v. 68, n. 4, fall, 2001, p. 1186).

³⁰⁹ No mesmo sentido, Mateus Piva ADAMI já concluiu: “Afim, o acesso à informação é necessário para viabilizar qualquer tipo de questionamento, ou mesmo para propiciar uma atuação administrativa adequada. Pois, para regular um determinado mercado, é necessário ter conhecimento sobre suas peculiaridades e sobre os impactos que uma certa medida poderá gerar. Da mesma forma, seria impossível para um órgão de controle avaliar os aspectos da decisão administrativa sem o domínio adequado sobre as informações necessárias” (“A discricionariedade administrativa em face do princípio da eficiência”, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto. São Paulo, 2007, p. 86).

principais: o Congresso Nacional isoladamente, o Presidente da República isoladamente ou, ainda, o Congresso Nacional e o Presidente encapsulados na figura do principal³¹⁰.

Segundo GIANDOMENICO MAJONE, o Congresso Nacional seria o mais influente entre os principais. “Isso porque são as leis que criam as agências e proporcionam a estrutura de incentivos que deveria minimizar a divergência entre as intenções legislativas e os resultados em termos de regulação”³¹¹. Daí decorre que o Poder Legislativo também poderia aplicar a mais severa das sanções, como a redução da sua competência por meio de uma nova lei. No contexto brasileiro, porém, esse argumento sofre um reposicionamento. Como a iniciativa de leis para assuntos que tratam da organização da administração pública pertence ao Presidente da República (art.61, §1º, *b*), este acaba dividindo esse mecanismo de controle das agências com o Congresso Nacional.

Por ora, cumpre concluir que, com a adoção da *avaliação de impacto regulatório*, ambos os principais se beneficiariam com o compartilhamento de informações relevantes a respeito do setor regulado, das atividades e das intenções da agência. Nos exemplos dados acima, o Tribunal de Contas poderia aprimorar suas análises a exemplo do que acontece na Inglaterra com o *National Audit Office*³¹². Com relação ao Poder Executivo, o Presidente da República poderá melhor avaliar se a agência está ou não atendendo aos interesses da sociedade (leia-se, seus eleitores). Assim, os principais podem exercer da melhor forma possível um controle sobre os agentes reguladores.

³¹⁰ Essa flexibilidade é esclarecida por Eric A. POSNER (“Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: a positive political theory perspective”. In: *University of Chicago Law Review*, v. 68, n. 4, fall, 2001, p. 2001).

³¹¹ MAJONE, Giandomenico. “Do Estado Positivo ao Estado Regulador”. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Editora Singular, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, 2006, p. 70.

³¹² Ver seção 2.4.1 em que foram abordadas as atividades realizadas pelo TCU voltadas ao desenvolvimento de uma *análise de impacto regulatório* pelo órgão.

6.2. A avaliação de impacto regulatório como mecanismo de controle político do agente regulador

Retomando a teoria do agente-principal abordada acima, é possível desde já concluir que a *avaliação de impacto regulatório* funciona como mecanismo de controle político do agente pelo principal na medida em que proporciona a redução da assimetria de informação sobre o mercado regulado. Dessa forma, possibilita que o principal minimize o chamado “risco da agência” e garanta o comprometimento do agente às suas preferências políticas e aos seus objetivos.

Não quer isto dizer, todavia, que a *avaliação de impacto regulatório* possa ser considerada espécie de monitoramento e de prestação de contas, pelo fato de permitir a fiscalização das suas atividades³¹³. A *avaliação de impacto regulatório*, como espécie de procedimento administrativo que é, passa a ser instrumento institucional de controle político do principal³¹⁴. Nesse sentido é a visão de procedimento administrativo defendida por MATHEW D. McCUBBINS, ROGER G. NOLL e BARRY R. WEINGAST:

“Administrative procedures constitute an additional mechanism for achieving greater compliance. *First*, because they ameliorate the problem of asymmetric information, administrative procedures are a useful, cost-reducing supplement to methods for monitoring and punishing agencies. They reduce the informational costs of following agency activities and especially facilitate „fire-alarm monitoring through constituencies affected by an agency s policies. They also sharpen decisions to punish by facilitating the assessment of the extent and importance of noncompliance. (...)”

³¹³ Baseados nas classificações de Kiewiet e McCubbins, Fernanda MEIRELLES e Rafael OLIVA identificam pelo menos quatro tipos fundamentais de mecanismos de controle político: (i) desenho contratual (*e.g.* contratos de gestão), (ii) triagem e seleção (indicação das diretorias pelo Presidente da República e sabatina pelo Senado Federal), (iii) controle institucional (possibilidade de veto presidencial e ainda elaboração de legislação contrária às medidas regulatórias adotadas) e (iv) monitoramento e prestação de contas (relatórios anuais e fiscalização pelas comissões parlamentares). (MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. “Delegação e Controle Político das Agências Reguladoras no Brasil”. In: *Revista de Administração Pública*, vol. 40, n. 4, Rio de Janeiro, Editora Fundação Getulio Vargas, jul./ago., 2006, p. 552). Note-se, contudo, que essa classificação difere daquela proposta por Mathew D. McCUBBINS, Roger G. NOLL e Barry R. WEINGAST, citada anteriormente neste capítulo.

³¹⁴ Eric A. POSNER. “Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: a positive political theory perspective”. In: *University of Chicago Law Review*, v. 68, n. 4, fall, 2001, p. 1141.

A *second* role of administrative procedures is that they can be used by agencies to avoid inadvertent noncompliance of such a magnitude that it would lead to sanctions. In politics, sanctions are costly to both the principal and the agent, that is, they are not simply wealth transfer from the latter to the former but involve legislation, executive order, or litigation to punish an agency and change its policies”³¹⁵.

Da exposição dos dois papéis para o procedimento administrativo propostos pelos autores é evidente que esse mecanismo de controle apresenta grau de relevância maior que o monitoramento e a prestação de contas por parte de uma entidade integrante da administração pública indireta. Enquanto que o procedimento administrativo ameniza o problema da assimetria de informação a um custo menor que o monitoramento realizado pelo principal, a *AIR* permite que os grupos afetados pela medida regulatória exerçam diretamente o controle. O segundo, preocupado com o custo político de sanções que o principal poderá aplicar ao agente, evita a propositura de medidas regulatórias que implicassem sensível mudança no ambiente político-regulatório, sobretudo, para o principal e suas preferências políticas.

Conclui-se assim que a *avaliação de impacto regulatório*, como espécie de procedimento administrativo, é mais adequada que o monitoramento das atividades das agências reguladoras. Além de a avaliação ser elaborada pela própria agência, reduzindo os custos do monitoramento pelo principal, ela permite que informação abundante sobre o

³¹⁵ Tradução livre: “Procedimento administrativo consiste em um mecanismo adicional para alcançar melhor aderência às regras. Primeiro, porque ele ameniza o problema da assimetria de informação, procedimentos administrativos são úteis suplementos de redução de custos de métodos de monitoramento e punição das agências reguladoras. Eles reduzem o custo de informação decorrente do acompanhamento das atividades das agências e, especialmente, facilitam o monitoramento do “alarme de fogo” pelos distritos eleitorais afetados pelas políticas regulatórias. Eles igualmente modelam decisões de repreensão uma vez que facilitam a avaliação da extensão e da importância do não cumprimento. (...) Um segundo papel dos procedimentos administrativos é que eles podem ser utilizados pelas agências a fim de evitar descumprimento inadvertido de magnitudes que poderiam levar à sanção. Na política, sanções são custosas tanto para o principal quanto para o agente, isto é, não são simples transferência de riqueza do último para o primeiro, porém implicam em produzir uma lei, um decreto ou disputas judiciais a fim de repreender a agência e alterar suas políticas regulatórias” (McCUBBINS, Mathew D.; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry R. “Administrative Procedures as Instruments of Political Control”. In: *Journal of Law, Economics and Organization*, v. III, n. 2, fall, University of Yale, 1987, p. 273).

mercado regulado chegue até o principal para que a partir daí este exerça um controle mais efetivo do agente via eleitores³¹⁶.

Ademais, a *avaliação de impacto regulatório* como instrumento de controle político do agente regulador pelo principal, leva a outra conclusão que decorre de uma *nova* leitura do princípio da legalidade que se propõe. Se o primeiro passo para compreender a *avaliação de impacto regulatório* como mecanismo de controle político da atividade regulatória é a importância da recomposição da desvantagem informacional do principal em relação ao agente analisada à luz da teoria do agente-principal, o próximo não pode deixar de ser a interpretação do princípio da legalidade pela ótica do principal.

Por tradição, o princípio da legalidade submete o principal à vontade popular, isto é, o Congresso Nacional verte a vontade popular em forma de lei a partir do processo legislativo e a administração pública (Presidente da República) submete-se às leis. Contudo, outras interpretações do princípio da legalidade são possíveis a partir da realidade que se coloca ao principal³¹⁷. Considerando a tensão agente-principal e a necessidade de o principal se cercar de mecanismos de controle da atividade regulatória desempenhada pelo agente, aquele poderá utilizar o procedimento administrativo como mecanismo de controle a fim de assegurar a aderência do agente aos seus objetivos políticos. Sob essa ótica, as leis que tratam de procedimento administrativo são elaboradas pelo Congresso Nacional com o propósito de ajudar políticos eleitos a reter o controle sobre o procedimento de elaboração de medidas e políticas regulatórias³¹⁸.

³¹⁶ Eric A. POSNER aponta que o papel dos grupos de interesses na *avaliação de impacto regulatório* torna-se importante na medida em que seu posicionamento, a favor ou contra uma determinada proposta de medida regulatória, dá indícios sobre a postura mais intervencionista ou menos intervencionista da agência reguladora. Dessa forma, a *AIR* oferece ainda mais essa possibilidade de controle (“Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: a positive political theory perspective”. In: *University of Chicago Law Review*, v. 68, n. 4, fall, 2001, pp. 1174).

³¹⁷ Outra leitura ainda é possível, desta vez sob a ótica da globalização. Ver SUNDFELD, Carlos Ari. “A administração pública na era do direito global”. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, SBDP, 1999, pp. 157/168.

³¹⁸ McCUBBINS, Mathew D.; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry R. “Administrative Procedures as Instruments of Political Control”. In: *Journal of Law, Economics and Organization*, v. III, n. 2, fall, University of Yale, 1987, p. 246.

Esse raciocínio é aplicável, no âmbito federal, não só ao Congresso Nacional, que de fato elabora as leis e é responsável por impor limites à atuação da administração pública, mas também ao Presidente da República. Sob essa ótica o princípio da legalidade permite que o Congresso Nacional prolongue o controle sobre as agências para além do momento da elaboração das leis criadoras ou da análise de relatórios anuais. Da mesma forma, no caso do Presidente, este conserva o controle sobre os agentes reguladores inclusive ao longo da aplicação das regras procedimentais quando ocorre a tomada de decisão regulatória.

Note-se que o procedimento administrativo que auxilia o principal no controle político do agente não comunga da mesma justificativa tradicionalmente atribuída a essa matéria, ou seja, um elemento de equilíbrio entre autoridade e liberdade. Ao contrário, ele estaria mais próximo de uma administração pública cujo poder decorre das leis³¹⁹.

Não se pode esquecer que essa leitura é reforçada pelo fato de a *avaliação de impacto regulatório* englobar uma análise econômica das alternativas de decisões a serem escolhidas pelo agente regulador. Esse caráter que racionaliza o processo de tomada de decisão gera como consequência, tal como exposto no capítulo 4, a redução do grau de liberdade do agente regulador para decidir sobre qual decisão tomar. Pois, sendo a decisão limitada por aspectos técnicos, mensuráveis através dos métodos de análise econômica, não há que se falar em ampla discricionariedade³²⁰. Como o resultado do uso dessa ferramenta não é vinculante, a adoção de alternativa que não seja aquela que tenha alcançado o melhor resultado custo-benefício, ou custo-efetividade, deve ser fundamentada pelo órgão tomador de decisão do agente com base em outros princípios e valores constitucionais que prevaleçam no caso concreto.

³¹⁹ Pode-se falar em uma administração pública considerada autoritária, sem que isso possa servir para mitigar seu valor, na medida em que seu poder é reconhecido como um instrumento alinhado ao ideal democrático-republicano.

³²⁰ Note-se que sendo exclusivamente técnica a decisão, não há que se falar em discricionariedade administrativa. Tanto é assim que a doutrina nacional já rechaçou o uso da expressão “discricionariedade técnica”, por conter em sua essência uma contradição. Porém, caso não seja apenas técnica, a *AIR* e a análise econômica contida nela podem certamente agregar na escolha da alternativa mais adequada.

Nesse sentido, vale citar trecho de artigo de RICHARD POSNER, para quem a *avaliação de impacto regulatório* é um *input* no processo de tomada de decisão e não o processo em si.

“This [that cost-benefit analysis cannot be the only decision rule used by government and that it can have value when used as an input into decision] may seem a cop-out, as it leaves the government without a decision rule and fails to indicate how cost-benefit analysis is to be weighted when it is merely a component of the decision rule. **On this score I am content to say that cost-benefit analysis performs the usual normative role of economics, which is that of compelling the decision maker to confront the costs of a proposed course of action, and further I am content to allow the usual political considerations to reinforce or override the results of the cost-benefit analysis.** If the government and the taxpayers and the voter all know – thanks to cost-benefit analysis – that a project under

questionada em momento posterior. Não só resta facilitado o trabalho de controle do Tribunal de Contas e do Poder Judiciário³²², mas também aquele realizado pelo principal e pela sociedade civil. Ambos poderão fiscalizar, a cada decisão regulatória, se o agente tem se mostrado fiel aos objetivos políticos em razão dos quais o principal foi eleito.

Dessa forma, por força do princípio da legalidade, a *avaliação de impacto regulatório* seria uma espécie de procedimento administrativo por meio do qual o principal verificaria a conformidade do agente com os objetivos da política pública que dá fundamento às medidas e políticas regulatórias. Isso apenas é proporcionado na medida em que se reduz (i) a assimetria de informação do principal em relação ao mercado regulado pelo agente e, por consequência, (ii) a liberdade de discricionariedade do agente para decidir questões relativas a esse mercado. Além disso, essa ferramenta permite que os próprios eleitores afetados pela regulação exerçam o controle político, desobrigando o principal de exercer diretamente o monitoramento sem que, com isso, fique exposto a eventuais desvios na consecução de seus objetivos políticos.

6.2.1. A autonomia das agências reguladoras e a figura do controle político

Abordada a *avaliação de impacto regulatório* como mecanismo de controle político, faz-se importante diferenciar o controle a ser realizado pelo principal, sobretudo pelo Chefe do Executivo, da problemática da autonomia das agências reguladoras. O controle político, por vezes visto com preconceito no contexto brasileiro, pode ser confundido com a interferência indevida da cúpula do Poder Executivo nas atividades do agente regulador, em razão de uma delegação precária de poderes decorrente de outros motivos sobre os quais não cabe aqui discorrer.

³²² Vale assinalar que na doutrina nacional, em geral, muito se fala do controle acerca da legalidade exercida pelo Poder Judiciário. Não se quer pela análise aqui proposta desconsiderar essa função essencial para a eficácia e efetividade do princípio da legalidade no Estado de Direito brasileiro. Todavia, é importante não deixar de explorar a ótica do principal a respeito do princípio da legalidade e seu potencial de servir como um elemento fundamental no Estado regulador.

Com efeito, não se pretende macular a autonomia das agências reguladoras por meio do controle político a ser realizado pelo principal. Conforme esclarecido no capítulo introdutório, vale lembrar que a *avaliação de impacto regulatório* é um instrumento à disposição do Estado regulador e não do governo. Por isso, é preciso tomar cuidado quando o principal em questão é o Chefe do Poder Executivo, pois, conforme apontado por SEBASTIÃO BOTTO DE BARROS TOJAL, no contexto do Estado regulador, o Poder Executivo apresenta posição privilegiada em relação aos Poderes Legislativo e Judiciário³²³.

Não é outro o motivo que leva FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO a rejeitar a possibilidade de o Poder Executivo realizar qualquer espécie de controle político direto sobre as atividades regulatórias. Para este autor, o Poder Executivo poderia exercer apenas “o controle mediante o manejo de mecanismos como por exemplo a provocação do Congresso para sustar ato normativo que exorbite os limites de delegação ao regulador, via representação de recurso aos órgãos superiores (com lastro na legitimação prevista no artigo 58, II, da Lei n. 9.784/99) ou mesmo por intermédio do direito de ação, questionando condutas do regulador perante o Judiciário”³²⁴.

³²³ O autor explica que com o Estado regulador o Poder Executivo assumiu funções que lhe conferem uma posição assimétrica diante dos demais poderes institucionais, dentre elas as competências das agências reguladoras. (TOJAL, Sebastião Botto de Barros “Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras”. In: MORAES, Alexandre de (org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 150.

³²⁴ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. “Pensando no controle da atividade de regulação estatal”. In: GUERRA, Sérgio. *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005, p. 243. “Tratando-se do exercício de competência regulatória por ente dotado de autonomia ou independência, sustento descaber o controle hierárquico, de âmbito interno ao Executivo” (p. 230). Em texto anterior, o autor manifesta, no entanto, a possibilidade de o Poder Executivo controlar, em conjunto com os demais poderes institucionais, a atividade-fim dos agentes reguladores: “[m]ais complexo se mostra o controle da atividade-fim das agências, ou seja, o controle da própria atividade regulatória. cremos que o controle, aqui, deve ser triplo. O cumprimento de sua função de implementar os objetivos e metas da política pública para o setor deve ser controlado pelo Poder Executivo, pelo Poder Legislativo e por instâncias da Sociedade especificamente criadas para isso (por exemplo, conselhos de usuários, conselhos consultivos, organizações sociais). E este controle deve ser exercido não só retrospectivamente, mas deve-se desenvolver de forma permanente, mediante o constante monitoramento destas metas no próprio curso da atividade regulatória”. (Cf. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. “A nova regulação estatal e as agências independentes”. In: SUNDFELD, Carlos Ari [coord.]. *Direito Administrativo Econômico* 1ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, SBDP, 2006, p. 97).

De fato, no contexto brasileiro, a relação entre o Chefe do Executivo e as agências reguladoras sempre foi um tema bastante rico para o debate acadêmico. Primeiro questionou-se a possibilidade de se criar esse núcleo decisório apto a decidir a respeito da aplicação de uma política pública, sobre o qual o Chefe do Executivo não exerceria uma supervisão hierárquica e poderia, inclusive, não comungar dos mesmos ideais políticos³²⁵. Seus defensores apontavam para a necessidade de se realizar um corte entre o campo político, próprio do principal, e o campo técnico, ambiente em que se daria a tomada de decisão do agente³²⁶. Dessa forma, ficou consolidado que as decisões tomadas no âmbito das agências reguladoras devem ser técnicas, imunes a questões político-partidárias, e alheias a qualquer revisão por meio de recurso hierárquico ao Chefe do Executivo.

Num segundo momento, após a aceitação dessa figura no plano institucional da administração pública indireta, parte da doutrina atribuiu às agências papel bastante reduzido, tendo em vista entendimentos de princípios do Direito Público aplicáveis ao Chefe do Poder Executivo interpretados ainda sob o viés que ignorava o Estado regulador

reguladoras, como uma crítica a suposta ingerência do Chefe do Poder Executivo nas decisões e atividades da agência.

Enquanto isso, na prática, as agências exercem suas funções determinadas pelas correspondentes leis de criação e testam, no dia-a-dia de cada setor, a extensão de suas competências legais e dos mecanismos de controle existentes. E, diante disso, a preocupação doutrinária com a autonomia das agências reguladoras assiste razão. Após mais de dez anos da criação da primeira agência reguladora, a relação delas com o Poder Executivo tem se mostrado mais sensível, sobretudo após a mudança de governo em 2003, quando Luís Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores, venceu as eleições depois de dois mandatos consecutivos de Fernando Henrique Cardoso³²⁸, do Partido da Social Democracia Brasileira³²⁹.

O modelo de Estado regulador foi implementado durante a gestão de Fernando Henrique Cardoso, sob intensa crítica do então principal partido da oposição (e atual situação). Naquele momento, foi debatida a importância de se garantir autonomia em pelo menos três dimensões (administrativa, financeira e capacidade normativa³³⁰) aos órgãos reguladores, como parte da reforma do Estado, sob pena de não assegurar transparência, tecnicidade e segurança às regras setoriais e, com isso, inibir o investimento privado, nacional e estrangeiro.

Vale lembrar na história recente pelo menos três episódios que colocaram em xeque a autonomia das agências reguladoras mas que não podem anuviar o debate acerca do controle político exercido pelo Poder Executivo como principal³³¹.

³²⁸ 1º.01.1995 a 1º.01.1999 e 1º.01.1999 a 1º.01.2003.

³²⁹ Não quer isto dizer que o Poder Legislativo não tenha realizado qualquer tipo de controle das atividades das agências. O Tribunal de Contas, como braço de fiscalização do Poder Legislativo, tem realizado importante trabalho de monitoramento das agências reguladoras. Exemplos foram citados no capítulo 2.

³³⁰ Acredita-se que essas três dimensões englobem a independência administrativa, a autonomia financeira, a ausência de subordinação hierárquica, a estabilidade de seus dirigentes (mandato fixo) e obrigatoriedade de o agente permanecer um tempo em “quarentena” antes de voltar a atuar no mercado.

³³¹ Outra forma de o Poder Executivo enfraquecer as agências reguladoras é não apontando novos dirigentes para os órgãos de cúpula dessas instituições. Pesquisa da Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base (ABDIB) apontou que as diretorias dos órgãos reguladores ficaram, em 2006, em média 85 dias sem uma indicação, comprometendo sua capacidade para deliberar sobre assuntos de sua competência (cf. RITTNER, Daniel. “Agências ficam sem quórum em 28% do tempo”, *Valor Econômico*, 22/11/2006).

O mais antigo deles ocorreu em 2003, quando o recém-eleito Presidente da República considerou abusivo o reajuste das tarifas da telefonia fixa e recomendou a sua suspensão. Para tanto, determinou ao então ministro das telecomunicações, Miro Teixeira, que enviasse ao então presente da ANATEL, Luiz Guilherme Schymura, ofício determinando que o reajuste ficasse suspenso até ser “celebrado acordo que resultasse em tarifas justas e coerentes com o interesse público e com a política econômica em vigor”³³². A desobediência por parte da ANATEL custou a renúncia do seu presidente no início de 2004.

Num segundo momento, a Advocacia Geral da União – AGU sugeriu no Parecer n. 04/2006 que o Ministério dos Transportes realizasse revisão de decisão tomada pela Agência Nacional de Transportes Aquáticos e Terrestres – ANTAQ de cobrar pela taxa para entrega de contêineres aos demais recintos alfandegados no porto de Salvador. Na época, as críticas a essa postura da AGU já sinalizavam os riscos de um possível retrocesso no modelo do Estado regulador adotado pelo Brasil.

O terceiro episódio tem o setor de aviação civil como vetor da crise institucional das agências reguladoras. Após acidente aéreo no aeroporto de Congonhas, São Paulo, em agosto de 2007, o setor entrou em grave crise econômica e também política que teve início com a investigação da ANAC pelo Congresso Nacional, por meio de criação da Comissão Parlamentar de Inquérito, situação que culminou no pedido de demissão da então diretora, Denise Arruda.

A partir desse contexto torna-se importante, contudo, compreender que o controle político por meio da *avaliação de impacto regulatório*, além de ser uma alternativa aos mecanismos que têm se mostrado ineficazes³³³, preserva a autonomia das agências

³³² Artigo “Lula proíbe aumento de telefonia” publicado no Valoronline em 26/06/2003 e disponível em <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG58430-6012,00-LULA+PROIBE+AUMENTO+DE+TELEFONIA+FIXA.html> (último acesso em 14/09/2009). Para mais informações sobre esse episódio, ver os artigos “Para associação, governo quer controlar agências reguladoras” de José Alan Dias e “Dirceu e Palocci divergem sobre mudança na Anatel” de Kennedy Alencar, ambos publicados no sítio eletrônico Folha Online em 08/01/2004 e disponíveis respectivamente em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u78990.shtml> e <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u78988.shtml> (último acesso em 14/09/2009).

³³³ Faz-se referência ao contrato de gestão que não só tem sido muito pouco utilizado como não apresenta condições efetivas de controle, relembrando que o controle hierárquico não é aqui considerado espécie de controle por meio da administração pública direta. Além disso, acreditava-se que as consultas públicas e outros mecanismos de participação fossem melhor explorados pelos atores envolvidos.

reguladoras. Conforme explicado acima, essa ferramenta permite que o principal exerça espécie de controle sem, contudo, interferir diretamente nas decisões regulatórias. O controle de fato é realizado pelos próprios envolvidos no processo regulatório (os administrados e a sociedade civil em geral na figura das associações de interesse público), que passam a responsabilizar os agentes e exigir deles lealdade à vontade do principal – *i.e.* da política pública editada e que lhe confere fundamento de validade – e, com isso, o Presidente da República não interfere na autonomia desses entes³³⁴.

O controle realizado pelo Chefe do Poder Executivo será resultado da redução da assimetria de informação entre ele e o agente regulador. A partir da iniciativa da agência, de regular mais ou menos, de propor uma mudança e não outra, o Chefe do Executivo irá identificar e compreender o posicionamento e as decisões a serem tomadas pelos agentes reguladores. Dessa forma, evita-se uma mudança drástica de postura por parte dos agentes reguladores, a qual poderia eventualmente causar surpresa ao Chefe do Executivo e culminar em uma crise política entre eles, como foi o caso do Brasil nos episódios citados acima.

Como todo mecanismo de controle, deve-se encontrar o equilíbrio entre a interferência necessária para a redução da assimetria de informação do principal e a independência indispensável para que a agência possa tomar suas próprias decisões³³⁵. Pois, acredita-se que a implementação da *avaliação* pelos agentes reguladores brasileiros – por ser esta um instrumento técnico-jurídico – seja uma questão apartidária, assim como foi a implementação do modelo de Estado regulador adotado durante a década de 1990. Não se pode perder de vista que está em jogo o desenvolvimento institucional do Estado brasileiro, e não uma disputa político-partidária emaranhada de ideologias sobre a qual não cabe aqui discorrer.

³³⁴ McCUBBINS, Mathew D.; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry R. “Administrative Procedures as Instruments of Political Control”. In: *Journal of Law, Economics and Organization*, v. III, n. 2, fall, University of Yale, 1987, p. 244.

³³⁵ “Uma maior autonomia precisa ser equilibrada com uma estrutura clara para a prestação de contas. A independência eficaz de intervenções políticas de curto prazo, bem como de interesses regulados, exige que as autoridades regulatórias estabeleçam um diálogo amplo com todas as partes interessadas” (OCDE. *Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento*, Relatório sobre a reforma regulatória, Casa Civil da Presidência da República, 2008, p. 347).

O contrário seria abrir mão de todo o esforço em tornar a atividade regulatória mais eficiente do ponto de vista econômico e social. Não se pode esquecer que apenas a autonomia dos agentes reguladores é capaz de garantir a transparência, previsibilidade e qualidade em relação à tomada de decisões. Nas palavras da OCDE, “[a] vantagem das agências reguladoras independentes é que elas podem isolar as atividades regulatórias das considerações políticas de curto prazo e a influência de interesses especiais públicos ou privados, particularmente de empresas reguladas. Se quiserem ser efetivas, suas estruturas devem ser ajustadas em meio a um conjunto de reformas estruturais coerentes e oportunas”³³⁶.

Desse modo, a preocupação com a autonomia das agências reguladoras é fundamental, pois “[é] amplamente reconhecido que a aprendizagem só ocorre em situações em que os atores (e as organizações) não se sentem ameaçados. As discussões regulatórias precisam ocorrer em um contexto no qual as organizações não temam por sua sobrevivência e expectativas e existam convenções sobre os papéis das diferentes organizações”³³⁷. Este tópico será abordado de novo no capítulo 7, quando serão analisadas as peculiaridades do Estado brasileiro que pretende adotar, em breve, a *AIR*.

6.3. Conclusão parcial: o controle político e a legitimação das decisões regulatórias

Após abordar os três fundamentos para a adoção da *avaliação de impacto regulatório* (eficiência estatal, legitimação das decisões regulatórias e controle político), uma questão ainda permanece sem resposta. Como é possível essa ferramenta ser considerada um mecanismo de controle político dos agentes reguladores pelo principal (conclusão deste capítulo), ao mesmo tempo em que tem potencial de desempenhar papel fundamental de legitimação das decisões regulatórias pela participação ativa dos administrados (conclusão do capítulo anterior)? Em outras palavras é o mesmo que questionar que o elemento redutor do déficit democrático do Estado regulador identificado pela *AIR* é ora visto sob o viés do administrado (usuários e fornecedores de serviços e bens nos setores regulados), ora sob o viés do principal (Poder Legislativo e Poder Executivo). Qual dos dois ângulos deve prevalecer?

³³⁶ OCDE. *Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento*, Relatório sobre a reforma regulatória, Casa Civil da Presidência da República, 2008, p. 19.

³³⁷ LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. “O enraizamento da regulação de qualidade: fazer as perguntas difíceis é a resposta”. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (org.). *O desafio da regulação no Brasil*. Brasília: ENAP, 2006, pp. 35/36.

Em tese, a lógica de cada um dos controles realizados é bastante diferente e, por que não dizer, divergente. Suponha-se o caso de uma decisão regulatória sobre a concessão de novas licenças para a prestação de um determinado serviço por maior número de agentes econômicos. Nessa hipótese, o controle exercido pelo principal estará voltado a saber se os objetivos desejados pelos eleitores serão de fato atendidos³³⁸. O particular que deixará de ter uma reserva de mercado com a decisão procurará contestá-la, enquanto outros buscarão mantê-la com a perspectiva de também passar a prestar o serviço. Os usuários, de forma ainda diferente, desejarão tarifas mais acessíveis e maior número de prestadores para poderem escolher aquele que lhes convier.

Abordando esse problema, FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO explica que “controlar a atividade de um órgão público implica em proceder no sentido de compelir os agentes públicos a perseguirem objetivos e a cumprirem suas atribuições. A atividade de controle, porém, não é neutra aos interesses. O regulado quando recorre a uma instância de controle contra uma medida regulatória o faz por entender que tal medida afronta seus interesses e direitos”³³⁹. Desse modo, observa-se um fluxo conflitante de interesses entre os atores envolvidos quando do controle das atividades regulatórias.

Entretanto, o conceito de *avaliação de impacto regulatório* apresentado no capítulo 2 permite compreender que essa aparente contradição de interesses faz parte do desenho institucional dos agentes envolvidos no Estado regulador. O que se verifica, na verdade, é um fluxo de interesses em sentidos diferentes numa triangulação que representa a efetivação do Estado Democrático de Direito por meio do Estado regulador.

³³⁸ Se apresentar interesses escusos, se identificará com interesses particulares de um grupo econômico. Nesse caso, a AIR será importante para identificar esse desvio de interesse.

³³⁹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. “Pensando o controle da atividade de regulação estatal”. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005, p. 226.

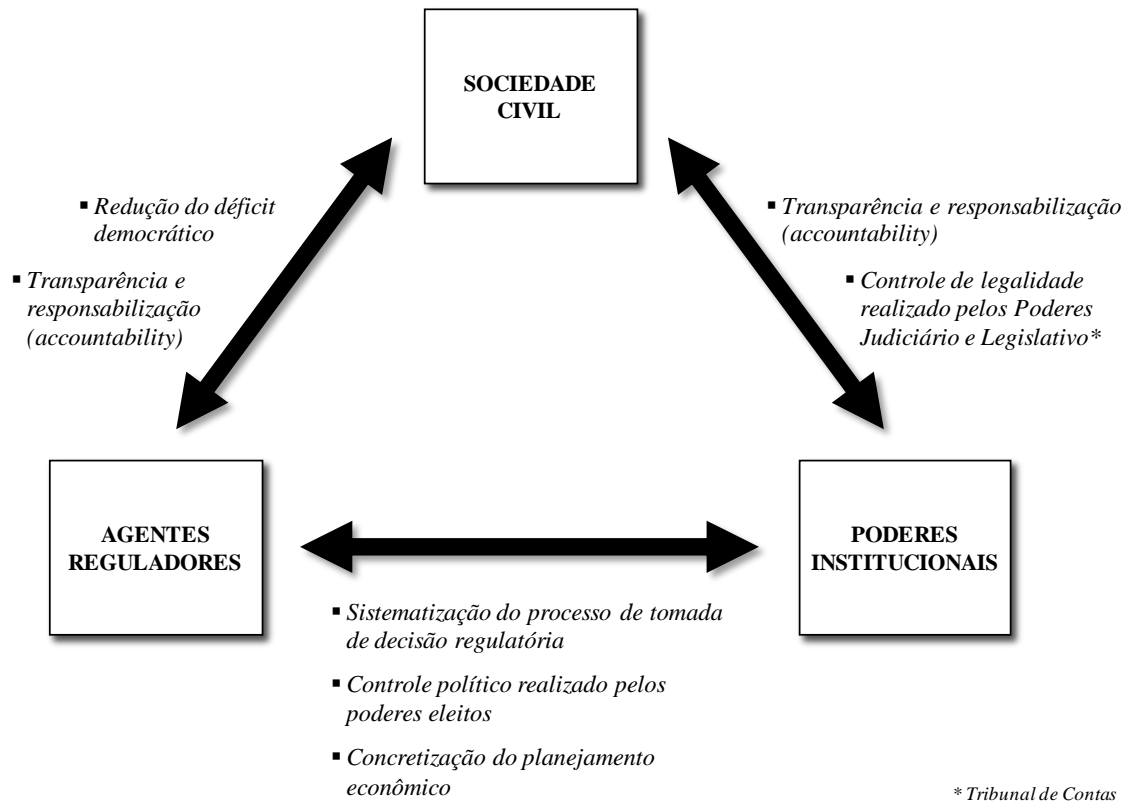
Nesse sentido, da perspectiva da sociedade civil, a *AIR* é um instrumento de controle da atividade regulatória estatal que, por meio de procedimento administrativo voltado à análise das decisões dos agentes reguladores baseada em evidências empíricas, introduz mecanismos de participação democrática, de transparência e de responsabilização do agente regulador. Com isso, reduzi-se o déficit democrático existente entre a sociedade civil e os agentes reguladores.

Da perspectiva dos agentes reguladores, por sua vez, por meio da *avaliação de impacto regulatório* permite-se que os poderes institucionais realizem o controle político indireto das decisões regulatórias a serem tomadas ou já tomadas pelos agentes reguladores. Dessa forma, além de existir o controle estático realizado quando da elaboração da lei de criação dos diversos agentes reguladores e a consequente delegação inicial de poderes e o estabelecimento de *standards* para a regulação do mercado, opera-se o controle dinâmico, deferido ao longo do tempo sobre as decisões regulatórias no momento em que elas ainda estão sendo pensadas pelos agentes reguladores.

Por fim, do ponto de vista dos poderes institucionais, a *AIR* facilita o controle de legalidade das decisões regulatórias, na medida em que confere transparência a cada uma das etapas em que a decisão foi formada, definindo com clareza, por exemplo, sua motivação, seu critério de proporcionalidade, sua finalidade, etc. Esse controle não se restringe àquele realizado pelos três agentes aqui mencionados, porém engloba também o controle a ser realizado pelo Poder Judiciário e pelo Tribunal de Contas. A partir da realização da *avaliação de impacto regulatório* será possível identificar com clareza e facilidade o elemento que foi desrespeitado pelo agente regulador, facilitando, igualmente, os mecanismos de prova para aquele que deseje questionar a decisão.

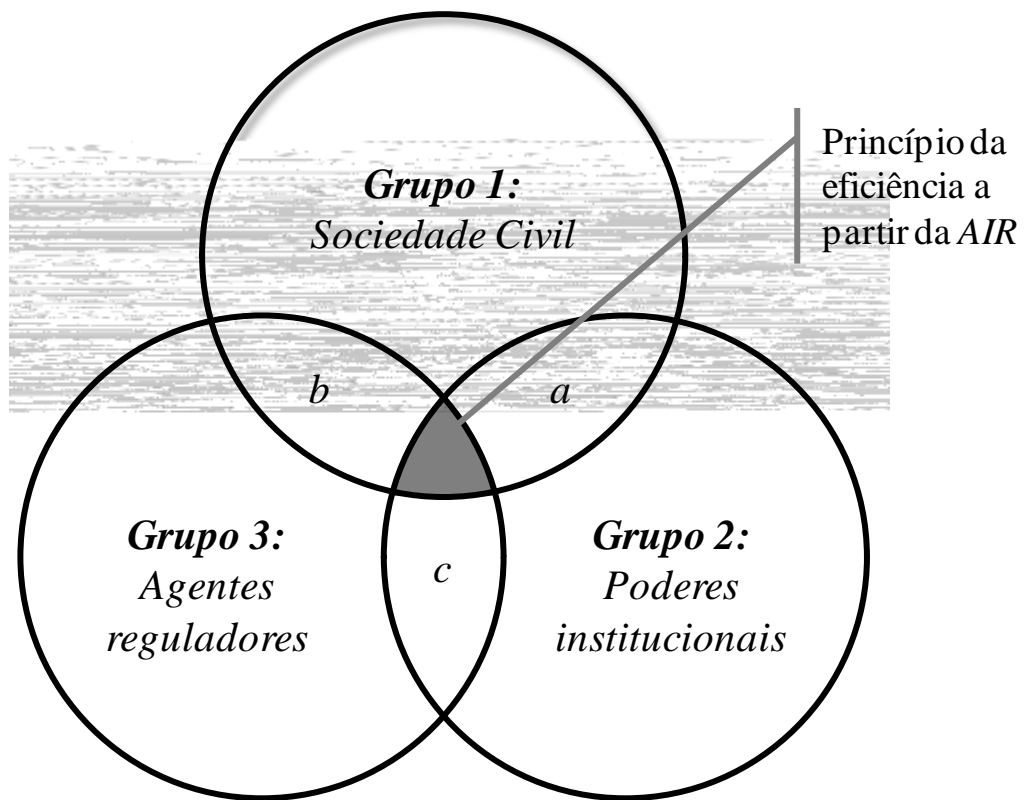
Desse modo, a triangulação dos interesses (figura 6) a partir da adoção da *avaliação de impacto regulatório* possibilita aproximar o Estado regulador (que sofreu críticas acerca de seu déficit democrático, por um lado, e acerca da excessiva independência conferida aos entes reguladores, de outro) do Estado Social Democrático de Direito.

Figura 6 – Triangulação dos interesses a partir de uma visão da AIR



Por fim, cumpre concluir que além da efetivação do Estado Democrático de Direito, a *avaliação de impacto regulatório* acrescenta um elemento fundamental para a satisfação do princípio constitucional da eficiência. Conforme argumentado nos capítulos 3 e 4 anteriores, a leitura estritamente econômica desse princípio não era possível no contexto constitucional brasileiro, de forma que se propôs relativizá-la a partir da abordagem de outros aspectos que a adoção da AIR acarreta ao Estado, como a *accountability* e o controle político do Estado regulador. Nesse sentido, a eficiência é um ponto de intersecção entre os três vértices que justifica a adoção dessa ferramenta, conforme demonstrado na figura 3a e replicado na figura 3b abaixo. Assim, conclui-se que a AIR é um veículo patrocinador da eficiência do Estado regulador.

Figura 3b – A eficiência como ponto de convergência para adoção da AIR



CAPÍTULO 7

A AVALIAÇÃO DE IMPACTO REGULATÓRIO E O BRASIL

“[H]á que se frisar que o incremento na participação depende menos da criação de estruturas burocráticas ou de estruturas de financiamento dos custos de participação, e mais da ampliação da transparência nos processos decisórios e nas próprias decisões desses órgãos (que contam com os grandes instrumentos proporcionados pela tecnologia da informação) e da efetiva disposição dos órgãos de compartilhar com a sociedade e com os regulados o processo decisório (o que, além de não implicar abrir mão das competências para decidir, só agrega força às decisões tomadas)”³⁴⁰.

7.1. Avaliação de impacto regulatório e o direito brasileiro

Após a apresentação da *avaliação de impacto regulatório* e a abordagem de cada uma das perspectivas de análise sugeridas como orientadoras da linha argumentativa adotada, cumpre ainda atender ao segundo objetivo desta dissertação: apresentar o que existe de mais próximo dessa ferramenta no processo de tomada de decisão federal e sua introdução no ordenamento jurídico nacional.

Apesar de o Brasil ainda não ter adotado a *avaliação de impacto regulatório* como requisito para o processo de decisão e a elaboração de uma nova medida pelos agentes reguladores, é possível identificar algumas práticas existentes no âmbito federal que podem ser consideradas embriões desse instrumento no país. Faz-se referência aos procedimentos e determinações encontradas no Decreto 4.176, de 28 de março de 2002, e no Manual de Redação da Presidência da República³⁴¹.

³⁴⁰ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; FERNANDES, Luís Justiniano de Arantes. “As agências reguladoras no direito positivo brasileiro”. In: CARDOZO, José Eduardo; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. *Curso de Direito Administrativo Econômico*. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 372.

³⁴¹ Importante fazer referência também à Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998, que trata da técnica legislativa para a elaboração, redação, alteração e consolidação de leis em geral.

O referido Decreto estabelece normas e diretrizes para a elaboração de atos normativos (leis, medidas provisórias e decretos) a serem encaminhados ao Presidente da República pelos Ministérios e órgãos da estrutura da Presidência. Além de regras básicas de técnica legislativa, o decreto determina que para cada projeto de ato normativo uma série de perguntas referentes aos impactos que esse projeto pode acarretar deve ser analisada e respondida pelo autor do projeto.

Dentre as perguntas presentes no anexo I do referido Decreto, tem-se: “deve ser tomada alguma providência?”, “qual o objetivo pretendido?”, “qual é o conjunto de destinatários alcançados pelo problema, e qual o número de casos a resolver?”, “o que poderá acontecer se nada for feito? (e.g. o problema tornar-se-á mais grave? Permanecerá estável? Poderá ser superado pela própria dinâmica social, sem a intervenção do Estado? Com que conseqüências?)”, “quais as alternativas disponíveis?”, “quais os instrumentos da ação que parecem adequados para alcançar os objetivos pretendidos, no todo ou em parte?”, “o ato normativo corresponde às expectativas dos cidadãos e é inteligível para todos?”, “o ato normativo é exequível?”, “existe uma relação equilibrada entre custos e benefícios?”³⁴².

De maneira geral, as perguntas presentes no Decreto 4.176, de 2002, guardam bastante semelhança com algumas das principais etapas da *AIR* descritas no capítulo 2, razão pela qual já é possível identificar verdadeiro embrião desse instrumento no Brasil. Nesse sentido, coloca-se a seguinte pergunta: se algumas características da *AIR* já existem no processo de tomada de decisão no âmbito da administração pública federal, ainda que em um formato menor, porque não é possível verificar, desde logo, as conseqüências positivas da sua utilização, conforme sustentado ao longo deste trabalho? A resposta está no reconhecimento das diferenças entre o questionário do anexo I do decreto e as etapas da *AIR* descritas no capítulo 2.

³⁴² Além das perguntas do anexo I, o Decreto 4.176, de 2002, também determina a apresentação de lista (anexo II) quando da apresentação de proposta de ato normativo. Note-se que para esta lista também é possível identificar uma série de diferenças em relação ao procedimento da *AIR* apresentada no capítulo 2 que seguem a mesma linha daquelas identificadas para as perguntas presentes no anexo I do referido decreto: 1) Síntese do problema ou da situação que reclama providências; 2) Soluções e providências contidas no ato normativo da medida proposta; 3) Alternativas existentes às medidas propostas; 4) Custos (apenas em relação ao Estado); 5) Razões que justificam a urgência (a ser preenchido somente se o ato proposto for medida provisória ou projeto de lei que deva tramitar em regime de urgência); 6) Impacto sobre o meio ambiente; 7) Alterações propostas; 8) Síntese do parecer do órgão jurídico.

Várias são as diferenças entre essas duas técnicas, porém importa ressaltar três principais: (i) o momento em que ocorre a identificação dos possíveis impactos, (ii) a forma como se identificam os impactos, e (iii) a abertura com que é realizada essa identificação.

No capítulo 2, a *AIR* foi apresentada como um procedimento administrativo que se inicia juntamente com o processo de tomada de decisão (a partir da identificação do problema), e perdura até a finalização da proposta de decisão regulatória, a qual poderá tomar a forma de uma norma a ser editada pelo órgão decisório. Assim, o agente regulador pode ter a possibilidade de extrair em cada uma das fases informações importantes para a idealização da decisão a ser sugerida ao órgão de cúpula.

Já as etapas presentes no anexo I do decreto são realizadas depois de tomada a decisão e funcionam como mera formalidade para justificar a adoção de uma decisão que já foi internamente acomodada no órgão proponente. Dessa forma, acaba sendo o trabalho inverso da *AIR* em que se responde às perguntas de acordo com a decisão tomada, desprezando o potencial que essa ferramenta tem para aprimorar o processo de tomada de decisão. Disso resulta o baixo nível de institucionalização do questionário, o que se procura evitar com a *AIR*.

Quanto à forma, é necessário esclarecer que no Decreto 4.176, de 2002, não há qualquer referência ao método que será adotado para a quantificação dos custos e benefícios de uma dada medida. Assim, a tarefa está mais uma vez fadada a ser tratada como um requisito formal, uma vez que a quantificação dos custos e benefícios não pode ser objeto de análise, avaliação e questionamento por outros órgãos e pelo Presidente. Além do mais, a ausência de critérios para a realização dos cálculos necessários permite que esse procedimento seja influenciado por subjetivismo passível de ser afastado pela adoção de métodos desenvolvidos e adotados pela *AIR* (*e.g.* análise de custo-benefício, análise de custo-efetividade, análise de risco, etc.).

Por fim está a principal diferença: a abertura com que as etapas do Decreto e a *AIR* são conduzidas. Enquanto que as perguntas presentes no anexo I do Decreto são respondidas pelos servidores “às portas fechadas”, no procedimento da *AIR* há pelo menos três oportunidades em que os dados, conclusões e sugestões de cada uma das etapas anteriores são confirmadas, validadas e revalidadas por mecanismos de participação social. O procedimento ganha, assim,

mais legitimidade e permite a produção de normas em sintonia com as dificuldades e particularidades de cada setor, contribuindo para o aumento do nível de aceitação e dos índices de cumprimento (*compliance*) pelos administrados.

Essa característica da *AIR* é responsável por intensificar as outras duas diferenças (momento e método) na medida em que elas seriam minimizadas caso tivessem contado com a participação social, transparência e publicidade ao longo do processo de resposta de cada uma das perguntas presentes no anexo do Decreto 4.176, de 2002. Note-se, mais uma vez, que não se está argumentando que a mera realização de consulta pública ou audiência pública seria necessária para sanar os problemas apontados acima. Os mecanismos de participação social, de transparência e de publicidade sugeridos são aqueles nos moldes das etapas previstas na *AIR* em que são ouvidos diversos atores em pelo menos três etapas, conforme descrito no capítulo 2.

Ao lado do Decreto 4.176, de 2002, está o Manual de Redação da Presidência da República, que também abriga algumas recomendações pertinentes à discussão, a despeito de ser voltado ao processo legislativo e não ao processo de tomada de decisão regulatória. Segundo o Manual, além do processo legislativo externo, disciplinado pela Constituição Federal, existe também o processo legislativo interno, “que se refere ao *modus faciendi* adotado para a tomada da decisão legislativa”³⁴³. O roteiro seguido no esforço de racionalização dos procedimentos de uma decisão legislativa é composto por (i) identificação e definição do problema, (ii) análise da situação questionada e de suas causas, (iii) definição dos objetivos pretendidos, (iv) críticas às propostas, e (v) controle de resultados. Por fim, o Manual remete o legislador às questões do anexo I do Decreto 4.176, de 2002.

Curioso notar que na etapa de definição dos objetivos pretendidos com a decisão legislativa, o Manual caracteriza a ação do legislador “mais por saber exatamente o que não quer, sem precisar o que efetivamente pretende”³⁴⁴. A esse respeito, vale ponderar que se deve exigir do legislador, assim como de qualquer outro tomador de decisão num Estado de Direito,

³⁴³ BRASIL. Presidência da República. “Manual de Redação da Presidência da República”, Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior, 2ª ed. rev. e atual. Brasília, 2002, p. 87.

³⁴⁴ BRASIL. Presidência da República. “Manual de Redação da Presidência da República”, Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior, 2ª ed. rev. e atual. Brasília, 2002, p. 88.

a identificação de objetivos para cada uma das suas decisões, sendo insuficiente a identificação apenas daquilo que não se deseja. Pois, o efetivo controle das decisões tomadas e dos meios eleitos apenas é possível com a revelação clara e precisa dos objetivos pretendidos, o que é exigível por força dos princípios constitucionais da administração pública (art. 37, *caput*).

Assim como ocorre com o procedimento previsto no Decreto 4.176, de 2002, as etapas do processo legislativo interno pecam por serem restritas ao Poder Legislativo ou ao parlamentar proponente, sem contar com a participação obrigatória de pessoas e instituições interessadas que sofrerão o impacto dessa nova regra. Além disso, não há um compromisso público dos parlamentares em seguir esse procedimento descrito no Manual de Redação da Presidência da República. Como consignado no referido documento, trata-se de construção doutrinária sobre o assunto.

De fato, as perguntas presentes no anexo I do Decreto 4.176, de 2002, e corroboradas pelo Manual de Redação da Presidência da República guardam significativa semelhança com a lista sugerida em 1995 pelo Conselho da OCDE aos seus membros³⁴⁵. Desde então, a organização expandiu sua campanha e grande parcela de seus membros (e não-membros) adotou algum mecanismo da *AIR*. Tanto é que atualmente existe um consenso em torno do uso dessa ferramenta como causa da melhoria da qualidade regulatória num dado país.

No entanto, existem algumas questões envolvendo o desenho e a adoção da *AIR* para que esse instrumento possa efetivamente contribuir para o processo de tomada de decisão regulatória. Por isso, a organização passou a disseminar as boas práticas³⁴⁶ verificadas em alguns países-membros, bem como a sugerir a criação de uma unidade responsável pela qualidade das avaliações realizadas pelos agentes reguladores. Esse é o tema da próxima seção.

³⁴⁵ O OCDE recomendou a adoção da seguinte lista no processo de tomada de decisão: 1) o problema está definido corretamente?; 2) a ação do estado é justificada?; 3) a intervenção é a melhor forma de ação estatal?; 4) existe fundamento legal para a intervenção?; 5) quais são os níveis apropriados para a intervenção estatal?; 6) os benefícios justificam os custos?; 7) a distribuição dos efeitos é transparente na sociedade?; 8) a norma é clara, consistente, compreensível e acessível a todos?; 9) todas as partes interessadas tiveram oportunidade para expressar sua opinião?; e 10) como será cumprida a norma? (cf. OECD, “Recommendation of the Council of the OECD on improving the quality of government regulation”, Paris, 1995, pp. 9/10)

³⁴⁶ OECD, *Regulatory Impact Assessment: Best Practices in OECD Countries*, Paris, 1997, p.3.

7.2. A unidade central de supervisão da qualidade da regulação: as particularidades do caso brasileiro

O debate a respeito da criação de um sistema de *AIR* no país perpassa as particularidades da reforma do Estado iniciada com o Plano Diretor de 1995 e a criação das primeiras agências reguladoras em 1996 e 1997. Como observado nos capítulos anteriores, o modelo regulatório ficou caracterizado pela fragmentação da regulação em razão das dinâmicas e motivações próprias de cada setor, sem que fosse possível identificar um núcleo comum a todas as agências³⁴⁷. Essa irregularidade na estrutura e operacionalização da regulação no Brasil não cessou com o tempo. Após quase quinze anos do início das reformas, não é possível identificar uma uniformidade na atuação de cada uma das dez agências existentes e dos demais agentes reguladores.

Essa não é a opinião apenas de cientistas políticos como MARCOS VINÍCIUS PÓ e FERNANDO LUIZ ABRUCIO, a OCDE expressou preocupação semelhante em seu relatório sobre a reforma regulatória no Brasil em 2008. Para a organização, o diálogo entre importantes instituições no núcleo do governo e as agências reguladoras permaneceu limitado durante o processo de privatização. “A discussão sobre a definição da promoção da qualidade regulatória no Brasil foi determinada, principalmente, por interesses em questões setoriais, especialmente focalizadas no projeto institucional de agências reguladoras”³⁴⁸.

Com efeito, sendo a regulação uma atividade que tende a se tornar cada vez mais estratégica para o Estado, se bem empregada, é necessário haver alguma espécie de coordenação³⁴⁹. O volume de leis, medidas provisórias, decretos, regulamentações é grande e a

³⁴⁷ PÓ, Marcos Vinícius; ABRUCIO, Fernando Luiz. “Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e *accountability* das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças”. In: *Revista Brasileira de Administração Pública*, n. 40, Rio de Janeiro, jul./ago., 2006, p. 688.

³⁴⁸ OCDE. *Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento*, Relatório sobre a reforma regulatória, Casa Civil da Presidência da República, 2008, p. 42.

³⁴⁹ Opinião contrária à eventual adoção de uma regra geral aos agentes reguladores é a de Marçal JUSTEN FILHO: “A heterogeneidade das figuras e a diversidade das características em que atuam impedem sua submissão a um regime único e uniforme. Portanto, as regras aplicáveis a todas as agências são irrelevantes” (*Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 485). No entanto, essa não é a opinião de outros professores como Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, Vital Moreira, entre outros. Note-se que aqui não faz parte da discussão a questão de conflitos entre o âmbito federal e outras medidas originadas dos Estados-membros e dos municípios, o que por si só seria motivo também para haver a necessidade de coordenação.

experiência aponta que cada uma delas pode resultar numa disputa judicial³⁵⁰. Assim, não só o administrado (cidadão ou empresário) fica confuso com o emaranhado normativo, como também as próprias instituições são abaladas por esse constante questionamento sobre a validade das regras a serem seguidas, colocando em xeque a estabilidade outrora pretendida com o modelo de Estado regulador.

Pode-se apontar a lei de processo administrativo (Lei 9.784, de 1999) como uma iniciativa para se propor um sistema uniforme de tomada de decisão. Nesse mesmo sentido devem ser lidos o Manual de Redação da Presidência da República e o Decreto 4.176, de 2002, acima abordados. Contudo, a simples estipulação de regras de uniformização não se mostrou suficiente para garantir coerência e coordenação ao processo de tomada de decisão regulatória³⁵¹.

A experiência da OCDE aponta que para a efetiva uniformização desse processo e a implementação de ferramentas como a *AIR* é necessário estabelecer mecanismos de controle da qualidade das decisões emanadas dos agentes reguladores. Do contrário, cada órgão continuará a aplicar a norma que entender mais adequada ao caso concreto e da forma que lhe convier, sem que haja uma unidade na regulação do país. Esse controle de qualidade se daria, entre outras formas, por meio da análise das *AIRs* a serem produzidas pelos agentes reguladores por uma unidade central de supervisão da qualidade da regulação.

³⁵⁰ O guMCID 4>39do6 l 1,

Nesse sentido, assevera: “a AIR, para ser eficaz, precisa estar nas mãos de um órgão responsável pelo controle de qualidade e que esteja apto a examinar o uso da AIR em outras instituições governamentais. No caso brasileiro, essa tarefa está diretamente relacionada à criação de um órgão central fiscalizador da qualidade regulatória. Esta Unidade poderia ser estabelecida na Casa Civil, dado que essa instituição tem o apoio político e exerce um papel crucial na coordenação de políticas governamentais. Este órgão supervisor deveria ter como uma de suas funções principais a revisão da utilização da AIR e sua promoção por meio de toda a administração”³⁵².

A literatura especializada aponta a inexistência desse órgão como um dos elementos justificadores de resultados fracos da adoção da AIR em outros países³⁵³. Assim, a literatura e as organizações internacionais defendem a criação de uma autoridade central de controle da qualidade a qual exigirá um nível mínimo de qualidade em momento anterior à decisão. Essa entidade deve observar procedimento próprio para a avaliação da AIR e o órgão decisório que não for capaz de cumprir com os níveis mínimos de qualidade deve prestar contas à autoridade e à população.

Esse tema rendeu críticas à qualidade da produção normativa na União Europeia antes da criação do *Impact Assessment Board* IAB³⁵⁴. Enquanto alguns se mostravam mais resistentes à ideia de criação de uma nova instância burocrática³⁵⁵, outros acreditavam que com o passar do tempo seria inevitável a adoção de sistema organizado de controle da

³⁵² OCDE. *Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento*, Relatório sobre a reforma regulatória, Casa Civil da Presidência da República, 2008, p. 342.

³⁵³ JACOBS, Scott. “Current trends in Regulatory Impact Analysis: the challenges of Mainstreaming RIA into Policy-making”, 2006, p. 19 (disponível em <http://www.regulatoryreform.com/pdfs/Current%20Trends%20and%20Processes%20in%20RIA%20-%20May%202006%20Jacobs%20and%20Associates.pdf>, último acesso em 26/10/2009).

³⁵⁴ Esse órgão foi examinado com mais detalhes no capítulo 2.

³⁵⁵ “We would be wary of recommending a new body to oversee regulation in the EU. There may be a case for extending the powers of an existing body - possibly the Secretariat General - but there is a danger that creating a brand new body would simply create another level of bureaucracy. In any event, the EU institutions work under fairly independent autonomous remits, managing differences thorough consultation and dialogue. Introducing an overseer onto this structure would be counter-cultural and may be counter-productive” (cf. Memorando de autoria do Sir David Arculus, presidente do *Better Regulation Task Force*, maio de 2005, disponível em <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldselect/ldcom/33/33we03.htm>, último acesso em 19/11/2009).

qualidade pela Comissão Europeia³⁵⁶. De fato, o *IAB* foi criado para reduzir a ausência de coerência e aumentar a coordenação e responsabilização (*accountability*) dos agentes reguladores europeus.

Exemplos de unidades centrais criadas em outros sistemas não são poucos. Conforme apresentado no capítulo 2, tanto os Estados Unidos (*OIRA*) quanto a União Europeia (*IAB*) apresentam órgão de coordenação permanente que suprem a carência de coerência política e assumem compromissos estratégicos de longo prazo. Outros exemplos são: no México, a *Comisión Federal de Mejora Regulatoria - CONFEMER*, comissão autônoma, responde ao presidente acerca da qualidade regulatória no país; na Coreia a *Presidential Commission on Regulatory Reform*, é composta por integrantes apontados pelo presidente e é presidida pelo primeiro-ministro; e, no Canadá, o *Special Committee of Council - SCC, Regulatory Affairs and Order in Council Secretariat - RAOICS*, tem a missão de desenvolver e gerenciar as reformas regulatórias do governo e programas de pesquisa, bem como apoiar o Gabinete Nacional em matérias administrativas, incluindo serviços secretariados para o Comitê do Gabinete que aprova a maior parte das normas regulatórias federais³⁵⁷.

A experiência da OCDE sugere que a unidade central é mais efetiva se: (i) é independente dos reguladores, (ii) segue uma política regulatória clara, aprovada em nível político, (iii) opera horizontalmente, penetrando na estrutura do governo e dos entes reguladores, (iv) dispõe de uma equipe de especialistas, e (v) é ligada às instâncias administrativas centrais e às autoridades orçamentárias³⁵⁸.

³⁵⁶ “It seems inevitable that the European Commission will over time move to create a more organized quality control capacity. Even though there is still no real equivalent of OIRA or the ORR, external scrutiny and accountability for quality is getting stronger in the European Commission” (cf. JACOBS, Scott. “Current trends in Regulatory Impact Analysis: the challenges of Mainstreaming RIA into Policy-making”, 2006, p. 23, disponível em <http://www.regulatoryreform.com/pdfs/Current%20Trends%20and%20Processes%20in%20RIA%20-%20May%202006%20Jacobs%20and%20Associates.pdf>, último acesso em 26/10/2009).

³⁵⁷ Para um rol mais amplo de organismos de supervisão da qualidade normativa, ver OCDE, *Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento*, Relatório sobre a reforma regulatória, Casa Civil da Presidência da República, 2008, pp. 74/78.

³⁵⁸ OCDE. *Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento*, Relatório sobre a reforma regulatória, Casa Civil da Presidência da República, 2008, p. 43.

Pelas características desse organismo, parece existir um consenso de que sua alocação deve se dar na estrutura central do poder executivo. Contudo, é possível também verificar casos em que o Poder Legislativo é responsável por abrigá-lo. Exemplo interessante é o da Inglaterra, em que a coordenação fica a cargo do *Better Regulation Executive*, porém o controle de qualidade, na prática, é exercido pelo *National Audit Office* – NAO, Tribunal de Contas inglês. As críticas do NAO são ouvidas pela BRE, que a partir delas realiza as alterações necessárias na agenda regulatória do país (e.g. elaboração de novos manuais, promoção de novos cursos, etc.).

Voltando ao contexto brasileiro, é importante não perder de vista a sensível questão referente à autonomia dos agentes reguladores diante da histórica tradição de autoridade concentrada no Chefe do Poder Executivo³⁵⁹. Vale ressaltar que essa tradição presente no sistema político-administrativo tem servido como justificativa equivocada para a adoção da AIR pelo país³⁶⁰. A fim de evitar mal-entendidos – afinal, tanto a coordenação como a independência são vistas como desejáveis –, cumpre esclarecer que para alguns a coordenação pode estar por definição relacionada ao controle. MARTIN LODGE e KAI WEGRICH alertam que a coordenação pode ser vista por ângulos diferentes pela ciência da administração pública, ora defendendo maior liberdade e um processo de aprendizagem descentralizado, ora advogando pelo intercâmbio entre os setores e pela criação de um único órgão de fiscalização³⁶¹.

³⁵⁹ Por essa razão, a doutrina nacional tem se posicionado contra, desde já, à iniciativa do Pro-Reg de criar essa unidade central de supervisão da qualidade da regulação. (cf. DUTRA, Pedro. “Superagência”, *Valor Econômico*, 11/11/2009)

³⁶⁰ Luiz Alberto dos SANTOS defende que “não se pode dizer que o modelo brasileiro seja cópia exata de um ou outro país, mas caracteriza-se por ser o resultado de influências diversas, nem todas perfeitamente adaptadas às peculiaridades do regime político e da Constituição Federal, em especial a primazia historicamente atribuída ao chefe do Poder Executivo no sistema político e administrativo do país” (“Desafios da governança regulatória no Brasil”. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (org.). *O desafio da regulação no Brasil*. Brasília: ENAP, 2009, pp. 105/6).

³⁶¹ Vale notar que os autores ainda citam como alternativa a criação de agentes reguladores que concentram em sua competência mais de um setor, como é o caso da Alemanha e a criação do regulador em rede da indústria, responsável pelos serviços de correios, telecomunicações, eletricidade, gás e transporte ferroviário. (cf. LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. “O enraizamento da regulação de qualidade: fazer as perguntas difíceis é a resposta”, In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (org.). *O desafio da regulação no Brasil*. Brasília: ENAP, 2009, p. 29)

É preciso encontrar, desse modo, o equilíbrio entre a necessária coordenação do sistema regulatório fragmentado como o brasileiro e a indispensável autonomia dos agentes reguladores para que estes possam realizar suas escolhas livres de intervenções político-partidárias. É dizer, nas palavras de PAULO MODESTO, que se deve ajustar o posicionamento do Estado de forma a evitar “tanto a *prepotência* quanto a *impotência* do Estado”³⁶². Mesmo porque, diante da capacidade da AIR de se adaptar às particularidades do contexto político-administrativo de cada país (*e.g.* a diversidade de modelos adotados pelos países-membros da OCDE), é importante lembrar que não existe um “modelo correto” de AIR³⁶³. O sistema de avaliação de decisões regulatórias dependerá das características políticas, culturais e sociais de cada país.

Em qualquer situação, no entanto, a revisão da AIR conduzida pela unidade central de controle da qualidade regulatória deve ser realizada de forma transparente e com vista ao atendimento do interesse público³⁶⁴. Esse será um desafio do Estado brasileiro nos próximos anos³⁶⁵.

³⁶² MODESTO, Paulo. “Notas para um debate sobre princípio da eficiência”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 31, São Paulo, 2000, p. 55.

³⁶³ RODRIGO, Délia. “Regulatory Impact Analysis in OECD countries: challenges for developing countries”, OECD, Dhaka, Bangladesh, Junho de 2005, p. 3.

³⁶⁴ “Governments implementing RIA could learn another lesson from the central RIA oversight bodies that ensure that their review activities are in the public view rather than behind close doors. For example, the U.S. OIRA and the Mexican COFEMER publish information on their web pages on current proposals under review. In addition, OIRA’s „return letters criticizing a proposed regulation or RIA are public documents. More transparency and accountability in the RIA quality control process are powerful tools for improvement” (cf. JACOBS, Scott. “Current trends in Regulatory Impact Analysis: the challenges of Mainstreaming RIA into Policy-making”, 2006, p. 23, disponível em <http://www.regulatoryreform.com/pdfs/Current%20Trends%20and%20Processes%20in%20RIA%20-%20May%202006%20Jacobs%20and%20Associates.pdf>, último acesso em 26/10/2009).

³⁶⁵ “Santos [Luiz Alberto dos Santos, coordenador do Pro-Reg como titular da Casa Civil] deixa claro que as agências reguladoras não deverão perder poder com o novo órgão, porque ele não se sobreporia ao papel que exercem sobre cada mercado. O Organismo de Supervisão Regulatória (OSR), como pode vir a ser chamado, não revisaria as normas das agências no âmbito de seu segmento, mas seria um instrumento de suporte analítico para avaliar a regulação como um todo, identificando e analisando sobreposições e impactos em demais mercados. „Seria um instrumento para avaliar os custos e benefícios das normas e seus impactos sociais, para evitar decisões exageradas”. (cf. FARIELLO, Danilo. “Regulação: novo órgão, ainda em estudos, tem por base recomendação da OCDE e pode seguir modelo mexicano. Governo pode criar superagência para fiscalizar agências”, *Valor Econômico*, 04/11/2009)

7.3. O Estado brasileiro e a *avaliação de impacto regulatório*

Pode-se afirmar que, desde a reforma do Estado brasileiro em 1995, a discussão no Brasil em torno de medidas voltadas à *melhoria da regulação* teve início em 2003 com a instituição de grupo de trabalho interministerial³⁶⁶, que tinha como objetivos: (i) analisar o arranjo institucional regulatório no âmbito federal; (ii) avaliar o papel das agências reguladoras; e (iii) propor medidas corretivas do modelo adotado.

Do diagnóstico realizado por esse grupo, duas providências foram tomadas no âmbito do governo federal desde então: (i) a apresentação, ao Congresso Nacional, do projeto de lei 3.337, de 2004, que propôs alterações nas leis de regência de cada uma das agências reguladoras³⁶⁷; e (ii) a criação do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – Pro-Reg, em 2007.

De acordo com a Exposição de Motivos da Casa Civil³⁶⁸, pretendia-se a adequação do grau de autonomia ou independência das agências em relação aos ministérios. Vale destacar que o modelo das agências reguladoras não chegou a ser desconsiderado por completo pelo Grupo de Trabalho: “não obstante a necessidade de aprimoramento do quadro atual, é essencial para o bom funcionamento da maior parte dos setores encarregados da provisão de serviços públicos, com reflexos positivos no resto da economia”³⁶⁹. Contudo, “uma das

³⁶⁶ “[A]o iniciar-se o governo do Presidente Lula a política regulatória evidenciava lacunas e fragilidades diversas. Acrescente-se a isso as questões legítimas de delegação e controle, em uma perspectiva política, inerentes ao modelo de agências em qualquer país. A eleição do presidente Lula, no final de 2002, foi a primeira mudança de coalizões no governo brasileiro desde as reformas econômicas e do Estado, o que exigiu um processo de aprofundamento da análise do papel e funcionamento das agências reguladoras.

O atual governo, em seu primeiro mandato, realizou intenso debate acerca da estrutura institucional para a regulação econômica no Brasil. Nesse sentido, foi constituído, por determinação do presidente da República, em março de 2003, um grupo de trabalho interministerial para analisar, discutir a organização e propor medidas em busca do aperfeiçoamento do modelo institucional das agências reguladoras no âmbito do Poder Executivo Federal” (cf. SANTOS, Luiz Alberto dos. “Desafios da governança regulatória no Brasil”. In: PROENÇA, Jadir; COSTA, Patricia Vieira da; MONTAGNER, Paula (org.). *Desafios da regulação no Brasil*. Brasília: ENAP, 2009, pp. 107/8).

³⁶⁷ O referido projeto de lei está em trâmite na Câmara dos Deputados sob a relatoria do Deputado Federal Antônio Carlos Pannunzio, que já apresentou substitutivo (cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. “Substitutivo ao Projeto de Lei n.º 3.337”, de 2004. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/241988.pdf>, último acesso em 20/11/2009). Apesar de ter sido incluído no Programa de Aceleração do Crescimento em 2007, não tem sido tratado como assunto de máxima prioridade pelos Poderes Executivo e Legislativo.

³⁶⁸ Faz-se referência à Exposição de Motivos n. 12 da Casa Civil da Presidência da República de 12/04/2004.

³⁶⁹ BRASIL. Casa Civil. Presidência da República. “Exposição de Motivos Nº 12/C. Civil-PR”, Brasília, abril, 2004, p. 19. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/CCIVIL/2004/12.htm>.

principais distorções do papel das Agências detectadas foi o exercício de competências de governo pelas Agências Reguladoras, como a absorção da atividade de formulação de políticas públicas e do poder de outorgar e conceder serviços públicos”³⁷⁰.

Em breve síntese, o referido projeto de lei propõe (i) a alteração da competência para a outorga de concessões, permissões e autorizações que faz parte das atribuições das agências, com exceção da ANEEL, e passaria para os ministérios correspondentes; (ii) redução para 4 anos dos mandatos dos diretores e conselheiros das agências; (iii) ampliação das hipóteses de consulta pública dos atos normativos das agências reguladoras; (iv) definição de regras de controle externo das agências reguladoras, pelo TCU, por meio da elaboração de relatórios anuais e da celebração de contratos de gestão com os ministérios correspondentes; (v) criação de uma ouvidoria em cada agência; e (vi) integração da agência com o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; entre outras providências.

Dessa forma, de maneira geral, o projeto de lei procura uniformizar as regras das agências reguladoras criadas na gestão anterior e restituir a competência para a concessão de outorgas aos ministérios correspondentes. Essa última disposição foi vista pela doutrina como tentativa de enfraquecimento dos poderes das agências reguladoras pela então nova gestão, apesar de admitir que o referido projeto de lei revela “certo amadurecimento para perspectivas de se trabalhar com vistas ao aperfeiçoamento do modelo, e não à sua destruição, como se chegou a supor”³⁷¹.

³⁷⁰ “A absorção da atividade de formulação de políticas, Senhor Presidente, se deu, geralmente, por falta de estrutura dos Ministérios setoriais responsáveis pela formulação das políticas, no exercício de suas competências legais. Desse modo, em alguns casos, as Agências não só regulavam e fiscalizavam o setor como atuavam de forma ampla na formulação de políticas setoriais. O projeto de lei busca estabelecer a fronteira entre formulação de política setorial e regulação econômica. Esse objetivo, frise-se, não implica qualquer incompatibilidade entre a atividade de regulação desempenhada pelas Agências e a formulação de políticas setoriais por parte de Ministérios. Ao contrário, ambos - Agências Reguladoras e Ministérios - podem atuar de forma harmoniosa e, do ponto de vista institucional, de modo cooperativo. O projeto de lei que ora lhe submeto, em nome dos Ministros de Estado que participaram ativamente desse debate e da formulação das propostas em tela, pretende deixar claro à sociedade que planejamento e formulação de políticas setoriais cabe aos órgãos da administração direta. Às Agências Reguladoras cabe regulamentar e fiscalizar as atividades reguladas, implementando, no que lhes toca, a política setorial.” (cf. BRASIL. Casa Civil. Presidência da República. “Exposição de Motivos Nº 12/C. Civil-PR”, Brasília, abril, 2004, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/CCIVIL/2004/12.htm, último acesso em 20/11/2009)

³⁷¹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; FERNANDES, Luís Justiniano de Arantes. “As agências reguladoras no direito positivo brasileiro”. In: CARDOZO, José Eduardo; QUEIROZ, João Eduardo Lopes;

Considerando que o foco deste trabalho é a *avaliação de impacto regulatório*, cumpre analisar com mais detalhes o Pro-Reg na seção seguinte, deixando de lado exame mais aprofundado do projeto de lei.

7.3.1. O PRO-REG

Conforme mencionado, o Pro-Reg foi instituído pelo Decreto 6.062, de 2007, a fim de “contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório exercido no âmbito do governo federal, dos mecanismos de prestação de contas, e de participação e monitoramento por parte da sociedade civil e da qualidade da regulação de mercados” (art. 1º).

Não é raro o Pro-Reg ser identificado como uma iniciativa voltada à consolidação do arranjo regulatório adotado pelo Brasil na década de 1990³⁷². Tanto é que o Programa tem como tarefa (i) fortalecer o sistema regulatório de modo a facilitar o pleno exercício de funções por parte de todos os atores; (ii) fortalecer a capacidade de formulação e análise de políticas públicas em setores regulados; (iii) aprimorar a coordenação e o alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo regulatório; (iv) fortalecer a autonomia, transparência e desempenho das agências reguladoras; e (v) desenvolver e aperfeiçoar mecanismos para o exercício do controle social e transparência no âmbito do processo regulatório (art. 2º).

Para realizar esses objetivos, foram criados dois comitês: o Comitê Gestor – CGP e o Comitê Consultivo – CCP, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República³⁷³.

O Comitê Gestor é composto por um representante da Casa Civil da Presidência da República (coordenador), um do Ministério da Fazenda e outro do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Entre as suas competências estão: definir o

SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. *Curso de Direito Administrativo Econômico*. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 371.

³⁷² Essa é a opinião de Luiz Alberto dos Santos em “Desafios da governança regulatória no Brasil”. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (coord.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: ANVISA, 2009, p. 178.

³⁷³ O Pro-Reg conta ainda com o auxílio da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil para o suporte técnico-administrativo ao Programa (art. 11).

direcionamento estratégico do Pro-Reg, articular com os órgãos envolvidos aprovação de planos de dispêndio de recursos e prestação de contas, e solucionar controvérsias relacionadas à execução do Programa (art. 4º). Nota-se, dessa maneira, que o Comitê Gestor reúne funções importantes para o direcionamento do Programa sem contar com a participação de representantes dos agentes reguladores e da sociedade civil (os prestadores de serviços regulados e os usuários de serviços regulados).

Assim, a restrita composição do Comitê Gestor e suas competências são alvo de críticas e de suspeitas sobre a possibilidade de esse Comitê restringir a autonomia dos agentes reguladores³⁷⁴. Como resposta a essa desconfiança, o Decreto permitiu que a Casa Civil convide representantes de órgãos e entidades públicas e privadas, bem como de outros poderes institucionais, para participar das reuniões sem direito a voto (parágrafo único do art. 4º). Ainda, o CGP também poderá instituir grupos e comissões temáticas, de caráter temporário, destinados ao estudo e à elaboração de propostas sobre matérias específicas (art. 7º). Contudo, não se pode afirmar se essa alternativa à composição restrita é suficiente para resguardar a autonomia das agências sem antes analisar a composição e atribuições do segundo Comitê.

O Comitê Consultivo por sua vez é composto por um representante, titular e suplente, de cada uma das agências reguladoras (ANATEL, ANCINE, ANEEL, ANP, ANSS, ANTAQ, ANTT, ANVISA, ANA e ANAC)³⁷⁵ e dos Ministérios aos quais estão vinculadas, do Ministério da Justiça e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 8º). A competência do CCP é apresentar e discutir propostas que possam apoiar e melhorar a execução do Programa, colaborar para o aperfeiçoamento dos níveis técnicos das ações implementadas e contribuir para a sua efetividade, prestar assessoria e orientação ao CGP e zelar pela integridade técnica do Pro-Reg (art. 9º).

De fato, da estrutura dos Comitês do Pro-Reg, verifica-se uma limitada chance de participação da sociedade civil e de outros agentes reguladores que, apesar de não serem identificados como agências reguladoras pela legislação nacional, desempenham atividades

³⁷⁴ Referência é feita ao artigo “O PRO-REG e a autonomia das agências reguladoras” de autoria de Alexandre Wagner Nester publicado sítio eletrônico [HTTP://www.justen.com.br/informativo3/artigos/04.htm](http://www.justen.com.br/informativo3/artigos/04.htm), último acesso em 17/04/2009.

³⁷⁵ Essas agências reguladoras estão referidas na Lei 10.871, de 20 de maio de 2004.

regulatórias (*e.g.* o Banco Central, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – IBAMA, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO, etc.). Ainda que os Comitês, sobretudo o Gestor, deem oportunidade para as entidades, públicas e privadas, manifestarem suas opiniões em relação às significativas mudanças a serem propostas na estrutura e *modus operandi* do Estado regulador, o Pro-Reg será caracterizado pela predominância de atores governamentais na sua concepção e

pretendido. Cada um dos eixos, seus respectivos objetivos e produtos estão sintetizados na figura abaixo (figura 7)³⁷⁷.

Figura 7

Eixo 1 - Fortalecimento da capacidade de formulação e análise de políticas públicas

Objetivo: fortalecer a capacidade dos ministérios para formular políticas públicas e realizar o acompanhamento e a avaliação da implementação dessas políticas

Produtos:

- a) diagnóstico da formulação e da análise de políticas públicas em mercados regulados;
- b) desenho de metodologia e de indicadores para o acompanhamento e a avaliação em mercados sujeitos à regulação; e
- c) capacitação dirigida aos profissionais dos ministérios na área da formulação, do monitoramento e da avaliação de políticas setoriais em mercados regulados.

Eixo 2 - Melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo regulatório

Objetivo: promover a coordenação e o alinhamento entre as políticas públicas setoriais e os processos de regulação.

Produtos:

- a) estudo para o desenho de uma unidade de coordenação, acompanhamento e avaliação em melhora regulatória;
- b) estudo para a criação de uma instância colegiada independente, de consulta e assessoramento do governo;
- c) estágio internacional para integrantes da unidade de coordenação;
- d) desenho e implantação de uma rede governamental de melhoria regulatória;
- e) desenho de uma estratégia de implantação e institucionalização da análise de impacto regulatório (AIR);
- f) desenvolvimento de instrumentos de gestão que apoiem o estabelecimento de consensos e acordos sobre os objetivos estratégicos das políticas setoriais, o desempenho das agências e a garantia da autonomia financeira para a boa operação delas; e
- g) assistência técnica aos ministérios e agência interessados na implantação dos instrumentos.

Eixo 3 - Fortalecimento da autonomia, transparência e desempenho das agências reguladoras

Objetivo: fortalecer a autonomia das agências, contribuir para a melhoria do seu desempenho e promover a implantação de instrumentos que apoiem a melhora da qualidade da regulação.

Produtos:

- a) desenho e implementação de um programa de capacitação em AIR;
- b) elaboração e apoio à implementação de um sistema de seleção de diretores e equipe gerencial superior das agências baseado em critérios competitivos e requisitos mínimos de formação e experiência;
- c) definição de metodologias para a elaboração de mapas de risco para as agências;
- d) oferta de assistência técnica para o desenvolvimento de mapas de risco para as agências; e
- e) formulação e implementação de um programa de capacitação em processos administrativos e gestão por resultados.

Eixo 4 - Desenvolvimento de mecanismos para o exercício do controle social

Objetivo: apoiar mecanismos de controle social nas atividades regulatórias.

Produtos:

- a) formulação e implementação de um programa de capacitação em questões de funcionamento dos mercados, princípios de melhora regulatória e papel da regulação;
- b) formulação e implementação de campanha de comunicação institucional sobre educação em regulação;
- c) diagnóstico das capacidades institucionais dos Procons estaduais para atender às demandas dos usuários;
- d) fortalecimento da gestão de informações do DPDC/SDE/MJ;
- e) capacitação do pessoal das agências em temas de transparência, prestação de contas e participação social;
- f) elaboração de estudos e suporte técnico às agências para a implementação de medidas de facilitação do controle social.

³⁷⁷ Note-se que esses eixos, apesar de guardarem alguma relação com o tema da presente dissertação, não tratam da centralidade do tema, razão pela qual não serão aprofundados.

Note-se que não é preciso muito esforço para concordar que os três últimos eixos são atendidos diretamente pela *AIR*, todavia maior desafio será a concretização de cada um deles e, por consequência, dessa ferramenta. Essa análise teórica apenas pode ser transposta para o caso brasileiro após definido o desenho da *avaliação de impacto regulatório* a ser adotada pelo Pro-Reg, o que será realizado a seguir.

7.3.1.1. A avaliação de impacto regulatório no PRO-REG

Apesar de o Pro-Reg já existir há dois anos, ainda não é possível identificar os contornos da *avaliação de impacto regulatório* a ser adotada pelo governo federal como resultado do Programa. Isto se explica pelo fato de essa ferramenta ainda estar em fase de desenvolvimento.

A expectativa era que em novembro de 2009 consultor(a) de reconhecida experiência internacional tenha sido contratado(a) para desenvolver a versão brasileira da *análise de impacto regulatório* a ser adotada no nível federal. Segundo o correspondente Termo de Referência, “[b]em mais que um sistema mecânico que apresenta custos e benefícios de uma determinada proposta regulatória, a *AIR* deve ser vista como um sistema flexível que permita a coordenação e a cooperação de agências governamentais na identificação de melhores opções, variáveis, embasadas em dados empíricos e em consulta pública, para, assim, alcançar objetivos sociais e econômicos por intermédio da intervenção governamental”³⁷⁸.

Foram concebidas quatro fases para o desenvolvimento, implementação e disseminação da *AIR* entre os servidores públicos e formuladores de políticas públicas envolvidos com a regulação setorial. São elas: (i) diagnóstico, (ii) desenho do sistema de *AIR*, (iii) implementação e (iv) acompanhamento.

A primeira fase tem como objetivo levantar os elementos fundamentais para a *AIR* e mobilizar em termos políticos os atores responsáveis pela sua implementação no país. No Termo de Referência estão presentes alguns dos elementos considerados indispensáveis para o sistema de *AIR* no Brasil. São eles: (i) apoio político; (ii) constituição de uma unidade encarregada da qualidade da *AIR* no âmbito do governo federal; (iii) identificação dos critérios de aplicação da *AIR* para as propostas de regulação; (iv) definição e estabelecimento do

³⁷⁸ BRASIL. Presidência da República. “Termo de Referência n. /2009”, setembro, 2009, p. 4.

processo de consulta pública para a *AIR*; (v) desenho de um programa de capacitação para os servidores e dirigentes públicos encarregados de fazer e de conduzir a *AIR*³⁷⁹.

Como resultado dessa etapa inicial foram previstos (i) relatório com a identificação dos elementos essenciais para o desenho do sistema de *AIR* brasileiro, com propostas concretas para sua implementação, e (ii) treinamento para os servidores públicos e dirigentes das agências reguladoras, ministérios supervisores, órgãos e entidades que interagem no sistema regulatório brasileiro.

Na segunda fase serão definidos os contornos da *AIR*. Prevê-se que algumas questões referentes aos elementos assinalados na fase anterior serão respondidas. Elas giram em torno de aspectos institucionais (*e.g.* quais serão os canais institucionais que irão permitir a preparação, implementação e posterior utilização da *AIR*?), técnicos (*e.g.* a que tipo de regulação a *AIR* será aplicada?), de recursos humanos (*e.g.* quem será responsável por conduzir a *AIR*? Qual será o treinamento necessário para eles? Haverá algum incentivo para a sua condução?), e legais (*e.g.* qual será a base legal para a *AIR* no Brasil?)³⁸⁰. A partir disso, será elaborado manual da *AIR* no Brasil e a unidade de coordenação da qualidade regulatória será estabelecida na estrutura da administração pública brasileira.

Na terceira fase serão realizados projetos pilotos com agências reguladoras, como é o caso da ANVISA³⁸¹, a fim de subsidiar a definição do sistema a ser adotado pelo país. Como resultado dessa etapa espera-se (i) desenvolver os projetos pilotos, (ii) elaborar relatório sobre pontos de aprimoramento e adequação do processo de consulta pública a ser integrado à *AIR*, e (iii) propor curso de capacitação de servidores públicos³⁸².

Por fim, a última fase tem como objetivo acompanhar os projetos pilotos a fim de que seja possível preparar documento sobre a *AIR* no Brasil a partir dos subsídios colhidos dessas experiências. Desde logo, sete elementos serão incluídos de acordo com as boas práticas internacionais: (i) delimitação do problema, (ii) estabelecimento dos objetivos, (iii)

³⁷⁹ BRASIL. Presidência da República. “Termo de Referência n. /2009”, setembro, 2009, p. 4.

³⁸⁰ BRASIL. Presidência da República. “Termo de Referência n. /2009”, setembro, 2009, pp. 5/6.

³⁸¹ “Governo escolhe ANVISA para projeto piloto de regulação”, Brasília, 23/07/2008, disponível em <http://www.anvisa.gov.br/divulga/noticias/2008/230708.htm>, último acesso em 12/11/2008).

³⁸² BRASIL. Presidência da República. “Termo de Referência n. /2009”, setembro, 2009, pp. 7/8.

identificação de possíveis medidas alternativas, (iv) realização de análises econômicas dos impactos para cada uma das medidas alternativas, (v) condução de consulta pública, (vi) elaboração de conclusões e recomendações, e (vii) implementação e revisão da decisão. Como produto, o governo espera realizar o acompanhamento dos projetos pilotos, apresentar um curso sobre técnicas de consulta pública, avaliar a *AIR* a ser implementada, e elaborar relatório analítico sobre o melhoramento do sistema de *AIR* implementado³⁸³.

A implementação do sistema de *AIR* no Brasil é concebida como um processo contínuo, cujo aperfeiçoamento se dará com o aprendizado adquirido a partir dos projetos pilotos conduzidos pelos agentes reguladores selecionados. Apesar da descrição do procedimento acima, o desenvolvimento da *AIR* ainda está em fase inicial³⁸⁴, o que limita a análise e o posicionamento crítico frente a essa iniciativa governamental. Nesse estágio qualquer conclusão pode ser prematura. É preciso esperar.

7.3.2. O Programa de Melhoria da Regulação da ANVISA

Considerando que o Pro-Reg ainda não definiu os contornos exatos da *avaliação de impacto regulatório*, para se analisar a experiência brasileira com essa ferramenta é preciso voltar a atenção para o que cada um dos agentes reguladores tem feito. Nesse quesito, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA destaca-se como pioneira na tentativa de aperfeiçoar sua atividade com a realização de um programa próprio, o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação – PMR, instituído pela Portaria 422, de 16 de abril de 2008³⁸⁵.

O PMR tem como objetivo “modernizar e qualificar a gestão da produção normativa da Agência para fortalecer a legitimidade da ação de regulação sanitária na perspectiva do conhecimento, da transparência, da cooperação, da responsabilização, da participação, da

³⁸³ BRASIL. Presidência da República. “Termo de Referência n. /2009”, setembro, 2009, pp. 8/9.

³⁸⁴ De acordo com o Termo de Referência, o trabalho terá início a partir de novembro de 2009 e tem previsão de acabar em outubro de 2010. (cf. BRASIL. Presidência da República. “Termo de Referência n. /2009”, setembro, 2009, pp. 11/12)

³⁸⁵ Outras experiências com a *AIR* podem ser apontadas no Brasil, contudo, poucas se encaixam na definição apresentada ao final do capítulo 2. Exemplo disso é o “Estudo Técnico” realizado no âmbito da ANATEL, Superintendência de Serviços Públicos, para instruir a proposta da agência de alteração do Plano Geral de Outorgas em 2008.

agilização, da efetividade, da descentralização e da excelência da atuação institucional” (art. 1º). Além disso, consolida a implantação das Boas Práticas Regulatórias, guia elaborado pela agência para a melhoria constante da qualidade regulatória da ANVISA, bem como pretende estar alinhado com as políticas de saúde (*e.g.* o programa “Mais Saúde: Direito de Todos”³⁸⁶ e o “Plano Diretor de Vigilância Sanitária – PDVISA”³⁸⁷) e ao esforço do governo federal com o Pro-Reg.

A *avaliação de impacto regulatório* aparece como um importante instrumento para alcançar os objetivos específicos do programa enumerados no art. 4º da referida Portaria³⁸⁸ e é expressamente mencionada no Manual de Boas Práticas (cf. página 11 e seguintes). Contudo, é preciso notar que as diretrizes apresentadas tanto no primeiro documento quanto no segundo pouco inovam em relação à Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784, de 1999) e à própria lei de criação da agência (Lei 9.782, de 23 de janeiro de 1999).

Note-se que o conteúdo da Portaria 442, de 2008, é bastante parecido com o do Decreto 6.062, de 2007, da mesma forma que o Manual de Boas Práticas apresenta semelhanças com o Decreto 4.176, de 2002. Por exemplo, as perguntas presentes no apêndice D (Relatório de Instrução de Proposição) se identificam sobremaneira com aquelas previstas no anexo do

³⁸⁶ Programa desenvolvido pelo Ministério da Saúde que contempla conjunto de iniciativas voltadas a aprofundar e atualizar os grandes objetivos da criação do SUS para a concretização dos objetivos de universalidade, equidade e integralidade dos serviços de saúde (cf. BRASIL. Ministério da Saúde - Secretaria-Executiva. “Mais saúde: direito de todos: 2008 – 2011”, 2ª. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008, p. 7).

³⁸⁷ Plano voltado a fortalecer e consolidar o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (cf. BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. “Plano diretor de vigilância sanitária”, 1ª ed. Brasília: ANVISA, 2007).

³⁸⁸ Art. 4º. São objetivos específicos do Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação: I - aprimorar os instrumentos normativos e organizacionais da Anvisa necessários à efetiva implementação das ações e atividades destinadas à melhoria contínua do processo de regulamentação; II - promover estudos avaliativos relacionados ao processo de regulamentação e identificar ferramentas, parcerias e inovações tecnológicas capazes de ampliar e fortalecer a capacidade regulatória da Anvisa; III - harmonizar e sistematizar o procedimento de regulamentação da Anvisa de forma a aprimorar a gestão da produção normativa e contribuir para a melhoria da qualidade e da efetividade dos atos normativos da Agência; IV - fortalecer a integração entre as unidades organizacionais da Agência por meio da cooperação e da responsabilização nas ações e atividades inerentes ao processo de regulamentação; V - sistematizar e qualificar os subsídios técnicos, administrativos e jurídicos destinados ao processo de tomada de decisão; VI - aproximar e fortalecer a participação dos atores do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária no processo de regulamentação da Anvisa; VII - promover maior transparência por meio do entendimento claro dos procedimentos inerentes ao processo de regulamentação da Anvisa para facilitar a participação dos diversos atores envolvidos nesse processo; VIII - aprimorar os mecanismos e canais de participação da sociedade no processo de regulamentação, sobretudo consultas e audiências públicas; IX - promover a desburocratização e facilitar o acesso à regulamentação por meio da compilação e consolidação dos atos normativos; X - orientar as ações permanentes de conscientização, capacitação e educação sobre a melhoria da qualidade do processo de regulamentação, com o propósito de internalizar o compromisso com a melhoria contínua do processo de produção normativa da Anvisa.

Decreto 4.176, de 2002, sem que a existência de uma nova ferramenta, a *avaliação de impacto regulatório*, tenha tido qualquer impacto nesse processo de tomada de decisão.

Assim, tais diretrizes para a produção normativa são apresentadas como novidade sem que na realidade tenham sido instituídas apenas para a ANVISA, ou que a agência as tenha criado em razão do Programa instituído pela Portaria 422, de 2008. Ademais, pode-se afirmar que mesmo aquilo que poderia introduzir nova filosofia ou mecanismo de tomada de decisão, como a *AIR*, não foi idealizado a fim de alterar qualquer dinâmica. A *AIR* proposta pela ANVISA não tem o condão de alterar o processo de tomada de decisão da agência, assim como não tiveram as outras experiências vivenciadas pelo Brasil. Três são as críticas que suportam essa conclusão: (i) adoção tardia da *AIR* no processo de tomada de decisão, (ii) pré-escolha de um método de análise econômica a ser utilizado e (iii) forma como é comunicado o resultado da *AIR*.

A primeira delas diz respeito ao momento em que se sugere a realização da *avaliação de impacto regulatório* (item 5 do procedimento). Apenas depois de tomada a decisão de regular, elaborada a minuta da proposta de regulamentação setorial e apresentada a proposta para o Diretor responsável, uma *análise de impacto regulatório* é considerada.

Conforme indicado no capítulo 2, a *AIR* deve ter início ao mesmo tempo em que se inicia o procedimento de tomada de decisão³⁸⁹. Em outras palavras é dizer que antes mesmo de ser tomada qualquer decisão, deve-se iniciar a *AIR* observando cada uma das etapas apresentadas na figura 2. Sinteticamente, somente após a identificação do problema, elaboração das alternativas à atuação, quantificação dos custos e benefícios de cada uma das opções, consulta às partes interessadas e impactadas para obter dados e validar as premissas e análises realizadas, deve ser comunicada a opção mais favorável à Diretoria Colegiada.

³⁸⁹ A prática de iniciar a *AIR* tão logo o processo de tomada de decisão seja iniciado é adotada em outros países também por meio do planejamento das *AIRs* a serem realizadas. Nos EUA, resumos das *AIRs* a serem realizadas são publicados duas vezes ao ano no sítio eletrônico <http://www.gpoaccess.gov/ua/index.html> (último acesso em 18/11/2009); na União Europeia, cada *AIR* deve estar prevista no Programa e Planejamento Estratégico (*Strategic Planning and Programming - SPP*) elaborado anualmente pela Comissão Europeia.

A *AIR* irá influenciar pouco se apenas for utilizada na parte final da decisão, ou como uma análise econômica para apenas confirmar uma decisão anteriormente tomada. Dessa forma, estará mais propensa a ser utilizada como mera formalidade, como acabou ocorrendo com as consultas e audiências públicas no Brasil, cuja participação social é bastante desestimulada por inexistir qualquer incentivo por parte daqueles que deveriam participar.

Mesmo do ponto de vista econômico, cabe realizar crítica em relação à ausência de flexibilidade. Foi aconselhado que apenas um método de análise econômica (o de custo-efetividade) fosse utilizado³⁹⁰. Note-se que, apesar da aparente simplificação, a pré-escolha de um determinado método enfraquece sobremaneira a qualidade da *AIR*, uma vez que essa escolha deve ser feita à luz do caso concreto³⁹¹. Ainda que grande parte das análises venha utilizar o método de custo-efetividade, em razão da dificuldade que o método de custo-eficiência apresenta para temas como riscos à saúde, o engessamento do procedimento a ser adotado prejudica as demais análises que não se beneficiam desse método. Exemplos de decisões que não exigiriam, a princípio, uma análise de custo-efetividade é a proibição de propaganda de bebidas alcoólicas, do fumo em locais fechados e das câmaras de bronzamento.

A terceira crítica se refere à forma como será comunicado o resultado da *AIR*. O desenvolvimento do Índice de Governança e Impacto Regulatório (I-Reg) pode ser uma boa ideia caso seja acompanhado de critérios objetivos para a adoção de um ou outro indicador, bem como de outras formas de comunicação. A mera utilização de quatro indicadores pode não traduzir as informações necessárias para que a Diretoria Colegiada tome a decisão mais adequada à persecução dos objetivos da política setorial. Note-se que pela prática internacional já foram consolidados diversos modelos de resumo em que é possível comunicar de forma simples e concisa grande parte das informações necessárias para o tomador da decisão relacionado ao tema em discussão. Um exemplo que vale menção é o modelo

³⁹⁰ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. “Manual de Boas Práticas Regulatórias: guia para o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da ANVISA”, setembro de 2008, p. 21.

³⁹¹ Internacionalmente, aponta-se a flexibilidade como característica essencial para a análise econômica da *AIR*. (cf. RODRIGO, Délia. “Regulatory Impact Analysis in OECD countries: challenges for developing countries”, OECD, Dhaka, Bangladesh, Junho de 2005, p. 15)

desenvolvido na Inglaterra em que o servidor em apenas duas páginas deve apresentar os resultados de uma análise quantitativa e qualitativa³⁹².

Em que pese essa iniciativa da ANVISA de pretender aprimorar sua atividade regulatória, é preciso notar que a agência parte de pressuposto equivocado. Seu objetivo está voltado a “modernizar e qualificar a gestão da produção normativa” (art. 3º) como se a atividade de regular setores variados e importantes³⁹³ como os que estão submetidos à agência se resumisse à mera edição de normas. De fato, grande parte das atividades dos reguladores tem se traduzido na edição cada vez mais numerosa de normas (portarias, resoluções, instruções normativas, etc.), contudo esse não deveria ser o foco de uma reforma que se propõe a alcançar os objetivos específicos previstos no art. 4º. Dessa forma, as críticas se justificam em razão de um equívoco da agência que retrata a tradição do direito brasileiro, expressado nos capítulos anteriores.

A tradição do direito brasileiro, no entanto, não pode constituir um obstáculo para a adoção da *AIR* em sua essência. Conforme desenvolvido nos capítulos anteriores, sobretudo no capítulo 1, a atividade reguladora se concentra nas decisões que o agente estatal deve tomar e, somente a partir daí e se for necessário e de acordo com a sua decisão, passa-se à normatização. Às vezes, é possível que a agência decida por não intervir, ou permitir que outros agentes regulem por meio de mecanismos alternativos à regulação de comando e controle (*command and control*).

Não é porque se está diante de um assunto de saúde, em que está em jogo a saúde dos cidadãos, que se deve tomar uma decisão mais conservadora³⁹⁴. Exemplo disso é a norma

³⁹² Por outro lado, é possível que essa escala seja útil em alguns casos, como o que se verificou na *avaliação de impacto regulatório* que antecedeu a reforma do sistema postal europeu. Foram escolhidas escalas de fácil compreensão para grande número de pessoas a fim de sintetizar os custos e benefícios de cada uma das opções analisadas.

³⁹³ Conforme Dirceu Raposo de Mello e Pedro Ivo Sebba Ramalho, estima-se que a atuação da ANVISA englobe produtos e serviços de saúde que apresentam 25% do Produto Interno Bruto brasileiro (Cf. MELLO, Dirceu Raposo de; RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. “Boas Práticas regulatórias: previsibilidade e transparência na Agência Nacional de Vigilância Sanitária”. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: ANVISA, 2009, p. 242.

³⁹⁴ É possível citar ainda o caso recente na história da ANVISA de proibição das câmaras de bronzamento no Brasil por meio da Resolução da Diretoria Colegiada n. 56, de 9 de novembro de 2009. Note-se que essa medida foi tomada quando o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação já havia sido adotado pela agência. Optou-se por uma postura mais agressiva por parte da agência, sob o argumento de proteção à saúde dos usuários,

sobre gordura trans adotada nos Estados Unidos que, em vez de proibir a comercialização dessa substância, optou-se por informar os índices desse tipo de ácido graxo nas embalagens dos alimentos³⁹⁵.

7.4. Um balanço da experiência brasileira

Diante do exposto, verificou-se que algumas das etapas da *avaliação de impacto regulatório* já existem para a produção de atos a serem encaminhados ao Presidente da República, porém são pouco executadas e, quando o são, são realizadas apenas internamente com reduzida (para não dizer rara) participação da sociedade civil. Nessa perspectiva, surge o Pro-Reg como programa federal voltado a introduzir essa ferramenta no processo de tomada de decisão regulatória federal de acordo com as boas práticas internacionais. Idealizado para as agências reguladoras federais, compreenderá também os demais agentes reguladores que, apesar de não apresentarem essa nomenclatura, têm entre suas competências a regulação de algum setor ou mercado.

O Pro-Reg, conforme descrito acima, ainda se encontra em fase inicial, razão pela qual não é possível realizar análise precisa da *avaliação de impacto regulatório* a ser adotada. Como se disse antes, qualquer conclusão seria prematura e inconsistente. No entanto, é de se causar estranheza que pouco se tem discutido a respeito do Programa na comunidade política e jurídica. Apesar da realização de alguns eventos e da contratação de estudos voltados para o desenvolvimento e adoção da *AIR* no Brasil, o Pro-Reg não tem sido eficaz em mobilizar a opinião pública no debate em torno de tema tão fundamental para o fortalecimento do Estado regulador brasileiro. Não é forçoso concluir que a partir dos elementos existentes até o presente momento, o Pro-Reg não parece ser um Programa prioritário para o governo federal e tampouco apresenta potencial de gerar efeitos concretos no curto prazo³⁹⁶.

e menos por informar os riscos a respeito do uso contínuo daquela prática ou pelo atendimento a requisitos mínimos de segurança.

³⁹⁵ O processo de análise das diferentes opções regulatórias é possível verificar no relatório da *avaliação de impacto regulatório* elaborado pela *Food and Drug Administratio* (agência norte-americana responsável pela regulação dos gêneros alimentícios e da sua embalagem) e publicado no US Federal Register de 11 de julho de 2003 (vol. 68, número 133, páginas 41433/41506).

³⁹⁶ Vale mencionar que em 2010 estão previstas eleições presidenciais, evento que tende a distanciar a agenda política de debates sobre temas como reformas regulatórias e introdução da *avaliação de impacto regulatório*.

A experiência da ANVISA, por sua vez, aponta para outro problema: escassa adoção da *AIR* pela própria agência. Apesar de terem sido definidas as linhas gerais dessa ferramenta pelo agente regulador, o processo decisório continua a ignorá-la como se o trabalho realizado para seu desenvolvimento tivesse objetivos apenas teóricos (ou retóricos?). A baixa adoção e pouca importância dada à implementação efetiva desse instrumento leva à conclusão de que a *AIR* pode estar sendo adotada na esfera federal apenas como uma forma de conquistar legitimidade perante órgãos internacionais como a OCDE e o Banco Mundial.

A respeito disso, após estudar a implementação da *AIR* em vários países europeus, CLAUDIO M. RADAELLI concluiu que “the hypothesis on emulation is fully consistent with symbolic adoption: beyond a certain threshold, adoption of a new policy tool becomes a way to gain legitimacy, even if there is no intention to implement the innovation efficiently”³⁹⁷. Ou seja, a adoção de instrumentos como a *AIR* pode fazer parte de uma agenda regulatória imposta por organismos internacionais (e.g. OCDE e Banco Mundial), sem que isso implique numa mudança de comportamento das instituições e pessoas envolvidas no processo de tomada de decisão.

Os órgãos internacionais já identificaram essa *falsa* adoção da *avaliação de impacto regulatório* como mero veículo para conquistar certa legitimidade internacional. Em recente análise sobre as reformas regulatórias ocorridas em seis países (Hungria, República da Coreia, México, Austrália, Itália e Reino Unido) o *International Finance Corporation*, entidade integrante do Banco Mundial, reconheceu o sucesso de reformas que tiveram representativa participação da sociedade civil e alto envolvimento das partes interessadas (tanto do setor público quanto do privado)³⁹⁸.

³⁹⁷ Tradução livre: “a hipótese de *cópia* é totalmente compatível com a adoção simbólica: depois de um certo limite, a adoção de uma ferramenta política passa a ser uma forma de ganhar legitimidade, ainda que não exista qualquer intenção em implementar a inovação de forma eficiente” (cf. Claudio M. RADAELLI. “Does regulatory impact assessment make institution think?”, artigo apresentado na conferência *Governing the European Union: policy instruments in a multi-level polity*, Paris, 2007, p. 24).

³⁹⁸ “All six countries studied created a public reform process and public expectations for success. Reform programs were based on public participation and stakeholder involvement, while the actual reforms aimed to institutionalize greater transparency in the government’s regulatory function through tools such as regulatory impact analyses, public consultations, and registries of regulations” (cf. International Finance Corporation. “Lessons for reformers: how to launch, implement, and sustain regulatory reform – an analysis of six case studies in developing and high-income countries”, Washington, Junho de 2009, p. 36).

No contexto brasileiro, pode-se afirmar que a ANVISA e o Pro-Reg têm dado pouca importância a esse aspecto. O diálogo tem sido limitado – quando existente, ocorre apenas dentro das instâncias burocráticas do governo e dos agentes reguladores, sem que a sociedade seja convidada a participar.

Vale ainda recapitular outros pontos sensíveis das críticas à experiência brasileira levantadas nas seções anteriores. São eles: (i) o momento em que a avaliação é iniciada, (ii) a qualidade da análise econômica e seus respectivos métodos, (iii) a forma como a comunicação do resultado é estabelecida com a sociedade e com o tomador de decisão, e (iv) os mecanismos de consulta à sociedade civil, devendo ser previstos outros além da audiência pública e da consulta pública. Acredita-se que esses pontos devem servir de indicadores de tendências que podem ser evitadas na concepção e institucionalização da AIR no Brasil.

Ademais, da exposição realizada ao longo da dissertação ficou claro que para a introdução de ferramenta como a *avaliação de impacto regulatório* é indispensável preservar a autonomia dos agentes reguladores, tema delicado no contexto brasileiro. Isso se explica, em parte, pelo evocado “tradicional autoritarismo do Presidente da República”³⁹⁹ e pela tendência que se tem em justificar a atuação governamental na baixa participação social, em vez de incentivá-la. Em seu recente relatório sobre o Brasil, a OCDE sintetizou essa crítica, ao afirmar que

“[e]m geral, nos países da OCDE, as agências reguladoras são estabelecidas para proteger o processo de tomada de decisões e a fiscalização nos setores contra a intervenção de políticas de curto prazo, para defender as entidades reguladas contra os interesses privados. Em condições ideais, servem para equilibrar os interesses de diversos participantes (o governo, o setor privado, os consumidores), enquanto corrobora com os investidores privados. Contudo, essa é uma tarefa desafiadora em um país como o Brasil, onde a participação social é baixa. Em alguns setores, o processo de tomada de decisões é visto, com frequência, como considerando mais os interesses das entidades reguladas do que os dos

³⁹⁹ Luiz Alberto dos SANTOS defende essa postura em “Desafios da governança regulatória no Brasil”. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da COSTA; MONTAGNER, Paula. *Desafios da regulação no Brasil*. Brasília: ENAP, 2009, pp. 105/106.

consumidores e que são necessários alguns ajustes. Essa percepção levou a intervenções políticas que exerceram pressões explícitas ou implícitas sobre algumas agências – como, por exemplo, quando [do] reajuste de preços dos serviços básicos de telecomunicações, que sucedeu a desvalorização da moeda e a inflação resultante⁴⁰⁰.

A única maneira de se afastar qualquer suspeita de que a *AIR* seria adotada no Brasil por motivos de legitimidade internacional ou por ingerência indevida da cúpula do Poder Executivo nas atividades regulatórias, seria submeter a proposta para a adoção da *avaliação de impacto regulatório* pelo Estado brasileiro a uma análise de impacto.

Uma sugestão nesse sentido é o questionário proposto por STUART SHAPIRO. Diante das várias reformas regulatórias presenciadas nos Estados Unidos nas últimas décadas, esse autor norte-americano propôs um *check list* a fim de evitar que a adoção de uma ferramenta como a *AIR* seja apenas mais uma reforma regulatória em meio a tantas. Ele apresenta cinco questões, sintetizadas na figura 8 abaixo, a serem respondidas no âmbito de cada nova proposta de reforma regulatória⁴⁰¹.

Figura 8

1	Quantas decisões regulatórias serão afetadas pela <i>AIR</i> ?
2	Quais serão os custos diretos por decisão após a implementação da avaliação da <i>AIR</i> ?
3	Por quanto tempo a adoção da <i>AIR</i> irá atrasar a tomada de decisão regulatória?
4	Qual é o custo por ano de atraso de uma medida regulatória submetida à <i>AIR</i> ?
5	Qual é a probabilidade de os benefícios da adoção da <i>AIR</i> superarem os custos? a) A <i>AIR</i> irá representar uma alteração no processo de tomada de decisão que outros instrumentos tenham falhado? b) A <i>AIR</i> demonstrou ser efetiva em aprimorar as medidas regulatórias a ela submetidas? c) A <i>AIR</i> irá impedir que decisões favoráveis à sociedade sejam afastadas? d) A <i>AIR</i> irá gerar benefícios intangíveis (e.g. aumentar a supervisão dos agentes reguladores pelo principal)?

⁴⁰⁰ OCDE. *Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento*, Relatório sobre a reforma regulatória, Casa Civil da Presidência da República, 2008, p. 15.

⁴⁰¹ SHAPIRO, Stuart. “Evaluating the benefits and costs of regulatory reforms: what questions need to be asked?”, AEI – Brookings Joint Center For Regulatory Studies, janeiro, 2007, pp. 223/230. Essa iniciativa do autor se deu como continuação do trabalho que Paul Portney iniciou em 1984 com a publicação de “The benefits and costs of regulatory analysis”. In: V. K. Smith (Ed.), *Environmental policy*. Chapel Hill: University of North Carolina Press.

Não obstante a sugestão de STUART SHAPIRO seja válida, pois sem ela uma ferramenta cuja premissa é tornar mais *eficiente* o Estado acaba por torná-lo mais vagaroso, custoso e distante dos seus objetivos iniciais, em seu lugar sugere-se uma *AIR* da proposta de adoção da *AIR*.

A recomendação é percorrer cada um dos dez passos descritos no capítulo 2 para uma *avaliação de impacto regulatório ex ante*, a fim de que o processo de tomada de decisão possa ser conduzido a partir de uma referência racional⁴⁰² e com ampla participação da sociedade civil. Depois de adotada, seria realizado periodicamente seu acompanhamento, de acordo com a última fase da *AIR*.

Essa iniciativa não só contribuiria para mobilizar a sociedade civil em torno do estabelecimento dessa nova mentalidade na estrutura burocrática brasileira, como também daria mais credibilidade ao processo de adoção da *AIR*. Acredita-se que, desse modo, seria possível orientar o debate público para os pontos importantes deixando de lado outras questões, sobretudo aquelas de cunho político.

Somente com o desenvolvimento de uma *AIR*, seria possível: (i) identificar os reais objetivos do governo com o Pro-Reg e a adoção da *AIR*; (ii) realizar análise *a priori* dos possíveis impactos econômicos e não-econômicos da adoção dessa ferramenta; (iii) envolver de forma efetiva a sociedade civil no processo de tomada de decisão de regra tão fundamental para a condução das decisões a serem tomadas pelos agentes reguladores; (iv) repartir com a sociedade civil os riscos e créditos decorrentes da decisão a ser tomada, sobretudo sobre eventual questão em torno da autonomia das agências reguladoras; e (v) envolver a sociedade civil e a estrutura burocrática na aplicação das regras após serem estipuladas.

⁴⁰² Segundo Cass R. SUNSTEIN a capacidade de a *avaliação de impacto regulatório* conter a histeria coletiva é um dos aspectos mais importantes dessa ferramenta. (*The Cost-Benefit State: the future of regulatory protection*, American Bar Association, Chicago, 2002, p. 9)

Essa foi a experiência ocorrida no Vietnã para a adoção dessa ferramenta pelo país em 2008. Foi elaborada extensa *avaliação de impacto regulatório* cunhada de “Lei das Leis” (*Law on Laws*) com o apoio de consultorias internacionais e auxílio de organizações como *United Nation Development Program*. Essa medida reorganizou o sistema legal, fortaleceu o Estado de Direito, criou novos procedimentos de responsabilização (*accountability*) e transparência para os órgãos reguladores, e tornou compulsória a condução de AIRs e de mecanismos de consulta pública para a elaboração de qualquer norma regulatória.

Por fim, é preciso arrematar dizendo que a intenção não era apresentar soluções para os problemas da eficiência estatal. A apresentação da *avaliação de impacto regulatório* é mais no sentido de contribuir para o debate em torno desse tema e menos de sedimentar a discussão sobre as dificuldades que o Estado regulador brasileiro enfrenta. Por isso, não poderia ficar de fora do balanço da experiência nacional o papel que a sociedade civil tem assumido em cada decisão relevante tomada pelos agentes reguladores.

Grupos econômicos, cujos interesses estão envolvidos em debates regulatórios, têm se mostrado sagazes fiscalizadores do rigor legal quando se trata de publicidade e transparência das decisões regulatórias. Qualquer descumprimento ou descuido no cumprimento de um prazo ou exigência legal de publicação ou oportunidade de manifestação do particular faz com que sejam travadas disputas administrativas e judiciais que não só retardam a implementação de qualquer decisão regulatória, como também arranham seu poder decisório e autonomia. Foi o que ocorreu com grande expressão na alteração do Plano Geral de Outorgas do setor de telecomunicações ao longo de 2008, e o que ocorre a cada decisão regulatória que modifica, reduz ou extingue qualquer direito de um grupo econômico disposto a contratar equipes de advogados capacitados a exigir dos agentes reguladores procedimentos condizentes com a relevância das decisões escolhidas.

Esse quadro não é estranho às experiências estrangeiras de reformas regulatórias voltadas a introduzir ferramentas como a *avaliação de impacto regulatório*. Na África do Sul, por exemplo, essa ferramenta só foi incorporada pelos agentes reguladores em razão da incontornável pressão exercida pela iniciativa privada, representada por grandes grupos

empresariais que temiam pela forma como as decisões eram tomadas pelos agentes reguladores.

Dessa forma, o governo brasileiro ao pretender introduzir a *avaliação de impacto regulatório* no processo decisório dos agentes reguladores federais não só precisa estabelecer diálogo aberto com a sociedade civil (aqui não bastam os grupos econômicos mencionados acima, devem ser todos os possíveis afetados independentemente de seu poder econômico), mas também é aconselhável que aprenda com sua experiência acumulada e trabalhe como parceiro para a consolidação do Estado regulador brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a pretensão de esgotar o tema, pretendeu-se apresentar a *avaliação de impacto regulatório* como ferramenta a ser utilizada pelo direito administrativo para auxiliar, nas palavras de PAULO MODESTO, o Estado a encontrar “um novo equilíbrio entre os interesses fundamentais do direito administrativo”. Assim, aconselha o publicista baiano a se evitar “tanto a *prepotência* quanto a *impotência* do Estado”. De tudo o quanto foi exposto, é possível sumarizar as seguintes conclusões:

1) Diante dos fenômenos econômicos, sociais e institucionais que atingiram a manifestação do direito e a ideia de Estado nos últimos anos, o conceito de *regulação* adotado é abrangente. Contempla fórmulas alternativas como a autorregulação e a não-intervenção estatal, ao lado das regras tradicionais de comando e controle (*command and control*).

2) Aqui considerada como uma ferramenta à disposição do Estado, a *avaliação de impacto regulatório* deve ser situada dentro da atividade regulatória estatal a qual, por sua vez, é limitada pelas políticas públicas setoriais elaboradas pelos poderes institucionais competentes (Poder Legislativo e Poder Executivo). Além disso, a atividade de *regular* não pode ser confundida com aquela de *governar*, sob pena de permitir que influências político-partidárias permeiem atividade pretendida como técnica e imune à instabilidade das alternâncias do poder.

3) Para não ser mal compreendida, tomou-se cuidado com a apresentação da *avaliação de impacto regulatório* uma vez que a discussão e a produção acadêmica a respeito do tema ainda são escassas no Brasil. A pergunta “o que é uma avaliação de impacto?” foi respondida de diversas formas: pela reunião de definições extraídas da literatura especializada internacional, pelo contraste com procedimentos e ferramentas já existentes no Brasil, por meio da descrição das suas etapas, pelas experiências estrangeiras e pela descrição do seu objeto.

4) Diante das variáveis suscetíveis à definição dessa ferramenta, propôs-se o seguinte conceito: a *avaliação de impacto regulatório* é instrumento de controle da atividade regulatória do Estado por meio de procedimento administrativo voltado à análise das medidas regulatórias a serem adotadas ou já adotadas pelos agentes reguladores com base em

evidências empíricas, resultando na introdução de mecanismos de legitimação democrática e de responsabilização do regulador.

5) Vale a pena reproduzir aqui de forma sintética as fases que compreendem a *AIR ex ante*: (1) definição do problema; (2) criação de uma linha do tempo com o *status quo*; (3) definição dos objetivos; (4) consulta e participação dos possíveis afetados a fim de validar as conclusões obtidas nas fases anteriores; (5) seleção das diferentes opções a serem consideradas; (6) escolha do método que será utilizado para analisar as opções apontadas; (7) mapeamento dos dados necessários para a mensuração dos benefícios e custos de todas as opções identificadas; (8) análise e comparação das opções de acordo com o método escolhido e elaboração da minuta do relatório da *AIR* e da medida regulatória a ser adotada; (9) consulta pública das minutas de medida regulatória e do relatório de *AIR* para validação do resultado com os interessados; (10) adequação do relatório de *AIR* e da sugestão de medida regulatória a ser adotada ao agente regulador responsável pela tomada de decisão.

6) Das dez fases assinaladas acima, as fases 5 e 8 de seleção das diferentes opções e análise dos custos e benefícios são de suma importância a fim de imprimir no procedimento a racionalidade necessária para o processo de tomada de decisão baseado em evidências verificadas e mensuradas a partir da realidade vivida. Dois foram os métodos de análise econômica abordados: análise de custo-benefício e análise de custo-efetividade, por serem os mais utilizados na prática internacional. Contudo, com o passar dos anos, verifica-se constante adoção de métodos híbridos surgidos da reunião de dois ou mais métodos, como o *soft cost-benefit analysis*.

7) Verificou-se, no capítulo 4, que a *avaliação de impacto regulatório* já encontra fundamento no ordenamento jurídico brasileiro. Isso se justifica em função do princípio constitucional da eficiência (nas suas dimensões de eficiência como meio e como resultado), porém também diante dos princípios da administração pública que, a um só tempo, recomendam o uso dessa ferramenta limitando-a.

8) No entanto, a aplicação da *avaliação de impacto regulatório* no Brasil não pode derivar de uma leitura estritamente econômica do princípio constitucional da eficiência. Apesar de se mostrar cada vez mais necessária, a leitura econômica quando ignora necessidades estranhas à

economia parece não ser suficiente num Estado Social Democrático de Direito como o brasileiro. Por essa razão é preciso considerar os princípios republicano e democrático como outros dois pilares para orientar a atuação do poder público. Assim, resta justificada a adoção da *avaliação de impacto regulatório*, pois essa ferramenta é capaz de explorar as outras facetas do princípio da eficiência.

9) Argumentou-se que no modelo do Estado regulador o princípio da eficiência deve ser lido de forma a reduzir o déficit democrático existente. Para tanto, o conceito de democracia foi alterado: da democracia representativa, cuja legitimidade se justifica pelo voto ou pela origem (a figura do Estado), passou-se a uma democracia que busca sua legitimidade no agir (*i.e.* a legitimidade procedimental e a legitimidade substantiva apresentadas por GIANDOMENICO MAJONE conforme exposto no capítulo 6).

10) Essas duas formas de legitimidade demonstram que no Estado regulador é necessário haver (i) *transparência* no processo de tomada de decisão regulatória e (ii) *responsabilização* pelas decisões tomadas para que o déficit democrático seja reduzido. Juntas, a transparência e a responsabilização, preenchem de conteúdo o termo *accountability*, aqui emprestado da língua inglesa para o português. Demonstrou-se que a *avaliação de impacto regulatório* contribui para que o Estado regulador seja mais *accountable* no exercício da sua função de regular mercados e setores.

11) Além disso, a *avaliação de impacto regulatório* contribui para a redução do déficit democrático a partir do controle político da atividade regulatória pelos Poderes Legislativo e Executivo. Por meio dessa ferramenta, o principal minimiza o chamado “risco da agência” e garante o comprometimento do agente às suas preferências políticas e aos seus objetivos, uma vez solucionado o problema da assimetria informacional existente no momento anterior.

12) Mais importante a respeito do controle político é que ele é exercido de forma direta pelos próprios eleitores, os quais podem acompanhar o processo de tomada de decisão passo a passo, liberando o principal do controle político direto que pode incorrer em eventual redução da autonomia dos agentes reguladores.

13) Porém, como conjugar o elemento redutor do déficit democrático do Estado regulador identificado na *avaliação de impacto regulatório* ora sob o viés do administrado (usuários e fornecedores de serviços e bens nos setores regulados), ora sob o viés do principal (Poder Legislativo e Poder Executivo)? A resposta encontrada foi que com essa ferramenta verificou-se a existência de um fluxo de interesses em sentidos diferentes numa triangulação que representa a efetivação do Estado Democrático de Direito por meio do Estado regulador. Nos vértices estão: a sociedade civil, os agentes reguladores e os poderes institucionais. Cada um deles com expectativas e interesses próprios diante dos potenciais da *avaliação de impacto regulatório* à luz das várias leituras do princípio da eficiência.

14) No contexto brasileiro, ainda que algumas das fases descritas para a *AIR* se assemelhem com procedimentos existentes, muito ainda precisa ser feito. Apesar da iniciativa do governo federal, a criação do Pro-Reg, programa de fortalecimento da regulação brasileira que tem como um de seus objetivos a introdução da *avaliação de impacto regulatório* no sistema regulatório brasileiro nos próximos anos, ainda não apresentou resultados favoráveis. O seu desenvolvimento está restrito às instituições públicas, sem que se estabeleça diálogo aberto ente os setores público e privado.

15) Quaisquer que sejam as características da *AIR* brasileira, é importante assegurar a preservação da autonomia dos agentes reguladores e que seu procedimento seja transparente, permitindo a responsabilização pelas decisões tomadas (*accountability*). Além disso, ela será aperfeiçoada na medida em que for introduzida e puder colher os resultados do aprendizado institucional dos agentes reguladores encarregados de conduzir a *avaliação*.

Das conclusões alcançadas e apesar das críticas a essa ferramenta, pode-se inferir que sem a *avaliação de impacto regulatório* o processo de tomada de decisão na esfera administrativa não seria mais fácil. Uma vez adotada no Brasil, o direito administrativo nacional terá o papel de verificar se, de fato, essa ferramenta tornou o Estado regulador mais eficiente. Até lá, tanto o Estado brasileiro quanto o direito administrativo terão um longo e difícil caminho pela frente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMI, Mateus Piva. “A discricionariedade administrativa em face do princípio da eficiência”, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto. São Paulo, 2007.

AKERLOF, George A. “The markets for „lemons : quality, uncertainty and the market mechanism”. In: *Quartely Journal of Economics*, v. 84, n. 3, Agosto, Harvard University Press, 1970, pp. 488/500.

ALENCAR, Kennedy. “Dirceu e Palocci divergem sobre mudança na Anatel”, Folha de S. Paulo, versão on-line, publicado em 08/01/2004 e disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u78988.shtml> (último acesso em 14/09/2009).

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. “Mecanismos de consenso no direito administrativo”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, pp. 335-349.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “O princípio da eficiência”. In: *Boletim de Direito Administrativo*, n. 3, São Paulo, março de 2005, pp. 319/23.

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade”. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: ANVISA, 2009, pp. 29/52.
- ARCULUS, David. “Memorando”, maio de 2005, disponível em <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldselect/lducom/33/33we03.htm> (último acesso em 19/11/2009).
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding Regulation: theory, strategy and practice*. Nova York: Oxford University Press, 1999.
- BALDWIN, Robert. “Is Better Regulation Smarter Regulation?”, Londres, 19/10/2004 [mimeo], pp. 1/32.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BASSO, Luis Alberto; VERDUM, Roberto. “Avaliação de Impacto Ambiental: EIA e RIMA como instrumentos técnicos e de gestão ambiental”. In: VERDUM, Roberto; MEDEIROS, Rosa Maria Vieira (org.). *RIMA - Relatório de Impacto Ambiental: legislação, elaboração e resultados*. 5ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Editora da UFRS, 2006, pp. 73/79.

- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BLACK, Julia. “Critical Reflections on Regulation”. In: *Australian Journal of Legal Philosophy*, v. 27, Cramberra, 2002, pp. 1-36.
- BLACK, Julia. “Procedimentalizando a regulação: parte I”. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Editora Singular, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, 2006, pp. 141/166.
- BLACK, Julia. “Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes”. In: *Regulation & Governance*, v. 2. Jerusalém: Wiley-Blackwell, 2008, pp. 137/164.
- BORGES, Alice Gonzalez. “A implantação da administração pública gerencial na Emenda Constitucional 19/98”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 24. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 26/33.
- BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. “Plano diretor de vigilância sanitária”, 1ª ed. Brasília: ANVISA, 2007.
- BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. “Governo escolhe ANVISA para projeto piloto de regulação”, Brasília, 23/07/2008, disponível em <http://www.anvisa.gov.br/divulga/noticias/2008/230708.htm> (último acesso em 12/11/2008).

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. “Manual de Boas Práticas Regulatórias: guia para o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da ANVISA”, setembro de 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. “Substitutivo ao Projeto de Lei n.º 3.337”, de 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. “Mais saúde: direito de todos: 2008 – 2011”, 2ª. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008.

BRASIL. Presidência da República. “Manual de Redação da Presidência da República”, Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior, 2ª ed. rev. e atual. Brasília, 2002.

BRASIL. Presidência da República. “Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro”, Brasília, 2003.

BRASIL. Presidência da República. “Exposição de Motivos Nº 12/C. Civil-PR”, Brasília, abril, 2004.

BRASIL. Presidência da República. “Termo de Referência n. /2009”, setembro, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUGARIN, Paulo Soares. “Economicidade e eficiência: breves notas”. In: *Revista do TCU*, n. 101, ano 35, Brasília, jul./set., 2004, pp. 15/17.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, São Paulo: Max Limonad, 2002.

CEREIJIDO, Juliano Henrique da Cruz. “O princípio constitucional da eficiência na administração pública”. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 226. São Paulo: Atlas, out./dez. 2001, pp. 231/241.

CONSELHO EUROPEU. “Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Lisboa”, 23-24 de março, 2000, pp. 1-20.

Contrato de Empréstimo n. 1.811/OC-

DEIGHTON-SMITH, Rex. “Regulatory Impact Analysis: best practices in OECD countries”.

In: *Regulatory Impact Assessment: Best Practices in OECD Countries*, Paris, 1997, pp. 211/241.

DERANI, Cristiane. *Privatização e Serviço Público: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DIAS, José Alan. “Para associação, governo quer controlar agências reguladoras”, Folha de S. Paulo, versão on-line, publicado em 08/01/2004 e disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u78990.shtml> (último acesso em 14/09/2009).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DUTRA, Pedro. “Superagência”, *Valor Econômico*, 11/11/2009.

EUROPEAN COMMISSION. “Impact Assessment Guidelines”, 15 de Janeiro de 2009.

FARIA, José Eduardo. *Direito na economia globalizada*. 1ª ed., 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica: direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, série GV-law, 2008.

FARIELLO, Danilo. “Regulação: novo órgão, ainda em estudos, tem por base recomendação da OCDE e pode seguir modelo mexicano. Governo pode criar superagência para fiscalizar agências”, *Valor Econômico*, 04/11/2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. “O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 271/297.

FERREIRA, Cristiane Catarina de Oliveira. “Participação social na elaboração de normas das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte”. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, pp. 585/604.

GASPARINI, Diógenes. *Poder regulamentar*. São Paulo: Bushatsky, 1978.

HAHN, Robert W. “Economic Analysis of Regulation: a response to the critics”. In: *University of Chicago Law Review*, v. 71, 2004, pp. 1021/1054.

HAHN, Robert W.; TETLOCK, Paul C. “Has Economic Analysis Improved Regulatory Decisions?”, AEI-Brookings Joint Center Working Paper n. 07-08, abril de 2007, pp. 1/28.

International Finance Corporation. “Lessons for reformers: how to launch, implement, and sustain regulatory reform – an analysis of six case studies in developing and high-income countries”, Washington, Junho de 2009.

JACOBS, Scott. “An overview of regulatory impact analysis in OECD countries”. In: OECD. *Regulatory Impact Assessment: Best Practices in OECD Countries*, Paris, 1997, pp. 13/30.

JACOBS, Scott. “International Best Practice in Regulatory Impact Analysis” apresentado no workshop “The Consensus Building Workshop on Improving the Competitiveness of the Kyrgyz Republic Economy”, Jacobs & Associates: international consultants in regulatory reform e World Bank Institute, fevereiro de 2005, disponível em http://info.worldbank.org/etools/docs/library/122723/International%20Best%20Practices%20in%20Regulatory%20Impact%20Analysis_Scott%20Jacobs.pdf (último acesso em 03/09/2009), pp. 1/31.

JACOBS, Scott. “Current trends in Regulatory Impact Analysis: the challenges of Mainstreaming RIA into Policy-making”, maio de 2006, pp. 1/52, disponível em <http://www.regulatoryreform.com/pdfs/Current%20Trends%20and%20Processes%20in%20RIA%20-%20May%202006%20Jacobs%20and%20Associates.pdf>, último acesso em 26/10/2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

- LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. “O enraizamento da regulação de qualidade: fazer as perguntas difíceis é a resposta”. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (org.). *O desafio da regulação no Brasil*. Brasília: ENAP, 2006, pp. 17/37.
- LONSDALE, Jeremy; MUL, Robert; POLLITT, Christopher. “O ofício do auditor” In: POLLITT, Christopher [et al.]. *Desempenho ou Legalidade? Auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Tradução de Pedro Buck. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, pp. 163/189.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MAJONE, Giandomenico. “Do Estado Positivo ao Estado Regulador”. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Regulação Econômica e Democracia: o debate europeu*. São Paulo: Editora Singular, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, 2006, pp. 53/85.
- MANDELKERN GROUP ON BETTER REGULATION. “Final Report”, 13 de novembro de 2001.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: instrumentos do fortalecimento do Estado*. Porto Alegre: Abar, 2003, disponível em <http://www.abar.org.br/dados/bancoDeMidia/arquivos/agenciasreguladoras.pdf> (último acesso em 07/11/2009), pp. 1/63.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. “Pensando no controle da atividade de regulação estatal”. In: GUERRA, Sérgio. *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005, pp. 200/248.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. “A nova regulação estatal e as agências independentes”. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 72/98.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo (coord.). “Há um déficit democrático nas agências reguladoras?”. In: *Revista de Direito Público da Economia*, ano 2, n. 5. Belo Horizonte: Editora Fórum, jan./mar., 2004, pp. 163/224.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; FERNANDES, Luís Justiniano de Arantes. “As agências reguladoras no direito positivo brasileiro”. In: CARDOZO, José Eduardo; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. *Curso de Direito Administrativo Econômico*. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 297/373.

MARTINS, Paulo Roberto Wiechers; WANDERLEY, Maurício de A.; GOMES, Marcelo Barros; BEMERGUY, Marcelo; NORONHA, Maridel Piloto de. “Iniciativas do TCU para o aperfeiçoamento do controle externo da regulação”. In: *Revista do Tribunal de Contas da União*, n. 104, edição especial, Brasília, abr./jun., 2005, pp. 32/40.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. “Agências reguladoras e democracia: participação pública e legitimidade”. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 182/230.

- McCUBBINS, Mathew D.; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry R. “Administrative Procedures as Instruments of Political Control”. In: *Journal of Law, Economics and Organization*, v. III, n. 2, fall, University of Yale, 1987, pp. 243/277.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. “Delegação e Controle Político das Agências Reguladoras no Brasil”. In: *Revista de Administração Pública*, vol. 40, n. 4, Rio de Janeiro, Editora Fundação Getulio Vargas, jul./ago., 2006, pp. 545/65.
- MELLO, Dirceu Raposo de; RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. “Boas Práticas Regulatórias: previsibilidade e transparência na Agência Nacional de Vigilância Sanitária”. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: ANVISA, 2009, pp. 229/251.
- MELO, Marcus André. “A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação”. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 16, n. 46, São Paulo, junho de 2001, pp. 55/68.
- MODESTO, Paulo. “Notas para um debate sobre princípio da eficiência”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 31, São Paulo, 2000, pp. 47/55.

- MONTEIRO, Vera. “As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência”. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (org.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, SBDP, 2006, pp. 342/363.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- NESTER, Alexandre Wagner. “O PRO-REG e a autonomia das agências reguladoras” disponível em [HTTP://www.justen.com.br/informativo3/artigos/04.htm](http://www.justen.com.br/informativo3/artigos/04.htm), último acesso em 17/04/2009.
- OCDE. *Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento*, Relatório sobre a reforma regulatória, Casa Civil da Presidência da República, 2008.
- O DONNEL, Guillermo. “Horizontal accountability in new democracies”. In: *Journal of Democracy*, v. 9, n. 3, Washington, julho de 1998, pp. 112/126.
- OECD. “Recommendation of the Council of the OECD on improving the quality of government regulation”, Paris, 1995, pp. 1-22.
- OECD. *Regulatory Impact Assessment: Best Practices in OECD Countries*, Paris, 1997.
- Office for Public Management; The Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, “The good governance standard for public services”, London, Hackney Press, 2004.
- OGUS, Anthony I. *Regulation: legal forma and economic theory*. Oxford, Portland Oregon: Hart publishing, 2004.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OMB, “Circular A-4”, September 17, 2003.

PINHEIRO, Armando Castellar. “Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?”. Texto para discussão do IPEA n. 963, Rio de Janeiro, julho de 2003, disponível em http://desafios.ipea.gov.br/pub/td/2003/td_0963.pdf (último acesso em 11/12/2009), pp. 1/25.

PÓ, Marcos Vinícius. “A accountability no Modelo Regulatório Brasileiro: gênese e definições (os casos da ANATEL e da ANS)”, dissertação de mestrado apresentada à Fundação Getúlio Vargas – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor Fernando Luiz Abrúcio. São Paulo, 2004.

PÓ, Marcos Vinícius; ABRÚCIO, Fernando Luiz. “Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e *accountability* das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças”. In: *Revista Brasileira de Administração Pública*, n. 40, Rio de Janeiro, jul./ago., 2006, pp. 679/698.

POLLITT, Christopher; GIRRE, Xavier; LONSDALE, Jeremy; MUL, Robert; SUMMA, Hilka; WAERNESS, Marit. *Desempenho ou Legalidade? Auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Tradução de Pedro Buck. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

- POSNER, Eric A. “Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: a positive political theory perspective”. In: *University of Chicago Law Review*, v. 68, n. 4, fall, 2001, pp. 1137/1199.
- POSNER, Richard A. “Economic Analysis of Law”. Little, Brown and Company: Boston, Toronto, 5th edition, 1998.
- POSNER, Richard A. “Cost-benefit analysis: definition, justification, and comment on conference papers”. In: *The Journal of Legal Studies*, v. 29, Chicago, 2000, pp. 1153/1177.
- RADAELLI, Claudio M. “Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of the regulatory impact assessment”. In: *Journal of European Public Policy*, v. 12, n. 5, Londres, Outubro de 2005, pp. 924/943.
- RADAELLI, Claudio M. “Does regulatory impact assessment make institution think?”, artigo apresentado na conferência *Governing the European Union: policy instruments in a multi-level polity*, Paris, 2007, pp. 1/39.
- RADAELLI, Claudio M. “What do governments get out of regulatory reform? The case of regulatory impact assessment”, artigo apresentado na 15^a *Conference of the Nordic Political Science* realizada entre 6 e 9 de agosto de 2008 na Noruega, disponível em <http://centres.exeter.ac.uk/ceg/research/riacp/documents/TromsoWhatgovernmentsgetoutofregulatoryreform14Julyver.pdf> (último acesso em 23/08/2009), pp. 1/26.
- RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. “Regulatory impact assessment, political control and the regulatory state”, artigo apresentado na 4^a Conferência Geral

do Consórcio Europeu para a pesquisa política (*4th General Conference of the European Consortium for Political Research*), realizada em Pisa, Itália, entre 6 e 8 de setembro de 2007, pp. 1/40.

RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. “Regulatory Impact Assessment”, in CAVE, Martin; BALDWIN, Robert; LODGE, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation* (no prelo), outubro, 2008, disponível em versão preliminar no sítio eletrônico do projeto *Regulatory Impact Assessment in Comparative Perspective* (http://centres.exeter.ac.uk/ceg/research/riacp/documents/Regulatory_impact_assessment_v1.2.pdf, último acesso em 17/09/2009), pp. 1/30.

RITTNER, Daniel. “Agências ficam sem quórum em 28% do tempo”. *Valor Econômico*, 22/11/2006.

RODRIGO, Délia. “Regulatory Impact Analysis in OECD countries: challenges for developing countries”. OECD, Dhaka, Bangladesh, Junho de 2005, pp. 1/33.

ROSE-ARCKERMAN, Susan. “Análise econômica progressista do direito – e o novo direito administrativo”. In: MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004, pp. 243/280.

SALINAS, Natasha Schmitt. “Avaliação Legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor”, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor José Eduardo Faria, em 2009.

- SANTOS, Luiz Alberto dos. “Desafios da governança regulatória no Brasil”. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (coord.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: ANVISA, 2009, pp. 177/188.
- SANTOS, Luiz Alberto dos “Desafios da governança regulatória no Brasil”. In: PROENÇA, Jadir; COSTA, Patricia Vieira da; MONTAGNER, Paula (org.). *Desafios da regulação no Brasil*. Brasília: ENAP, 2009, pp. 105/130.
- SEN, Amartya. “The discipline of cost-benefit analysis”. In: *Journal of Legal Study*, n. 29, Chicago, 2000, pp. 931/952.
- SHAPIRO, Stuart. “Evaluating the benefits and costs of regulatory reforms: what questions need to be asked?”, AEI – Brookings Joint Center For Regulatory Studies, janeiro, 2007, pp. 223/230.
- SIGMA. “Improving policy instruments through impact assessment”. CCNM/SIGMA/PUMA (2001)1, relatório n. 31, Paris, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 7ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA NETO, Orlando Celso da. “Noções Gerais sobre o controle das agências regulatórias no direito norte-americano”. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, pp. 427/453.
- STIGLER, George J. “Law or Economics?”. In: *The Journal of Law and Economics*, Outubro de 1992, v. 35, n. 2, 1996, pp. 454/468.

SUMMA, Hilka. “Definições e estruturas”. In: POLLITT, Christopher [et al.]. *Desempenho ou Legalidade? Auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Tradução de Pedro Buck. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, pp. 39/64.

SUNDFELD, Carlos Ari. “A administração pública na era do direito global”. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, SBDP, 1999, pp. 157/168.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed., 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. “O direito administrativo entre os clips e os negócios”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, pp. 87/93.

SUNSTEIN, Cass R.. *The Cost-Benefit State: the future of regulatory protection*, American Bar Association, Chicago, 2002.

SUNSTEIN, Cass R. *Risk and Reason: safety, law and the environment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

TÁCITO, Caio. “O c . ne

TELETIME, revista on-line, “Novas metas geram custos de R\$ 13 bilhões, diz Oi”, publicado em 13/05/2009, disponível em <http://www.teletime.com.br/News.aspx?ID=129777> (último acesso em 17/09/2009).

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. “Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras”. In: MORAES, Alexandre de (org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 145/170.

VALOR ECONÔMICO, versão on-line, “Lula proíbe aumento de telefonia”, publicado em 26/06/2003, disponível em <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG58430-6012,00-LULA+PROIBE+AUMENTO+DE+TELEFONIA+FIXA.html> (último acesso em 14/09/2009).

VISCUSI, Kip. “Improving the analytical basis for regulatory decision-making”. In: OECD. *Regulatory Impact Assessment: Best Practices in OECD Countries*, Paris, 1997, pp. 175/208.

WEGRICH, Kai. “Regulação moderna em discussão: um estudo literário”, Junho de 2008, disponível em <http://www.regulacao.gov.br/cursos/parceria-enap/bibliografia-sugerida/regulacao-moderna-em-discussao-2013-um-estudo-literario> (último acesso em 03/11/2009).

RESUMO

PESSÔA VALENTE, Patricia Rodrigues. “Avaliação de Impacto Regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado”. 2010. 218 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

É possível medir a eficiência do Estado? A proposta desta dissertação de mestrado é apresentar a *avaliação de impacto regulatório AIR* como uma das ferramentas possíveis e existentes para atender a esse desafio exigido pela Constituição Federal a partir da Emenda Constitucional 19/98, tendo como referencial analítico as decisões regulatórias. A *AIR* é instrumento de controle da atividade regulatória do Estado por meio de procedimento administrativo voltado à análise das decisões regulatórias a serem adotadas ou já adotadas pelos agentes reguladores com base em evidências empíricas, resultando na introdução de mecanismos de legitimação democrática e de responsabilização do regulador. Ela se baseia no uso sistemático de análises dos possíveis custos e benefícios das várias alternativas existentes para atender à(s) finalidade(s) desejada(s) e sinalizada(s) nas políticas públicas setoriais. Fala-se em mecanismos de legitimação democrática e de responsabilização do regulador diante do seu potencial de reduzir o déficit democrático presente no modelo do Estado regulador, em que o agente administrativo não eleito, no exercício de seus poderes, toma decisões que podem gerar impacto significativo aos particulares. Sustenta-se que isso é possível por meio da transparência e da publicidade do processo de tomada de decisão a partir da utilização da *AIR* pelos agentes reguladores. Esse aspecto leva a outro: a *AIR* como instrumento de controle. Essa ferramenta também possibilita a redução do “risco da agência” presente na delegação de poder do principal (Poder Legislativo e o Chefe do Poder Executivo) para o agente (agentes reguladores). A *AIR* ganha especial importância com o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (instituído pelo Decreto 6.062 de 16 de março de 2007) que tem como objetivo idealizar e implementar essa ferramenta na administração pública federal.

Palavras-chave: Estado regulador, avaliação de impacto regulatório, análise de impacto regulatório, *AIR*, análise de custo-benefício, princípio da eficiência, *accountability*, controle político.

ABSTRACT

PESSÔA VALENTE, Patricia Rodrigues. “Regulatory Impact Assessment: a State tool”. 2010. 218 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

Is it possible to measure State efficiency? This dissertation aims to introduce regulatory impact assessment – RIA as an existing possible tool to tackle this challenge assigned by the Federal Constitution in the constitutional amendment 19/98. RIA is an instrument to control the State via an administrative procedure based on the analysis of empirical evidences of regulatory decisions either to be taken or already taken by regulators. As a result, it introduces democratic legitimacy mechanisms and accountability of regulators. Its methodology is based on the systematic use of cost-benefit analysis of proposed alternatives in order to apply a public policy in a regulated sector. The mechanisms for democratic legitimation and accountability of regulators are justified by its potential to reduce the democratic deficit within the regulatory State, in which the non-elected administrative agent, in the exercise of his/hers own powers, makes decisions that can impact individuals. This is due to the transparency and publicity of the decision-making process that derives from the adoption of RIA. Another aspect then arises: RIA as an instrument of control. This tool will enable the reduction of the “agency risk” characteristic of the power delegation from the principal (Legislative Power and chief of Executive Power) to the agent (regulators). RIA gets more attention with the creation of the governmental program for strengthening the institutional capacity for regulation (Presidential Decree 6.062, March, 16th of 2007), whose scope is to conceptualize and implement such a tool in the federal public administration.

Key words: Regulatory State, regulatory impact assessment, regulatory impact analysis, RIA, cost-benefit analysis, the principal of efficiency, accountability, political control.