XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO E ECONOMIA

MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

YURI SCHNEIDER

GINA VIDAL MARCILIO POMPEU

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito e economia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Gina Vidal Marcilio Pompeu, Marco Antônio César Villatore, Yuri Schneider– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-039-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Economia. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO E ECONOMIA

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É satisfação que a Coordenação do Grupo de trabalho de Direito e Economia, do Conselho de Pesquisa e de Pós- Graduação em Direito- CONPEDI, apresenta a coletânea de artigos fruto dos debates realizados no âmbito do XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, na Universidade Federal de Sergipe (UFS). Cumpre ressaltar que o evento acadêmico teve lugar em Aracaju, entre 3/06/2014 e 06/06/2015 com o tema principal: Direito, Constituição e Cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio. Dentre os quase 2000 trabalhos selecionados para o encontro, 24 artigos compõem o presente livro do Grupo de Trabalho de Direito e Economia. Essa busca pela análise do Direito Constitucional nas relações econômicas demonstra a evolução e o interesse nas políticas públicas inerentes ao Direito Econômico e na consolidação da linha de pesquisa própria da Análise Econômica do Direito.

O CONPEDI já, desde 2005, trabalha áreas do Direito Econômico em GT ´s específicos como aqueles voltados para as relações de Consumo e Desenvolvimento, porém, é de destacar a introdução dos GT ´s Direito Econômico e Modernidade e Análise Econômica do Direito já, em 2009, no evento de Maringá. A partir de Fortaleza, em 2010, invariavelmente, o GT Direito e Economia esteve e está presente no CONPEDI.

A construção do conhecimento paulatinamente vai se estruturando pelo esforço de professores, doutorandos, mestrandos e estudantes de graduação que, em seus grupos de pesquisa, solidificam o pensar jurídico de maneira séria e comprometida. O Direito Econômico já, em suas origens, apontava como ramo do conhecimento jurídico que perpassa todos os demais pelo princípio da economicidade e assume, cada vez mais, seu papel e sua importância nas matrizes curriculares das graduações e pós-graduações em Direito.

Nessa perspectiva, os vinte e seis artigos encontram-se direcionados à análise interdisciplinar do Direito Constitucional nas relações econômicas. Especificamente, detém-se no exame jurídico, constitucional e econômico, com o escopo de encontrar soluções para o fosso que separa o crescimento econômico do desenvolvimento humano. O assunto necessita ser

revisitado, haja vista que apesar de todos os intentos do constitucionalismo dirigente dos Séculos XX e XXI, observa-se a marca da crise econômica internacional e conseqüente atentado ao Estado de bem-estar social.

Vale lembrar que o Brasil em 2015, diante das pesquisas do Programa das Nacões Unidas para o Desenvolvimento, alcançou no ranking internacional a 7ª posição em crescimento econômico, e em outro viés, no que concerne ao desenvolvimento humano, encontra-se na desconfortável posição de 79ª, dentre os 186 países analisados.

Ressalta-se que países europeus, como Portugal, Espanha e Itália, que já haviam conquistado a característica de Estado de bem estar social, enfrentam nessa década, séria recessão, crise econômica e desemprego. Essas razões fazem com que a reflexão dos constitucionalistas, juristas e cientistas políticos venham a contribuir para a ponderação crítica do modelo de Estado que se quer. Que seja o Estado, ora delineado, capaz de viabilizar, de forma sustentável, o crescimento econômico e o desenvolvimento humano em curto, médio e longo prazo.

Direito, política e economia percorrem o mesmo trajeto. Cumpre lembrar Maynard Keynes; impossível ignorar que as soluções dos problemas de sustentabilidade perpassam por questões da eficiência econômica, da justiça social e da liberdade individual. Nesse contexto, os investimentos no bem-estar social e nos bens públicos, atrelados à formação do capital humano e à geração de emprego e renda tornam-se elementos essenciais de contribuição para a efetivação dos objetivos de desenvolvimento do Milênio.

O progresso humano que se deseja, e a efetivação dos direitos fundamentais presentes nos ordenamentos jurídicos transnacionais carecem da reafirmação que reverbera a favor da distribuição equitativa de oportunidades. Nesse diapasão, urge combinar políticas econômicas que incentivem a atração e manutenção de empresas, políticas industriais ativas, com inovação, infraestrutura e tecnologia, e concomitante combate à corrupção, reformas fiscais progressivas e melhor gerenciamento dos recursos destinados à educação, à saúde e à capacitação. Essas diretrizes estão todas inseridas no quadro mais amplo do escopo de promover equidade. Não se dá por razões morais o apoio à justiça social, mas sobremaneira, vê-se como ponto crucial para o desenvolvimento humano.

No contexto brasileiro, insere-se, já no Século XXI, no artigo 6º da Constituição de 1988, o direito à alimentação, o que faz lembrar a crítica de Lassalle sobre os fatores reais do poder. Um dos maiores produtores mundiais de alimento, ainda tem a combater a fome na esfera nacional. Observa-se a defesa da assinatura de pactos internacionais de direitos humanos,

propugna-se por uma sociedade justa, livre e solidária, pela redução das desigualdades econômicas e regionais, e até argumenta-se pela judicialização da política, porém, diante da democracia fragilizada, persiste o questionamento sobre as mudanças de prioridades políticas e destinações orçamentárias que visem efetivar direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais.

Como os senhores poderão verificar cada um dos autores, por meio de percuciente análise, na sua seara de estudos, contribuiu com um aporte a resultados que indicam a viabilidade da diminuição do distanciamento entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano no Brasil, ou ainda na esfera internacional, própria do seu contexto.

Os artigos foram apresentados em diversos painéis de cinco artigos cada um, o que ensejou intensos debates entre os presentes. Remarca-se a densidade acadêmica dos autores referenciados. Nesse viés, professores, mestrandos e doutorandos tiveram a oportunidade de debater no Conselho de Pesquisa em Direito, as temáticas por eles estudadas em seus programas de pós-graduação.

Os professores Everton das Neves e Joana Stelzer, usuais coordenadores desse GT, destacaram-se nas primeiras exposições. Assim, foram, inicialmente, apresentados os seguintes artigos:

1.Empréstimos realizados pelo FMI e as consequências de condicionalidade na jurisdição para a soberania do Brasil, autoria de Eduardo Biacchi Gomes e George Rezende Moraes; 2. Da law and economics à economia solidária: uma questão de eficiência, de Everton das Neves Gonçalves e de Joana Stelzer; 3. A eficiente solução de litígios: uma proposta a partir da análise econômica do direito e dos meios alternativos de solução de conflitos, teve como autores, Paulo Marcio Reis Santos e Samantha Caroline Ferreira Moreira; 4. A análise econômica do direito de Richard Posner e a desjudicialização das execuções fiscais como forma de melhor gestão fiscal ao Sistema Tributário brasileiro, de Fernando Pereira Alqualo e Sergio Ricardo Caires Rakauskas e para concluir o primeiro bloco de apresentações; 5. A igualdade como novo paradigma do desenvolvimento econômico capitalista, de Meire Aparecida Furbino Marques e Thiago Bao Ribeiro.

No segundo grupo apresentado, destacou-se a presença do professor Giovani Clark, fundador do GT de Direito e Economia, nesse contexto, foram conciliados os temas a seguir propostos:

1. O papel do direito e do Estado na regulação das crises do modelo econômico capitalista: o lugar do direito e do estado na economia globalizada. Aurores Patricia Fernandes Bega e

Yasa Rochelle Santos De Araujo; 2. A regulação da ANP na efetivação da política de redução do teor de enxofre do diesel, de Yanko Marcius De Alencar Xavier e de Vinicius Fernandes Costa Maia; 3. A análise de impacto regulatório air como instrumento de política pública. Autores Carolina Brasil Romao e Silva; 4. Estado de exceção econômica, de Giovani Clark e Milton Carlos Rocha Mattedi;

O terceiro bloco foi constituído por questionamentos da ordem do Direito Constitucional econômico público e privado, assim sendo, observe-se a ordem de apresentação a seguir disposta:

1. A demanda por cirurgia plástica diante da responsabilidade civil médica: breves considerações, de Rubia Silene Alegre Ferreira e Mariana Faria Filard; 2. O planejamento familiar e o acesso ao crédito sob a ótica da análise econômica do Direito, de Nardejane Martins Cardoso; 3. Análise de impacto regulatório como parâmetro de eficiência nas agências reguladoras, de Matheus Meott Silvestre; 4. Questões Sobre Direito E Economia: apreendendo a pensar o direito além da perspectiva normativa, de autoria de Rosa Maria Freitas Do Nascimento; 5. Livre mercado e desenvolvimento econômico no Brasil: uma leitura a partir da ordem econômica Brasileira, de Evandro de Souza Neves Neto e Ingrid Gadelha de Andrade Neves

E por fim, o último bloco foi composto por 8 artigos, quando se discutiu preferencialmente as questões relativas ao crescimento econômico e social, por meio do acesso ao emprego e à renda, senão veja-se:

1. Análise econômica do direito à liberdade religiosa, de Luis Paulo dos Santos Pontes; 2. Ética, responsabilidade e função social, de autoria de Nelson Laginestra Junior e Flavio Shimabul sob a perspectiva das empresas kuro; 3. O combate à fome e à pobreza como direito econômico fundamental: o debate na teoria econômica, de Luís Alexandre Carta Winter e Martinho Martins Botelho; 4. A análise econômica do direito nas relações de emprego envolvendo as organizações de tendência, de Marco Antônio César Villatore e Rafael Carmezim Nassif; 5. Construção de metas de qualidade de ensino e o direito anticoncorrencial brasileiro: análise da incorporação do grupo Anhanguera pelo grupo kroton, autores Rafael Da Silva Menezes; 6. A Teoria Dos Jogos como instrumento para a administração da justiça: possibilidades e desafios, de Luiza Berlini Dornas Ribeiro Moreira; 7. Responsabilidade social corporativa: conceitos e certificações, de autoria de Caroline Helena Limeira Pimentel Perrusi e Annuska Macedo Santos de França Paiva; 8. Direito e sociedade: análise do desenvolvimento econômico brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988, de Andrine Oliveira Nunes e Nilton Carvalho Lima De Medeiros.

Note-se que é fundamental a contribuição acadêmica, ora apresentada, dos doutos Professores, Mestrandos e Doutorandos para o processo de tese e de antítese. É ela que movimenta o debate social, econômico, político e jurídico e revigora o encadeamento da participação democrática. Nessa vertente, ao tempo em que se apresenta agradecimento aos autores, espera-se que muito se possa multiplicar a partir dos trabalhos agora publicados para que o elo Direito e Economia fortifique-se na corrente do CONPEDI. Convida-se, por fim, a todos para profícua leitura.

Aracaju, 6 de junho de 2015.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professora Doutora Gina Vidal Marcilio Pompeu (UNIFOR)

Professor Doutor Marco Antônio César Villatore (PUCPR/ UNINTER/UFSC)

Professor Doutor Yuri Schneider (UNOESC)

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO COMO PARÂMETRO DE EFICIÊNCIA NAS AGÊNCIAS REGULADORAS

REGULATORY IMPACT ANALYSIS AS EFFICIENCY PARAMETER IN THE REGULATORY AGENCIES

Matheus Meott Silvestre

Resumo

O presente trabalho tem como escopo a análise de impacto regulatório recomendada pela OCDE como parâmetro de eficiência para as agências reguladoras brasileiras. Leva em consideração a finitude dos recursos disponíveis para as políticas públicas e a necessidade imposta pela Constituição de se adotar meios eficientes para a obtenção de seus resultados, dentro do contexto da reforma gerencial do Estado, da criação das agências reguladoras e do princípio da eficiência adotado pela Emenda Constitucional n. 19/98. Parte da literatura da análise econômica do direito que inspira o tema e sistematiza as técnicas de análise de custo-benefício e a análise de ponto de equilíbrio. Além disso, analisa as teorias da análise econômica do direito a respeito da captura regulatória e defende a tecnicidade da análise de impacto regulatório como mecanismo eficaz para a superação, ainda que parcial, do problema de ineficiência da atividade regulatória no Brasil.

Palavras-chave: Direito regulatório, Análise de impacto regulatório, Princípio da eficiência

Abstract/Resumen/Résumé

This work aims the regulatory impact analysis recommended by the OECD as an efficiency parameter for Brazilian regulatory agencies. It takes into account the finiteness of resources available for public policies and the necessity imposed by the Constitution to adopt efficient means of obtaining results within the context of management reform of the state, the creation of regulatory agencies and the principle of efficiency adopted by Constitutional Amendment n.19/98. Starts in the literature of the economic analysis law that inspires the theme and explores the cost-benefit analysis techniques and the break-even analysis. It also examines the theories of economic analysis of law regarding the regulatory capture and defends the technical nature of the regulatory impact analysis as an effective mechanism to overcome, even partially, the inefficiency problem of regulatory activity in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Regulatory law, Regulatory impact analysis, Efficiency principle

1. Introdução

O presente trabalho tem como tema a técnica da análise de impacto regulatório e sua possível utilização como método de efetivação do princípio da eficiência dentro da lógica imprimida à administração pública brasileira a partir da reforma gerencial do Estado de 1995. Parte-se para tanto do marco teórico da análise econômica do direito, tendo em vista a influência da experiência regulatória estadunidense para a adoção do modelo de agências reguladoras no Brasil e o papel central dessa literatura no modelo institucional daquele país.

Tem-se como objeto a parametricidade das decisões regulatórias considerando as obrigações constitucionais impostas pelo princípio da eficiência e se analisa como problema a possibilidade de a análise de impacto regulatório – e as metodologias que lhe são subjacentes - servir de parâmetro objetivo para essa finalidade.

Pretende-se confirmar a hipótese de que é possível utilizar a técnica em questão como parâmetro, tendo em vista a finitude dos recursos públicos e impossibilidade de efetivar todos os direitos constitucionalmente previstos concomitantemente, sendo necessário estabelecer meios tecnicamente consistentes e objetivos para nortear a atividade administrativa de regulação, sendo certo que se deve concretizar o máximo possível com os recursos disponíveis.

Para concretizar tal tarefa, utiliza-se as recomendações e relatórios da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE que versam sobre a análise de impacto regulatório, a bibliografia desenvolvida dentro do marco teórico da análise econômica do direito que tratem da objetivação da atividade regulatória e da importância de se adotar uma metodologia técnica e objetiva, sistematizando as técnicas existentes como, por exemplo, a análise de custo-benefício.

O presente trabalho se justifica pois, dentro do contexto da reforma gerencial do Estado brasileiro em 1995, a criação das agências reguladoras e o fortalecimento da administração pública indireta para ser mais técnica e menos política, bem como a reforma constitucional que adicionou o princípio da eficiência houve uma mudança do paradigma de intervenção do Estado na economia. Entretanto, a proposta da reforma de priorizar as decisões técnicas em detrimento das decisões de governo, sujeitas às variações políticas, não obteve a projeçãp desejada. Entende-se que hoje o setor regulatório brasileiro se encontra imerso em decisões políticas e desprovido de ferramentas teóricas que possibilitem a tomada de decisão de maneira técnica e objetiva.

O presente trabalho se desenvolve da seguinte maneira: primeiro um panorama da administração pública brasileira culminando nos objetivos da reforma gerencial de 1995 que criou as agências reguladoras; seguida de uma análise das possíveis técnicas a serem adotadas sob o viés da análise econômica do direito; posterioemente uma sistematização da análise de impacto regulatório a partir das recomendações da OCDE.

2. A Reforma Gerencial do Estado

A administração pública brasileira, segundo Bresser-Pereira, pode ser historicamente conceituada em três períodos: (i) patrimonial; (ii) burocrática; e (iii) gerencial. (2001, p. 2)

O primeiro momento, da administração patrimonial-mercantil, situa-se desde a independência até o final da primeira república em 1930, período em que havia pouca ou nenhuma distinção entre a administração pública e o patrimônio privado, sendo aquela fonte de riqueza sem que se priorizasse o interesse público.

Com o primeiro momento de Vargas na presidência, e subsequentemente a adoção de um regime autoritário, imprime-se na administração uma nova forma que pretende extirpar a aristocracia das entranhas da máquina pública, substituindo-a pela burocracia. É, portanto, em 1937 que se dá início a primeira grande reforma da administração pública com o surgimento de um conselho específico para traçar diretrizes para o serviço público civil e, posteriormente, na década de 1950 a criação das primeiras empresas públicas. Nas palavras de Bresser-Pereira, essa primeira reforma teve o objetivo de *"transformar a administração política brasileira que até então era patrimonial em um serviço profissional baseado no Estado de direito e na competência técnica."* (2008, p. 145)

Em 1963, chegando-se ao fim do breve momento democrático que se iniciou em 1945, é criado um ministério para a reforma administração. Entretanto, o terceiro momento tem início verdadeiramente com a reforma desenvolvimentista promovida por Castelo Branco já dando características gerenciais ao Estado. Embora a primeira autarquia, peça fundamental no modelo gerencial, seja criada ainda em 1938, é somente no regime civil-militar que o Estado começa verdadeiramente a ganhar forma gerencial, sobretudo a partir de 1967 com a reforma administrativa e o Decreto-Lei 200 que inauguram uma "administração para o desenvolvimento". Houve uma clara separação das administrações direta e indireta, garantiu-se autonomia às autarquias, tornou-se menos complexo o processo de compras pelo Estado, dentre outras medidas que serão fundamentais para o atual modelo gerencial. (BRESSER-PEREIRA, 2001).

Com a redemocratização e a Constituição de 1988, houve um retrocesso na esfera administrativa graças a grupos que acreditavam no modelo de reforma burocrática aos moldes da promovida na década de 1930, retomando a rigidez e quase extinguindo a distinção entre administração direta e indireta.

A segunda grande reforma acontece com a Reforma Gerencial em 1995, a com o objetivo de retornar às características dadas à administração pública nas décadas de ditadura militar. Era uma prioridade do governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso superar o modelo burocrático-industrial em crise, através da implantação de um modelo de regulação para a eficiência do mercado, com objetivo de aumentar a competitividade das empresas no cenário internacional. Tercio Sampaio Ferraz Junior resume de maneira sucinta o momento:

> a substituição do modelo de gestão com base em controles formais (legalidade e motivação fundamentada) e na intervenção direta (Estado empresário), pelo modelo gerencial, com base em avaliação de desempenho (eficiência) e intervenção condicionante da 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). (2000, p.1)

Por força dessa mudança de mentalidade foi criado o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) – do qual Bresser-Pereira foi ministro – que instrumentalizou diversas mudanças institucionais na administração através das emendas constitucionais e do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Foram criadas, nesse sentido, as agências executivas, as agências reguladoras e as organizações sociais. O lema passa a ser eficiência institucional e otimização da prestação do serviço público, conforme se observa dos relatórios do referido Ministério:

> Por outro lado, dadas as novas funções, antes reguladoras que executoras: 1) Deve o Estado criar novas instituições? 2) Quais?
> A resposta a estas perguntas deverá ser a menos ideológica e a mais pragmática possível. O que interessa é obter um resultado ótimo dados recursos escassos. Este resultado, entretanto, não é nem pode ser julgado apenas do ponto de vista econômico. Outros pontos de vista, como os da justiça, da cultura, da segurança, são também essenciais na resposta a estas perguntas. (BRASIL, 1995, p. 59)

A respeito das agências reguladoras é imprescindível o processo de desestatização – mais especificamente da privatização de setores da economia anteriormente sob monopólio estatal – iniciada em 1990 pelo Plano Nacional de Desestatização (PND) posteriormente convertido na Lei 9491/97. A desestatização engloba diversos aspectos da administração

pública com o objetivo de reestruturar o Estado para que atue somente em setores fundamentais.[1]

A partir desse novo entendimento, a Emenda Constitucional nº 08/95, privatizou o setor de telecomunicações e a reboque instituiu a norma constitucional de criação da agência reguladora correspondente, bem como a emenda constitucional nº 09/95 que permite a participação de empresas privadas no setor petrolífero e a criação de um "*órgão regulador do monopólio da União".*[2]

De acordo com Jungstedt, com a lei 9491/97 houve a manutenção da divisão da administração direta e indireta porém reformulada, nascendo a estrutura do estado gerencial brasileiro, que restringe-se ao fomento do desenvolvimento da iniciativa privada, cabendo-lhe o gerenciamento do novo modelo, sendo a solicitação de agências reguladoras a confirmação disso. (2009, p. 7)

Apesar de os esforços do Ministério da Administração estivessem concentrados no regime jurídico de pessoal, é possível encontrar em seus relatórios breves passagens que justificam a adoção do modelo de agências reguladoras, sendo as principais delas:

> fortalecer a capacidade regulatória do Estado, particularmente sobre os setores produtivos objeto de privatização de empresas estatais, mediante criação de Agências Regulatórias, especialmente nas atividades exploradas por concessão estatal (BRASIL, 1997, p. 7)
>
> Revitalizar as autarquias e fundações, na forma de Agências: no setor de atividades exclusivas de Estado, deverão ser introduzidas as Agências como novo modelo institucional, na forma de Agências Executivas e Agências Reguladoras, que revitalizarão as autarquias e fundações, resgatando a sua autonomia administrativa e assimilando novos instrumentos e mecanismos de gestão voltados para a assimilação em profundidade da administração gerencial, por meio da introdução da avaliação de desempenho, do controle por resultados, da focalização da satisfação do usuário e do controle de custos. (BRASIL, 1998, p. 18-19)

Não obstante todas as reformas empreendidas no plano regulatório em sede constitucional e legal, a Emenda Constitucional nº 19 deixou explícita a intenção de promover a eficiência na administração pública, inserindo-a como princípio constitucional no artigo 37

---

[1] Essa mudança de foco do Estado brasileiro pode ser depreendida dos objetivos elencados no art. 1º da Lei 9491/97, sobretudo os incisos I e V: "I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público"; "V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais"

[2] As Emendas Constitucionais nº 5, 6 e 7 tratam respectivamente da exploração de gás, mineração e transporte aéreo, aquático e terrestre. Embora estejam inseridas no contexto de desestatização, não culminaram em mandamentos constitucionais de criação de agências reguladoras.

da Constituição Federal – ou como o projeto da Emenda trazia, a *"qualidade do serviço prestado"*.

Eficiência é um conceito econômico e não propriamente jurídico. Para José Afonso da Silva, eficiência se traduz para a administração pública no sentido de *"conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe a menor custo (...). Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados"* (2011, p. 672). Já nas palavras de Gilmar Mendes e Paulo Branco:

> "com o advento do princípio da eficiência, é correto dizer que Administração Pública deuxou de se legitimar apenas pelos meios empregados e passou – após a Emenda Constitucional n. 19/98 – a legitimar-se também em razão do resultado obtido." (2011, p. 866)

Em relação ao regime jurídico das agências reguladoras, podemos brevemente destacar que são pessoas de direito público, mais especificamente autarquias de regime especial. Não havendo um conceito legal determinando do que sejam as agências reguladoras, ressaltando a doutrina as diferenças a a maior liberdade de atuação e sua independência funcional em relação aos demais órgãos da administração pública indireta. (JUNGSTEDT, 2009, p. 46). Marçal Justen Filho utiliza a palavra autonomia para caracterizar as agências reguladoras, mas chama atenção para o fator de não haver homogeneidade nesse conceito, havendo variação de intensidade e da extensão dessa autonomia. (2005, p. 467).

Para Binenbojn, o regime diferenciado das agências reguladoras se caracteriza pela autonomia reforçada (vulgarmente caracterizada como independência) e concentração de funções públicas. A primeira característica engloba a independência política dos dirigentes, a independência técnica decisional, a independência normativa e a independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada. (2006, pp. 251-252).[3] Em relação à segunda, as agências exercem atividade tipicamente administrativas, decorrentes do poder de polícia que lhes incumbe bem como atividade arbitral -"quase-jurisdicional" – sendo competentes para dirimir controvérsias por meio de contencioso administrativo normal (2006, p. 258).

---

[3] A independência política dos dirigentes diz respeito à nomeação por indicação do chefe do Poder Executivo após aprovação do Poder Legislativo, com termo fixo e estabilidade durante o mandato, sem que possa ser exonerado ad nutum pelo Presidente; a independência técnica decisional determina que predominem as motivações técnicas sem que se sujeite a recurso hierárquico impróprio – as decisões das agências são finais na seara administrativa - gerando impossibilidade de revisão das decisões das agências pelos Ministérios ou pelo Presidente; a independência normativa diz respeito à necessária disciplina dos serviços públicos submetidos ao controle da agência (doutrinariamente conhecido como deslegalização); a independência gerencial, orçamentária e financeira amplicada diz respeito às "rubricas orçamentárias próprias de receitas atribuídas pela lei às agências" ressaltando-se as taxas de fiscalização de atividades econômicas e as taxas regulatórias que lhes são permitida a cobrança, bem como participação em contratos e convênios. (BINENBOJM, 2006, p. 252)

Portanto, tenta-se garantir autonomia para as agências reguladoras através da descentralização em relação à administração central, esperando-se que haja qualidade técnica e eficiência em suas decisões, pautando-se pelo conhecimento técnico em detrimento da volatilidade das decisões estritamente políticas

3. Análise Econômica do Direito e a Regulação

Os primeiros ensaios da análise econômica do direito a respeito da regulação de mercado não externaram uma visão positiva sobre o assunto e sistematizou diversas críticas ao modelo. A crítica da escolha pública (*public choice*), por exemplo, problematiza a ideia de que os atores que atuam de forma egoísta em relações privadas o fariam de maneira diversa ao exercer o ofício público. Essa crítica sustenta que os atores políticos trabalham para maximizar algo de seu interesse direto, no caso de políticos a sua chance de reeleição e no caso dos cidadãos o voto para receber o máximo de benefícios advindos de programas do governo. Em suma, prevê que os políticos geralmente optarão por programas em que os benefícios sejam visíveis e se apliquem a grupos concentrados, enquanto seus custos sejam dissipados o máximo possível. (MACKAAY, 1999, p. 89)

A visão da escolha pública é um pontapé inicial para a compreensão das forças que controlam a redistribuição e a regulação econômica. Regular a economia significa impor juridicamente restrições ao comportamento dos atores do mercado, seja por meio da legislação, jurisdição ou agências ligadas à administração. Até a década de 1960, a regulação de mercado era vista como uma forma de corrigir as falhas do mercado e para o modelo neoclássico, esse é o principal papel do governo. Entretanto, a literatura da análise econômica do direito pelo viés neoclássico passou a se questionar se a regulação econômica de fato contribui para o bem-estar e as respostas tenderam a ser negativas. (MACKAAY, 1999, p. 90)

No mesmo sentido das críticas à regulação, Richard Posner faz um estudo que pretende consolidar os entendimentos acerca da regulação. Para o autor, existem duas formas principais de encarar a regulação: a do interesse público e a teoria da "captura". A primeira defende que o papel do governo, por meio da regulação, é corrigir as falhas respondendo às demandas da sociedade. A segunda é uma crítica heterogênea, que em linhas gerais defende que a regulação é capturada por grupos de interesse que lutam entre si para maximizar o lucro de seus membros. (POSNER, 1974, p. 335)

A primeira teoria, que precedeu a crítica da análise econômica do direito e da teoria neoclássica, partia da ideia de que os mercados são extremamente frágeis e tendentes a operar de maneira ineficiente ou desigual e que a regulação governamental é virtualmente sem custos. Essa teoria acredita que as intervenções do governo na economia são respostas às demandas públicas para retificar os rumos do mercados para que não sejam ineficientes e desiguais. Entretanto, se essa teoria estivesse correta, seria empiricamente comprovável que as regulações aconteceriam em setores altamente concentrados e com alta possibilidade de surgimento de monopólios, o que não é verdade. Além disso, a ideia de que as regulação é virtualmente sem custo também já foi desmistificada. (POSNER, 1974, p. 336)

Outra vertente da teoria sustenta que as agências reguladoras foram criadas para o bem público e que porteriormente, ao serem mal gerenciadas, não alcançaram seus objetivos. Essa teoria não consegue comprovar diversos aspectos e ignora provas de que resultados socialmente indesejáveis da regulação são na verdade desejados por grupos de interesse influentes na legislatura criando um esquema regulatório. Além disso, essa teoria se fundamenta em uma ideia vazia de provas de que as agências reguladoras trabalhariam de maneira razoavelmente eficiente para cumprir os objetivos deliberadamente ineficientes advindos da legislação. (POSNER, 1974, 337-338)

A segunda teoria, a da "captura" da regulação, é extremamente heterogênea e comporta diversas formas de crítica. Uma de suas vertentes, marxista, defende que as grandes empresas, os capitalistas, controlam as instituições da sociedade, dentre elas a regulação. Os capitalistas, portanto, controlam a regulação. Essa ideia, para Posner, se mostra falsa quando se analisa que uma parte considerável das regulações beneficiam as pequenas empresas ou entidades econômicas não-empresariais como profissionais liberais, subvertendo a lógica estritamente capitalista. Essas regulações são inexplicadas e até mesmo ignoradas pela crítica marxista. (POSNER, 1974 p. 341)

Uma segunda vertente da teoria da "captura" surge na ciência política e sustenta a importância dos grupos de interesse na formação das políticas públicas. Não são apresentadas, entretanto, evidências que comprovem que determinados interesses influenciam nas decisões e outros não e em quais circunstâncias esses interesses têm êxito em influenciar uma legislação. Nessa teoria, a principal ideia é a de que, ao longo do tempo, as agências reguladoras seriam capturadas pelas indústrias que regulam. Essa vertente possui diversas insuficiências ao não demonstrar que outros grupos de interesse, além das empresas reguladas, não possam capturar as agências reguladoras ou por que uma indústria forte o

suficiente para controlar uma agência não impediu sua criação desde o início. (POSNER, 1974, p. 342)

Uma terceira vertente é a teoria econômica proposta por George Stigler e, embora pareça apenas um refinamento da teoria dos cientistas políticos, ela descarta os elementos não explicados e falsos. Admite uma possibilidade de captura por grupos de interesse que não sejam das indústrias reguladas e abandona a visão militarizada de captura por uma mais neutra de oferta e demanda, insistindo, assim como os cientistas políticos, que a regulação econômica serve aos interesses privados de grupos políticos efetivos. (POSNER, 1974, p. 343).

A teoria econômica parte de duas ideias principais: a primeira de que o poder coercitivo do governo pode ser usado para dar benefícios significativos para indivíduos particulares ou grupos e que a regulação econômica, expressão desse poder estatal na seara econômica, pode ser visto como produto cuja alocação é governada pelas leis de oferta e demanda; a segunda é de que a teoria dos cartéis pode ajudar a localizar as curvas de oferta e demanda.

A expressão da primeira ideia é relativamente simples e atesta que se pode esperar que um produto será fornecido a quem o mais valoriza. Já a teoria dos cartéis, mais complexa, explica a questão dos custos e benefícios. Essa teoria afirma que a cartelização é mais benéfica conforme a diminuição da elasticidade da demanda pelo produto daquela indústria e mais alto o custo de entrada no setor. Segundo a teoria dos cartéis, os efeitos típicos da regulação econômica são os mesmos da cartelização, ou seja, a elevação dos preços acima dos valores considerados competitivos, beneficiando os atores econômicos. (POSNER, 1974, p. 344)

A teoria do cartel, embora importante para a teoria econômica da regulação, não se confunde com ela, pois se isso fosse verdade, somente as empresas com capacidade para formar cartel seriam beneficiadas com a regulação. Entretanto, setores que que não possuem características para a cartelização também podem ser objeto de regulação. Setores altamente concentrados são menos propensos a receber regulações (embora sejam mais propensos a cartelizarem) invertendo a expectativa da teoria dos cartéis. Isso ocorre por duas razões: primeiro, a demanda por regulação é maior para os setores em que a cartelização é inviável ou uma alternativa muito custosa, ou seja, falta a esses setores alternativas à regulação; o segundo fator é que, enquanto a cartelização é uma medida cooperativa, a regulação necessita da intervenção política. Algumas indústrias são capazes de influenciar o processo político a um custo menor que outras e essas podem não ser as mesmas indústrias capazes de cartelizar

a um baixo custo. Esses fatores sugerem que pode ser mais barato para determinados setores recorrerem à regulação pública do que a cartelização privada. (POSNER, 1974, 345-346)

Becker também acredita que as ações do Estado na economia procuram o método mais eficiente para redistribuir recursos de um grupo para outro. Esse fenômeno ocorre tanto quando os dois grupos serão beneficiados com as medidas governamentais quanto quando apenas um se beneficia. Como os benefícios sociais são maiores com os métodos eficientes, os beneficiados estarão mais dipostos a influenciar tais medidas do que os prejudicados de influenciar a adoção de outro método. (BECKER, 1985, p. 15)

A análise econômica do direito parte de uma visão crítica à regulação mas não a descarta. Sucessores das ideias de Posner e os autores iniciais da escola de pensamento surgida na década de 1960 passam então a formular ideias fundadas na economia e no direito para amenizar o potencial de captura das regulações e se possa falar em eficiência no setor regulatório. Alguns desses mecanismos foram escolhidos para serem tratados no presente trabalho tendo em vista a recorrência que possuem na literatura sobre o tema, sobretudo nos relatórios e justificativas apresentadas pelas recomendações de análise de impacto regulatório da OCDE, objeto deste estudo, sem que se tenha a pretensão de esgotar o tema ou mesmo as possibilidades.

Nesse sentido, a análise de custo-benefício é uma ferramenta que tem ganhado popularidade para se medir e gerenciar riscos sociais. Geralmente é justificada por argumentos de eficiência econômica, devendo os reguladores atuarem se os benefícios excederem os custos, mas não no caso contrário. Essa visão puramente econômica, entretanto, não é unânime. Para Cass Sunstein, por exemplo, a eficiência é relevante, mas não é o único objetivo da regulação. Escolhas democráticas podem levar a regulações que não respeitam o cálculo de eficiência, como por exemplo proteger espécies ameaçadas de extinção. A análise de custo benefício não deve ser uma *"camisa de força aritmética",* mas uma ferramenta para demonstrar o que está em jogo[4]. (SUNSTEIN, 2005, pp. 129-130)

A análise de custo-benefício tampouco deve ser encarada como uma ferramenta de maximização de benefícios nos moldes utilitaristas. Amartya Sen sustenta que mesmo que não se tenha como opção disponível a que tenha o resultado ótimo, ainda assim poder-se-á proceder uma decisão que respeito a análise de custo-benefício. A maximização é desejável, mas não é um requisito. (SEN, 2000, p. 941)

[4] Ainda para Cass Sunstein, é empiricamente comprovado que quando as pessoas sabem dos benefícios e riscos de determinada ação, estarão mais suscetíveis a reagirem a ela se obtiverem informações de como proceder. Vaguidão e complexidade, por outro lado, levam à inércia, mesmo quando as pessoas estão informadas do risco e dos benefícios. Cf. SUNSTEIN, 2011, p.1352)

A análise de custo-benefício não deve controlar as decisões regulatórias ou estabelecer regras para a tomada de decisões, sendo possível que os cidadãos de uma democracia escolham ações em que os custos excedem os benefício, desde que tenham a informação adequada para tomar essa decisão. Para os reguladores, uma escolha que não respeite a análise de custo-benefício deve estar sempre acompanhada de justificativas. (SUNSTEIN, 2005, p. 130)

Um problema estrutural presente na técnica de análise de custo-benefício é a quantificação e monetização dos elementos a serem avaliados, não sendo sempre possível se falar em certezas e provas. Não se rejeita a ideia de *"margens de segurança"* e de se avaliar custos e benefícios da melhor maneira possível. Isso se dá, muitas vezes, através da designação pelos governos de valores monetários para determinados elementos baseados no valor que as pessoas estão dispostas a pagar pela exclusão ou diminuição do risco. (SUNSTEIN, 2005, p. 131)

Para isso os reguladores estabelecem valores para a vida baseado no valor monetário que as pessoas estão dispostas a pagar – o chamado valor de vida estatística (*Value of Statistical Life* – VSL).[5] Essa prática, entretanto, acarreta diversas críticas e problemas metodológicos, dentre elas a percepção do risco e disponibilidade de pagamento variáveis entre as pessoas. Além disso, a exposição do risco ser voluntária ou não, sabida ou não ou se sanar tal exposição é caro são fatores a serem considerados e que modificam o VSL para riscos que têm a mesma probabilidade de acontecer. (SUNSTEIN, 2005, p. 142) Entretanto, o estabelecimento de um VSL ajuda a quantificar os benefícios de uma regulação, sabendo-se que um número determinado de vidas seriam salvaguardadas e atribuindo valor monetário a esse benefício, instrumentaliza-se a tomada de decisão.

O VSL não é nem mesmo um número estático e único para cada pessoa. Para cada risco a que se está exposto, existe um valor a ser considerado. Para se ter uma dimensão mais apurada da questão, é necessário se levar em consideração outro fator – a disponibilidade de

[5] O conceito de *Value of Statistical Life* não deve ser confundido com uma tentativa de atribuir um valor à vida de um indivíduo, mas somente à disponibilidade de se pagar para a redução de um risco de morte prematura com baixa probabilidade de acontecimento. Para melhor entender o conceito: *"Some describe the monetized value of small changes in fatality risk as the "value of statistical life" (VSL) or, less precisely, the "value of a life." The latter phrase can be misleading because it suggests erroneously that the monetization exercise tries to place a "value" on individual lives. You should make clear that these terms refer to the measurement of willingness to pay for reductions in only small risks of premature death. They have no application to an identifiable individual or to very large reductions in individual risks. They do not suggest that any individual's life can be expressed in monetary terms. Their sole purpose is to help describe better the likely benefits of a regulatory action."* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2003)

pagamento (*willingness to pay* – WTP)[6], ou seja, a consideração individual do valor monetário que cada pessoa está disposta a pagar para se ver segura de determinado risco. (SUNSTEIN, 2005, p. 149)

A consideração do WTP abre a questão da regulação em dois sentidos distintos. Primeiro, havendo uma disponibilidade de pagamento expressada por determinada pessoa, é possível que o Estado democrático adote uma regulação que imponha um custo superior à disponibilidade? Em segundo lugar, sabendo-se das desigualdades sociais, tanto nacional quanto internacionalmente, é possível que o Estado se exima de garantir determinados direitos porque sua proteção excederia a disponibilidade de pagar das pessoas?

Em resposta à primeira pergunta, questões como bem-estar e autonomia entram em cena para demonstrar que as pessoas não devem ser obrigadas a pagar mais do que estão dispostas. Cidadãos livres devem ter a permissão de alocarem seus recursos onde bem entenderem, seja em comida, recreação ou diminuição de um risco. Essa visão extremamente liberal, entretanto, pode sofrer variadas críticas, como a possibilidade de adaptação aos riscos, tornando a percepção dos mesmos deturpadas. É o caso, por exemplo, de baixos WTPs para soluções ambientais, as pessoas já estão adaptadas ao meio-ambiente vilipendiado (*deprivation*) e não estão dispostas a pagar valores altos para corrigir a questão, o que de maneira alguma diminui a importância da questão (*miswanting*). (SUNSTEIN, 2005, p. 154)

O contraponto à abordagem liberal, e em resposta à segunda pergunta, estão os direitos das pessoas de não serem expostas a riscos de determinada magnitude. Usar o WTP nessas situações seria uma violação de direitos. Em caso de riscos com probabilidades consideráveis, a regulação governamental deve ocorrer independentemente se o custo exceder a disponibilidade. Quando houver uma situação como essa, ou até mesmo quando os riscos forem pequenos, deve-se usar subsídios para minimizar os riscos. (SUNSTEIN, 2005, pp. 155-157)

O uso do conceito de WTP se complica ainda mais quando se trata de regulações que beneficiem pessoas carentes (com baixa disponibilidade). Os beneficiados pagam somente uma fração ou nenhuma parte da medida enquanto os que pagam não recebem tantos benefícios diretamente. A ideia é que não se fere a autonomia ao se garantir bem-estar às

[6] Existem basicamente dois métodos de cálculo do WTP: o primeiro por meio de pesquisas diretas, perguntando-se às pessoas quanto pagariam para minimizar determinado risco e o segundo de uma maneira indireta, analisando-se o mercado (por meio de exigências salariais maior para se correr determinados riscos ou o aumento de preço de bens e serviços que diminuam o risco. Para uma melhor compreensão, Cf. (REVESZ, 2014, p. 13)

pessoas de maneira subsidiada e tampouco fere os direitos dos que pagam porque está se gerando um bem-estar social. (SUNSTEIN, 2005, p. 167)

O governo ao utilizar esses conceitos aplicáveis à análise de custo-benefício não deve se ver como uma máquina de pura eficiência econômica. O uso indiscriminado dos conceitos de disponibilidade e valores estatísticos pode resultar em distorções e injustiças. A análise meramente em termos monetários é criticável e não leva em consideração fatores importantes como a desigualdade social. O que se sugere é que se considere os efeitos desejados antes da análise e depois transformados em valores monetários, que o WTP seja apenas um ponto de partida e que se considere os efeitos distributivos. (SUNSTEIN, 2005, pp. 168-169)

Os recursos são escassos – e aqui reside a principal causa dessa reflexão e metodologia - e é impossível que todos os riscos sejam minimizados, fazendo com que a análise de custo-benefício seja uma ferramenta importante para se conhecer o paranorama e se tomar as decisões que resultem em mais benefícios com os recursos disponíveis. Entretanto, esse crivo não pode ser tão rígido a ponto de impedir que regulações desejadas do ponto de vista democrático sejam colocadas em práticas por não passarem pelo teste de eficiência. Além disso, para que não se incorra em injustiças, os efeitos distributivos devem ser levados em consideração quando afetarem membros mais vulneráveis da sociedade, sobretudo a vulnerabilidade econômica.

Algumas vezes, entretanto, a análise de custo-benefício é inviável devido a impossibilidades de quantificação, monetização ou determinação dos efetivos custos ou benefícios das medidas propostas. Nessas hipóteses, pode se recorrer à análise de ponto de equilíbrio (*breakeven analysis*), que difere sutilmente da análise de custo-benefício.

O objetivo é determinar em que grandeza deve ser o elemento não quantificável para que supere os custos. Sua maior virtude é identificar quais informações estão faltando (para se proceder à análise de custo-benefício), especificar condições sob as quais os benefícios justificariam os custos (justificativa condicional) e explicar por que determinados casos são tão difíceis de serem analisados. Pode ser encarada como uma análise de custo-benefício condicional, que para ser efetiva deve partir de determinadas suposições e estabelecer certas condições para que a medida seja vantajosa. (SUNSTEIN, 2013, pp. 1-2)

A análise de ponto de equilíbrio é especialmente útil quando o regulador consegue determinar o piso e teto dos benefícios a serem alcançados, mas também serve quando esses parâmetros não conseguem ser estabelecidos, justamente para demonstrar essa impossibilidade. Quando deparada com a impossibilidade de quantificação, o regulador determina os custos e faz um julgamento da dimensão dos benefícios que justificariam a

medida. A análise de ponto de equilíbrio serve como argumento no processo de tomada de decisão. (SUNSTEIN, 2013, p. 13)

Quantificar e atribuir valores monetários a determinados elementos como vida, dignidade ou bem-estar pode ser além de difícil do ponto de vista metodológico, moralmente criticável. Quando a impossibilidade for de tal grandeza que impeça a aplicação da análise de custo-benefício, a análise de ponto de equilíbrio pode suprir esse déficit informacional, não oferencendo uma resposta definitiva ou taxativa para a eficiência da medida, mas munindo o tomador de decisão de tantos elementos quanto forem possíveis.

Mesmo se removendo a taxatividade e obrigatoriedade de se obedecer à análise de custo-benefício, ainda são tecidas diversas críticas à metodologia tais como não levar em consideração os "custos humanos" impostos pelas medidas adotadas, que satisfazem os critérios monetários da análise. Outros fatores que muitas vezes não são levados em consideração ao se analisar são as violações a direitos e os motivos da decisão, retirando o elemento ético do processo. (SEN, 2000, p. 943).

Para Sen, outro fator que não pode ser desconsiderado ao se tomar decisões baseadas em tais análises é o do valor da liberdade. É possível que a análise de custo-benefício em uma abordagem consequencialista leve em consideração a liberdade das pessoas de fazerem suas escolhas (valoração de oportunidades e não só de ações efetivamente realizadas). Existe, por exemplo, uma grande diferença entre uma pessoa que opta por jejuar e outra que passa fome por falta de comida, pois embora ambas não se alimentem, a oportunidade de escolha da primeira dá o sentido ao seu sacrifício, enquanto a premissa não é verdadeira para a segunda. Outra crítica suscitada pelo autor é a do uso do WTP, pois essa abordagem não considera em sua inteireza os efeitos distributivos, presumindo que cada unidade monetária (dólar) tem o mesmo valor para diferentes grupos sociais. (SEN, 2000, pp. 944-946)

Dada a realidade de recursos escassos e regulações que devem ser eficientes para melhorar ao máximo a vida das pessoas, alguns parâmetros que estabeleçam o que é eficiência são necessários. Sabendo-se ainda que as decisões públicas, ao contrário das privadas, demandam uma argumentação e justificativa, as metodologias em questão podem servir como o parâmetro que falta para justificar as decisões regulatórias. Conforme dito anteriormente, as análises não devem e não podem se tornar camisas de força, mas devem orientar as decisões públicas para que se saiba, mesmo que se opte por uma ação que não seja eficiente, quais os custos incorridos e os benefícios alcançáveis com as opções disponíveis para se alcançar o objetivo desejado, sendo o mais eficiente e democrático possível.

4. A OCDE e a Análise de Impacto Regulatório como alternativa para o Brasil

A análise de impacto regulatório (AIR) é um método para garantir efetividade e eficiência das regulações. Na definição Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, organização internacional que recomenda a técnica, a análise de impacto regulatório é um modelo institucionalizado que começa com a análise e articulação do problema que cria o contexto para a regulação e prossegue com a avaliação dos custos e benefícios incluindo a análise do processo de implementação da ação regulatória. A análise de impacto regulatório inclui a avaliação de possíveis alternativas regulatórias e não-regulatórias com o objetivo principal de garantir que a abordagem regulatória escolhida forneça o maior benefício público. (2008a, p. 11)

Como nos chama atenção Siddharta Legale Ferreira, o estudo da análise de impacto regulatório no Brasil ainda é concentrado no ramo da economia e passa por uma tradução para a linguagem jurídica. Prossegue o autor ao conceituar a AIR analisando os relatórios desenvolvidos pela OCDE:

> A análise de impacto regulatório insere-se no objetivo de uma atuação mais cuidadosa por parte das Agências Reguladoras que almeja construir uma "regulação de alta qualidade" ou, pelo menos, de alguma qualidade que reduza as assimetrias informacionais e promova uma deliberação pública de qualidade entre os grupos da sociedade entre si e com as instâncias políticas e administrativas, de forma a se forjar, a um só tempo, legitimidade técnica e democrática. (2013, p. 106)
>
> Uma regulação de baixa qualidade se traduz em aumento do custo para os negócios (custo-Brasil, por ex.), aumento da complexidade e insegurança jurídica e dificuldade para que os governos atinjam as metas de desenvolvimento econômico. Em outras palavras, para a OCDE, a Análise de Impacto Regulatório é o principal instrumento para se evitar isso e construir uma regulação que leve os fatos a sério. (2013, p. 107)

A análise de impacto regulatório pode ser caracterizada como um parâmetro de eficiência a ser utilizado pela administração no processo de tomada de decisão no âmbito regulatório:

> A AIR é um instrumento de aperfeiçoamento da eficácia e da eficiência da atividade regulatória, que auxilia o regulador a focar nos ditames legais desta. É parte de um processo de fortalecimento da governança regulatória, podendo ser visto como um conjunto de recomendações de procedimentos a serem adotados para melhor informar o processo de tomada de decisão em regulação. (SALGADO & BORGES, 2010, p. 7)

Eficiência e eficácia são fundamentais porque há limites em relação à quantidade e ao tipo de regulação aptas a serem absorvidas em economias e sustentadas efetivamente por governos. Regulações possuem custos e benefícios e seu uso inapropriado pode estagnar o

crescimento econômico colocando obstáculos na forma de fazer negócios e criando percepções negativas do ambiente. Além disso, desenvolver e colocar em prática regulações geram grandes demandas para a administração, sendo importante que sejam bem planejadas. (OCDE, 2008b, p. 4)

Não se pode confundir, como é comum, 'meios' e 'fins'. O objetivo da política é o seu fim, o resultado que o governo deseja alcançar. Já os meios tratam da forma como o objetivo será alcançado, sendo possível que diversos meios alcancem o mesmo fim. Após determinadas as hipóteses, é papel da AIR compará-las em relação aos custos e benefícios determinando qual é, segundo os elementos disponíveis para análise, o meio mais eficiente de se alcançar o fim desejado.

Portanto, a análise de impacto regulatório está intimamente relacionada com a eficiência das medidas administrativas no âmbito regulatório, mesma preocupação que imbuiu o reformador brasileiro ao pensar as novas instituições administrativas. A análise de impacto regulatório é uma das muitas recomendações feitas pela OCDE, visando melhorar a qualidade e os parâmetros utilizados pela regulação.

A análise de impacto regulatório é um *"modelo institucionalizado para análise que deriva da mesma base analítica que o checklist."* A aplicação prática começa com a análise e articulação do problema que cria o contexto para a regulação e prossegue demonstrando alternativas de regulação e os benefícios de cada uma. (OCDE, 2008a, p. 12)

A OCDE recomenda aos seus membros e também não membros, dentre outras medidas para melhorar a qualidade regulatória, a adoção da "*avaliação de impacto regulatório desde os estágios iniciais do processo de políticas para formulação de novas propostas de regulação"* bem como a publicação regular de "*relatórios sobre o desempenho da política regulatória"* incluindo os registros de análise de impacto regulatório, as consultas públicas e as revisões de regulações existentes. Essa adoção da análise de impacto regulatório deve ser *ex ante* e proporcional à importância da regulação, incluindo análise de custo-benefício considerando os diversos impactos como social, ambiental, econômico e identificando quem se beneficiará e quem arcará com os custos. (OCDE, 2012, pp. 6-12)

A análise de impacto regulatório é uma ferramenta política (*policy tool)* fundamental para se obter informações sobre os potenciais efeitos de medidas regulatórias em termos de custo-benefício. O processo de reflexão anterior à regulação facilita o reconhecimento dos detalhes a serem considerados quando do desenvolvimento e implantação das medidas.

Essa ferramenta política é utilizada para medir os benefícios e custos de regulações novas ou existentes, é um relatório analítico para auxiliar os tomadores de decisão. É,

normalmente, composto pelos seguintes elementos: título da proposta, o objetivo e efeito pretendido da política regulatória, uma avaliação do problema, consideração sobre outros alternativas, medição de todos os impactos distributivos, resultados das consultas públicas, estratégias de cumprimento e processo de monitoramento e avaliação. Para ser efetiva, a análise de impacto não pode ser uma etapa meramente burocrática a ser cumprida. (OCDE, 2012, pp. 14-15)

Identificados os custos relacionados à regulação e os benefícios desejados e alcançáveis por meio dela, procede-se a análise de custo-benefício, conforme os parâmetros trabalhados no capítulo anterior. Segundo a OCDE, toda AIR pode ser considerada baseada no princípio da análise de custo-benefício. A metodologia de custo-benefício seria a *"melhor prática"* por ser baseada na quantificação dos custos e benefícios em termos monetários, comparando no período de tempo determinado, dando base para comparação entre as alternativas pelos tomadores de decisões (OCDE, 2008b, pp. 9-10).

Outro método descrito pelo manual da OCDE é a análise de ponto de equilíbrio, também descrita no capítulo anterior, em que a incerteza na identificação ou quantificação dos custos ou benefícios são preponderantes. Nesse método, estima-se o custo e define-se quão efetiva deve ser a regulação para que seja eficiente. Após a análise tem-se um panorama que possibilita uma tomada de decisão mais consciente, embora não tão esclarecida quanto quando possível a análise de custo-benefício. (OCDE, 2008b, p. 14)

Uma dificuldade relacionada à análise de impacto regulatório é a obtenção de dados confiáveis e de qualidade que permitam orientar as análises descritas acima. A OCDE elenca algumas formas de obtenção de informação, dentre elas: questionários; revisão da experiência de outros países; experiência de outras agências do governo; e consultas.

As consultas têm um papel importante e podem ser realizadas de diversas maneiras: noticiar irrestritamente a proposta regulatória para que todos possam opinar; noticiar de maneira setorizada para que os envolvidos possam opinar; audiências públicas que permitem que os envolvidos opinem pessoalmente, permitindo o diálogo entre as partes eque o regulador esclareça pontos controversos. As consultas, sobretudo as audiências públicas, tornam o processo democrático e mais transparente, mas corre o risco de, ao envolver diversos envolvidos com visões diferentes, tornar difícil a racionalização da discussão. (OCDE, 2008b, p. 20)

Os *checklists* utilizados são uma importante ferramenta que pode ser usada por diferentes atores do processo regulatório. Como e por quem serão usados são questões que variam entre os países que adotam. As informações que constam nessas listas, a despeito das

peculiaridades de cada modelo, podem ser classificadas em quatro categorias: (1) o papel do governo como regulador; (2) os custos e efeitos da regulação; (3) regulação como um instrumento de governo; e (4) regulação no contexto de políticas governamentais e internacionais. (OCDE, 1993, p. 19)

O *checklist* que dá início ao processo de análise recomendado pela OCDE segue as seguintes perguntas:

> (1) o problema está definido corretamente?; (2) A ação do governo é justificada?; (3) A regulação é a melhor forma de ação do governo?; (4) Existe base legal para a regulação?; (5) Qual o nível apropriado de ação governamental na situação?; (6) Os benefícios da regulação justificam os custos?; (7) Os efeitos da distribuição pela sociedade estão transparentes?; (8) A regulação é clara, consistente, compreensível e acessível ao usuário?; (9) Todas as partes interessadas tiveram oportunidade de apresentar seu ponto de vista? (10) Como ela será cumprida? (OCDE, 2008a, p. 13)

Os *checklists* têm como finalidades mais importantes, dentre outras, comunicar valores e políticas de governo, fomentar a resposta do setor público às prioridades políticas, estabelecer um processo regulatório ordenado, aumentar a qualidade da regulação, melhorar o desenvolivmento e implementação dos programas regulatórios, promover mudanças culturais e facilitar a visão gerencial do sistema regulatório. (OECD, 1993, pp. 13-16)

O processo de elaboração de um documento de análise de impacto é um processo racional que deve seguir determinadas fases e sua profundidade e complexidade é coerente com a importância e o tamanho da regulação. A OCDE, como exemplo, lista as seguintes etapas:

> (1) Definição do contexto e dos objetivos, em particular a identificação sistemática do problema que dá base para a ação governamental;
> (2) Identificação e definição de todas as opções regulatórias e não-regulatórias que satisfaçam o objetivo;
> (3) Identificação e quantificação dos impactos das opções consideradas, incluindo custos, benefícios e efeitos distributivos;
> (4) O desenvolvimento de estratégias de cumprimento para cada opção, incluindo a avaliação de sua efetividade e eficiência;
> (5) O desenvolvimento de mecanismos de monitoração para avaliar o sucesso da política proposta e incluir essas informações no desenvolvimento de respostas regulatórias futuras;
> (6) Incorporação sistemática de consultas públicas que providenciem oportunidades para todos os envolvidos de participar no processo regulatório. Isso fornece informação importante sobre custos e benefícios das alternativas, incluindo sua efeitividade. (OECD, 2008a, p. 16)

É fundamental, entretanto, que os resultados da análise de impacto regulatório sejam comunicados. É necessário que os tomadores de decisão tenham acesso à informação de forma clara e compreensível, levando-se em consideração que não são necessariamente pessoas com formação técnica. Outro fator importante é que a informação seja recebida a

tempo e seja divulgada para os envolvidos (*stakeholders*) para que entendam o motivo da regulação, ajudando na aceitação e no suporte à escolha realizada. (OCDE, 2008b, p. 22)

Em 2008 a OCDE realizou um relatório sobre o panorama da regulação no Brasil e afirmou que à época não existia um sistema de análise de impacto regulatório formal vigorando no país. Diante dessa situação, a OCDE recomendou a adoção do modelo de análise de impacto regulatório. Como proposta concreta sugeriu a atribuição de poder de supervisão a um órgão independente que avalie a qualidade técnica e legal da nova regulação. Além disso, sugere o fortalecimento do Comitê Consultivo do PRO-REG que de órgão consultivo interno deveria ser um órgão consultivo externo para qualidade regulatória. (OCDE, 2008c, p. 340)

Os relatórios da OCDE sobre o país indicam que o PRO-REG tem a pretensão de introduzir no Brasil um sistema de AIR. Chama a atenção para a experiência dos países-membros de que para ser eficaz a AIR 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 de toda a administração. Os Ministérios e as agências deveriam estar preparadas para colocar a AIR em prática o mais breve possível dentro do processo de tomada de decisões. Isto implicaria em treinamento voltado ao pessoal responsável de maneira que eles pudessem cumprir com sucesso sua tarefa. (OECD, 2008c, p. 342)

O relatório da OCDE chama atenção para a necessidade de um mandato legal para a análise de impacto regulatório no país. É necessário que a técnica seja chancelada por um instrumento normativo que não seja passível de ser ignorado pelas instituições regulatórias – uma lei ou decreto, por exemplo – obrigando a utilização da AIR, que só fará diferença se for aplicada de forma abrangente. A sugestão proposta pelo relatório seria a alteração ao Decreto 4176/02 que estabelece as diretrizes no encaminhamento à Presidência da República de atos normativos dos órgãos do Poder Executivo Federal, que já possui anexo com um *checklist* a ser preenchido. De maneira resumida, o relatório define o panorama brasileiro:

> O questionário incluso no Decreto 4.176, de 2002, compõe uma estrutura inicial que poderia ser mais desenvolvida. O governo brasileiro prevê a consolidação de uma abordagem metodológica da AIR, talvez por meio de da implementação de um projeto piloto no qual as agências reguladoras pudessem participar. **Seria aconselhável começar com as agências reguladoras que não representem uma grande dispersão geográfica, mas sim com aquelas cujas ações cobrem uma ampla gama de serviços e dos quais os consumidores e usuários têm reclamado.** O desafio da metodologia escolhida é que isso seja proporcional às capacidades específicas do país. Isso significa, basicamente, que a AIR deveria servir mais como um processo de perguntar as questões certas às pessoas certas, com antecedência

> suficiente para o processo de elaboração de políticas públicas, criando então uma estrutura para políticas públicas regulatórias, do que análises de impacto tecnicamente precisas que poderiam ser difíceis de cumprir. (OECD, 2008c, p. 343) (Grifo nosso)

Anos após a criação do PRO-REG, em 2008, para sistematizar o sistema regulatório brasileiro e tendo como promessa de adoção da análise de impacto regulatório, o desenvolvimento da técnica no país ainda é insatisfatório. Apenas projetos-piloto foram desenvolvidos, com poucas informações divulgadas e consolidação de relatórios insatisfatória.

5. Conclusão

Como se pode depreender, a análise de impacto regulatório é um conceito simples, altamente recomendado internacionalmente e adotado por países pioneiros no modelo regulatório. Ele é capaz de garantir objetividade através da técnica, sendo descolado das decisões políticas, embora como visto não se pretenda escravizar o Estado dentro de uma lógica econômica.

A administração pública brasileira, sobretudo a indireta, vem encontrando dificuldades de efetivar o princípio da eficiência desde sua implantação em 1998 pela Emenda Constitucional 19. Acredita-se que com a adoção das técnicas presentes nas recomendações da OCDE será possível, no âmbito regulatório, efetivar em certa medida o objetivo em questão quando da inserção do princípio da eficiência para a administração pública, qual seja, efetivar o máximo possível com os recursos escassos.

Por ser uma técnica consultiva e informativa, ou seja, não é uma imposição à administração pública – embora seja um importante elemento argumentativo na tomada de decisão – a análise de impacto regulatório é perfeitamente plausível dentro do contexto garantista do ordenamento jurídico brasileiro. Não prende o administrador à lógica econômica, apenas municia o mesmo para a tomada de decisão, deixando clara qual a opção regulatória ou não-regulatória para alcançar o máximo benefício com o menor custo, não sendo vedada a escolha de outra opção, desde que justificada.

Certamente os problemas de eficiência na regulação brasileira não se resumem à falta de uma técnica sistemática na elaboração das regulações e tampouco seriam plenamente solucionadas com as propostas aqui defendidas. Outra certeza é de que a análise de impacto regulatório não é uma novidade desconhecida no Brasil, embora não seja uma prioridade na ordem do dia. Entretanto, acredita-se que com essa diminuta contribuição acadêmica seja

possível demonstrar a importância da aproximação dos conceitos econômicos com as instituições regulatórias e a retomada da análise de impacto regulatório como projeto prioritário, conforme se pensou quando da criação do PRO-REG ainda no ano de 2008.

Portanto, a hipótese de que é possível estabelecer meios tecnicamente objetivos para atender o panorama de recursos finitos e uma gama extensa de direitos a serem concretizados pela administração pública mostra-se verdadeira, despontando a análise de impacto regulatório – uma sistematização da análise de custo-benefício para a regulação – como uma das possibilidades para tal objetivo.

6. Bibliografia

BECKER, Gary S. Public Policies, Pressure Groups and Dead Weight Cost. In: **Working Paper.** No. 035. Chicago: Center for the Study of the Economy and the State. Novembro de 1984.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo:** Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **Os avanços da reforma na administração pública**: 1995-1998. Caderno 15. Brasília: MARE, 1998.

BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **A Reforma do aparelho do estado e as mudanças constitucionais:** síntese & respostas a dúvidas mais comuns. Brasília: MARE, 1997.

BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado**. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: MARE, 1995.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado Patrimonial ao Gerencial. In: Pinheiro, Willheim e Sachs (orgs.). **Brasil:** Um século de transformações. São Paulo: Cia. Das Letras, 2001: pp. 222-259.

BRESSER-PEREIRA. Luiz Carlos. Os primeiros passos da Reforma Gerencial do Estado de 1995. In: **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, pp. 145-186, out/dez 2008.

JUNGSTEDT, Luiz de Oliveira Castro. **Direito Administrativo Parte 1:** Estado Gerencial Brasileiro. Niterói: Impetus, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

LEGALE FERREIRA, Siddharta. **Análise de Impacto Regulatório, a OCDE e o Brasil:** Meditaçõess Metarregulatórias e a Internacionalização do Direito Constitucional Regulatório. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói.

MACKAAY, Ejan. **History of Law and Economics.** Montreal: University of Montreal, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

OCDE. **Building an institutional framework for regulatory impact analysis (RIA)**: Guidance for policy makers. 2008a. Disponível em: < http://www.oecd.org/dataoecd/44/15/40984990.pdf> Acesso em: 04/11/2014.

OCDE. **Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance.** 2005. Disponível em: http://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf Acesso em: 12/11/2014.

OCDE. **Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)**, 2008b. Disponivel em: < http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44789472.pdf> Acesso em: 04/11/2014.

OCDE. **Recomendação do Conselho sob Política Regulatória e Governança.** 2012. Disponível em: http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf Acesso em: 21/11/2014.

OCDE. **Regulatory Management and Reform Series no. 4:** The Design and Use of regulatory Checklists in OECD Countries. Paris: OECD, 1993.

OCDE. **Relatório sobre a Reforma Regulatória:** Brasil – Fortalecendo a governança para o crescimento**.** 2008c. Disponível em: <

OCDE. **The Evolution of Regulatory Policy in OECD Countries.** 2006. Disponível em <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/41882845.pdf > Acesso em: 12/11/2014.

POSNER, Richard A. Theories of Economic Regulation. In: **The Bell Journal of Economics and Management Science**. Vol. 5, no. 2 (outono de 1974) pp. 335-358.

SALGADO, Lucia Helena e BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de impacto regulatório**: uma abordagem exploratória. Brasília: IPEA, 2010. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf >. Acesso em 04/11/2014.

SAMPAIO JUNIOR, Tercio Ferraz. **Agências Reguladoras:** Legalidade e Constitucionalidade. 2000. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/agencias/agenciasreguladoras.pdf>. Acesso em: 03/04/2015.

SEN, Amartya. The Discipline of Cost-Benefit Analysis. In: **Journal of Legal Studies.** N. 29. 2000. pp. 931-952. Disponível em: < http://dash.harvard.edu/handle/1/3444801> Acesso em: 24/11/2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. Empirically Informed Regulation**.** In: **The University of Chicago Law Review**. n. 78. pp. 1349-1429. 2011. Disponível em: <http://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/78_4/Sunstein_Essay.pdf > Acesso em: 09/11/2014.

SUNSTEIN, Cass R. **Laws of Fear:** Beyond the Precautionary Principle**.** Cambridge**:** Cambridge University Press, 2005.

SUNSTEIN, Cass R. **Nonquantifiable.** 2013. Disponível: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2259279 > Acesso em: 09/11/2014.