

Pedro Ivo Sebba Ramalho
Organização

Regulação e Agências Reguladoras

Governança e Análise de Impacto Regulatório

1ª Edição

Brasília
2009

ANVISA
Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Casa Civil da
Presidência da República

Copyright ©2009. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa e Casa Civil da Presidência da República.
Todos os direitos reservados. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte e que não seja para venda ou qualquer fim comercial. A responsabilidade pelos direitos autorais de textos e imagens desta obra é dos autores. A Anvisa e a Casa Civil, igualmente, não se responsabilizam pelas ideias contidas nesta publicação.

Presidente da República
Luiz Inácio Lula da Silva

Ministério da Saúde

Ministro de Estado da Saúde
José Gomes Temporão

Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Diretor-Presidente
Dirceu Raposo de Mello

Diretores

Agnelo Santos Queiroz Filho
Dirceu Brás Aparecido Barbano
José Agenor Álvares da Silva
Maria Cecília Martins Brito

Casa Civil da Presidência da República

Ministra-Chefe da Casa Civil
Dilma Rousseff

Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais

Subchefe
Luiz Alberto dos Santos

Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG

Comitê Gestor do PRO-REG

Casa Civil da Presidência da República
Luiz Alberto dos Santos (coordenador)
Rodrigo Augusto Rodrigues (suplente)

Ministério da Fazenda
Marcelo de Matos Ramos (titular)
Pricilla Maria Santana (suplente)

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão
Patrícia Vieira da Costa (titular)
Luis Henrique D'Andrea (suplente)

Coordenador Técnico do PRO-REG

Jadir Proença

Representantes da Anvisa no Comitê Consultivo do PRO-REG

Dirceu Raposo de Mello (titular)
Pedro Ivo Sebba Ramalho (suplente)

Elaboração, edição e distribuição

Agência Nacional de Vigilância Sanitária
SIA, Trecho 5, Área Especial 57, Lote 200
71205-050, Brasília – DF
Tel.: (61) 3462 6000
Home page: www.anvisa.gov.br
E-mail: editora@anvisa.gov.br

Assessoria de Divulgação e Comunicação Institucional
Martha Nazaré Corrêa

Coordenação editorial
Pablo Barcellos

Organizador
Pedro Ivo Sebba Ramalho

Coordenação executiva
Flávia Neves Rocha Alves

Autores

Alexandre Santos de Aragão
Bernardo Mueller
Carlos García Fernández
César Mattos
Dirceu Raposo de Mello
Donald Macrae
Francisco Gaetani
Jim Tozzi
Kélvia Albuquerque
Luiz Alberto dos Santos
Marcelo Ramos
Pedro Farias
Pedro Ivo Sebba Ramalho
Ronaldo Seroa da Motta
Verônica Cruz

Tiragem: 1.000 exemplares - 1ª edição.

Ficha Catalográfica

Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório / Pedro Ivo Sebba Ramalho (Org.) – Brasília: Anvisa, 2009.

288 p.

ISBN 978-85-88233-27-0

Sumário

Agradecimentos	5
Apresentação	7
Sobre os autores	19

PARTE 1

TEORIA DA REGULAÇÃO: PRÍNCÍPIOS E FUNDAMENTOS PARA A REGULAÇÃO ECONÔMICA DE MERCADO	27
--	----

Capítulo 1

Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade	29
Alexandre Santos de Aragão	

Capítulo 2

Estado e regulação: fundamentos teóricos	53
Verônica Cruz	

Capítulo 3

Princípios de regulação econômica	87
Ronaldo Seroa da Motta	

PARTE 2

DESENHO INSTITUCIONAL DO SISTEMA REGULATÓRIO E DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL	105
---	-----

Capítulo 4

Instituições e salvaguardas no sistema regulatório brasileiro	107
Bernardo Mueller	

Capítulo 5

Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil	125
Pedro Ivo Sebba Ramalho	

Capítulo 6

Evolução institucional da defesa da concorrência no Brasil: a reforma do Cade	161
César Mattos	

PARTE 3
GOVERNANÇA REGULATÓRIA NO BRASIL: FORTALECIMENTO DA
CAPACIDADE PARA GESTÃO EM REGULAÇÃO 175

Capítulo 7

Desafios da governança regulatória no Brasil 177

Luiz Alberto dos Santos

Capítulo 8

Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória189

Francisco Gaetani e Kélvia Albuquerque

Capítulo 9

Governança regulatória: experiências e contribuições para uma melhor
qualidade regulatória..... 197

Marcelo Ramos

Capítulo 10

Mejorando la gestión de la regulación: la experiencia del Banco
Interamericano de Desarrollo – BID en Brasil 207

Pedro Farias

Capítulo 11

Boas práticas regulatórias: previsibilidade e transparência na Agência
Nacional de Vigilância Sanitária 229

Dirceu Raposo de Mello e Pedro Ivo Sebba Ramalho

PARTE 4

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: EXPERIÊNCIAS
INTERNACIONAIS 253

Capítulo 12

Análise de Impacto Regulatório – AIR:
a experiência do Reino Unido255

Donald Macrae

Capítulo 13

Da necessidade de uma revisão regulatória centralizada 265

Jim Tozzi

Capítulo 14

La Manifestación de Impacto Regulatorio – MIR: una MIRada a la
regulación de calidad275

Carlos García Fernández

Agradecimentos

É importante registrar os agradecimentos para as pessoas que viabilizaram a publicação deste livro, originado do Seminário Internacional de Avaliação do Impacto Regulatório.

Inicialmente, aos colaboradores para a realização do Seminário. Na Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, meus agradecimentos à Kélvia Albuquerque. Na Anvisa, aos colegas do Núcleo de Assessoramento em Relações Internacionais – Marta Veloso, Ana Paula Soares Juca da Silveira e Silva, Renata Carvalho e Mateus Rodrigues Cerqueira; da Unidade de Promoção de Eventos – Profa. Maria Amélia, Maria de Fátima e Gilson Cezzar; da Coordenação de Cerimonial – Kay Tostes e Christian Martins de Sabóia; e da Assessoria de Divulgação e Comunicação Institucional – à época, Renatha Melo. Agradecimentos ao Stephane Jacobzone, da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, que foi o ponto de colaboração da Organização à realização do evento e esteve presente para proferir a Conferência Magna bastante apreciada pelos presentes.

Além disso, a publicação deste livro não seria possível sem o apoio e a colaboração de grande número de pessoas. Agradeço de maneira especial aos autores, que prontamente atenderam ao convite para integrar o livro, mesmo nos casos de curto espaço temporal para elaboração e entrega dos textos: Alexandre Santos de Aragão, Bernardo Mueller, Carlos García Fernández, César Mattos, Dirceu Raposo de Mello, Donald Macrae, Francisco Gaetani, Jim Tozzi, Kélvia Albuquerque, Luiz Alberto dos Santos, Marcelo Ramos, Pedro Farias, Ronaldo Seroa da Motta, Verônica Cruz e Martha Fabiola Carreón-Gámez, da Cofemer, que participou do Seminário e foi o contato para

envio do texto daquele órgão. Na Casa Civil, aos parceiros da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais – Luiz Alberto dos Santos, Rodrigo Rodrigues, Jadir Proença e Giselle Santa Cruz, sem os quais nem o Seminário, nem o livro teriam existido. Esperamos que ainda haja muitos outros projetos comuns. Estaremos sempre à disposição. Na Anvisa, ao Diretor-Presidente Dirceu Raposo de Mello, pelo apoio a nossas iniciativas e prioridade para este projeto. À Assessoria de Divulgação e Comunicação Institucional – Martha Correa, Carlos Augusto e Pablo Barcellos –, a nossa gratidão por todo o apoio na colaboração e profissionalismo para a consecução das etapas editoriais em tempo recorde. Forte agradecimento ao pessoal da Assessoria Técnica e Parlamentar – Gustavo Trindade, Adriana Ivama e Danitza Buvnich –, em especial à Flávia Neves Rocha Alves, que foi pronta colaboradora em vários momentos da organização deste livro.

Apresentação

O interesse pelos temas da regulação estatal de mercados e do papel das agências reguladoras tem ganhado cada vez mais espaço na atualidade. Vivemos hoje crise financeira mundial na qual a chamada “mão visível do Estado” se sobrepõe à propalada metáfora da mão invisível do mercado, de Adam Smith, para quem os mercados deveriam se autorregular, com mínima presença da ação estatal na economia.

Mais regulação é o que os agentes econômicos, surpreendentemente, pedem hoje aos governos. Em todo o mundo, recrudescer o debate sobre o modelo de desenvolvimento das nações e de “quanto” Estado devemos ter. Isso contra as previsões daqueles que, ao fim do século passado, pensavam termos chegado a uma espécie de fim da história. A forte intervenção do Estado, via regulação de mercados, é agora a nova fase do capitalismo mundial.

No Brasil, grandes esforços têm sido feitos para articular iniciativas que caminhem rumo ao desenvolvimento, promovendo o crescimento e o bem-estar social por meio da criação de ambiente favorável aos investimentos e à estabilidade econômica. Para trilhar esse caminho, considera-se essencial o fortalecimento institucional e o incremento da credibilidade do sistema regulatório brasileiro. Atributos como a previsibilidade do processo decisório em matérias regulatórias e a estabilidade das regras para os negócios são exemplos de fundamentos necessários para a elevação do nível de confiança no sistema. Na verdade, não se trata de regular mais, e sim de produzir regulação mais inteligente.

O novo sistema regulatório brasileiro, criado a partir do surgimento das agências reguladoras durante a reforma regulatória da década de 1990, ainda está em fase de consolidação. Questionamentos sobre a legitimidade das agências reguladoras são frequentes e refletem o ineditismo desse arranjo

institucional frente à estrutura e tradição estatal brasileira. Com pouco mais de uma década, as dez agências reguladoras federais encontram-se em momento-chave para o ajuste de seu desenho institucional e de sua atuação regulatória.

O governo federal tem-se ocupado com o aperfeiçoamento do sistema regulatório, principalmente por meio de iniciativas como a proposição do Projeto de Lei nº 3.337/2004, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, e a criação do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG, instituído pelo Decreto nº 6.062/2007. Concebido para melhorar a qualidade da regulação dos órgãos e entidades federais, o PRO-REG objetiva fortalecer o sistema regulatório e a capacidade de formulação e análise de políticas públicas em setores regulados; melhorar a coordenação e o alinhamento estratégico entre políticas setoriais e o processo regulatório; fortalecer a autonomia, a transparência e o desempenho das agências reguladoras; e desenvolver e aperfeiçoar os mecanismos para o exercício do controle social e da transparência no âmbito do processo regulatório.

Uma importante atividade desenvolvida no âmbito do PRO-REG foi o Seminário Internacional de Avaliação do Impacto Regulatório: experiências e contribuições para a melhoria da qualidade da regulação, realizado em outubro de 2007. O evento foi organizado e promovido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa em conjunto com a Casa Civil da Presidência da República e os Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, tendo ainda o apoio da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. O Seminário contou com a participação de alguns dos principais especialistas nacionais e internacionais no tema da regulação, com destaque para a discussão da análise de impacto regulatório entendida como ferramenta valiosa para melhoria da qualidade regulatória e desenvolvimento da governança regulatória no Brasil.

Este livro é fruto dessa parceria entre a Anvisa e a Casa Civil da Presidência da República. A ideia de organizar o livro originou-se no Seminário. Além dos palestrantes e debatedores daquele evento, outros especialistas compõem a publicação, que pretende ser referência atual e útil aos pesquisadores do grande tema da regulação e aos operadores da política regulatória e da regulação no Estado brasileiro.

O livro está dividido em quatro partes. A primeira é composta por capítulos que apresentam aspectos relacionados à teoria utilizada para exercer a regulação econômica de mercados.

O Capítulo 1, escrito por Alexandre Santos de Aragão, discute os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, especialmente sobre como se dá sua recepção pelo Direito Público Econômico sob o ponto de vista pragmático-consequencialista. Trata-se de trabalho claramente orientado pela Escola Law and Economics, ou Análise Econômica do Direito, que encontra nos fundamentos da microeconomia a orientação para que a interpretação dos preceitos legais seja a mais coerente com a realidade fática, como a racionalidade e a eficiência podem contribuir para que o sistema de normas induza certos comportamentos e uma sanção afete o comportamento dos agentes. Para o autor, a perspectiva consequencialista e pragmática do Direito é a que deve influir e orientar as atividades administrativa e judicante, sob pena de não se conseguir realizar na prática os objetivos jurídicos definidos em lei. Tal perspectiva é extremamente relevante para a teoria da regulação, visto que o sistema regulatório deve observar que sua intervenção na economia só terá efetividade e, como se diz no Brasil, a regulamentação elaborada seja “uma lei que pegue”, se a interpretação mais correta e adequada for aquela considerada mais eficiente e econômica para os agentes.

No Capítulo 2, Verônica Cruz apresenta abordagem ampla do processo de reforma regulatória e das motivações para a disseminação de novo sistema regulatório na América Latina e no Brasil. As concepções correntes sobre o papel do Estado para exercício da regulação são abordadas de forma sistemática. As razões para a criação das agências reguladoras são baseadas tanto em argumentos positivos como normativos, havendo ampla variedade de combinações possíveis e verificáveis. A autora sustenta que os três pilares sobre os quais se fundamentou teoricamente a criação das agências reguladoras – delegação, credibilidade e especialização dos agentes – não foram suficientemente assimilados na prática do caso brasileiro. Ao enfatizar a relevância do papel das instituições, defende a valorização dos mecanismos de transparência e *accountability* para devolver ao sistema regulatório o peso do controle democrático das decisões, mitigado com o distanciamento das agências do poder político e da sociedade.

Ronaldo Seroa da Motta, no terceiro capítulo da primeira parte do livro, apresenta as dimensões consideradas mais relevantes para a construção e operação de sistemas de regulação econômica e de defesa da concorrência. Em texto que prima pela objetividade, clareza e didatismo, são abordados e contextualizados os conceitos de eficiência produtiva; custos afundados; subsídios cruzados; verticalização; alocação de risco; parceria público-privada; gestão privada; critérios de acesso; estruturas de governança; critérios de entrada e saída e sistema tarifário. Ao fim, o autor aponta as perspectivas de avanço do sistema regulatório brasileiro frente à tramitação do PL nº 3.337/2004 e defende a elevação do desempenho e da transparência do sistema pelo exercício do poder político do Congresso Nacional e controle social das agências reguladoras, o que irá fortalecer a governança regulatória.

Na segunda parte do livro, os capítulos têm em comum a valorização do arranjo institucional para compreender o funcionamento do sistema regulatório e o de defesa da concorrência no Brasil.

O Capítulo 4, de autoria de Bernardo Mueller, analisa o ambiente e a política regulatória brasileira frente à estrutura institucional do país, considerando-se fundamentalmente as restrições e constrangimentos, tomados como salvaguardas para os agentes econômicos que necessitam de proteções e garantias para operar seus negócios e ter incentivos para o investimento. O autor apresenta três casos de tentativa de mudanças na dinâmica da regulação realizadas pelo governo Lula e analisa relações entre controle das agências e custos de credibilidade. O instrumental analítico é baseado nos supostos de comportamento estratégico e preferências dos atores. A conclusão do professor Mueller é otimista em relação às instituições nacionais, uma vez que os casos analisados apontam para estrutura institucional que garante relativa estabilidade a todo o sistema político e econômico brasileiro, o que aponta para amadurecimento consistente da regulação no país.

No Capítulo 5, Pedro Ivo Sebba Ramalho apresenta a criação das agências reguladoras brasileiras por meio da caracterização dos processos de agencificação e reforma regulatória. É dada ênfase à análise do desenho institucional das dez agências como produto de contexto particular formado pelos objetivos do então governo para a criação de agências autônomas e

as condições políticas reais dadas pelo arranjo institucional do período. O autor aponta ainda elementos de possível ajuste do desenho institucional e funcionamento das agências reguladoras, ainda em construção, a partir do desenrolar da tramitação da proposta legislativa do Poder Executivo – PL nº 3.337/2004 –, ora em debate no Congresso Nacional. Ao fim, conclui que a perspectiva para as agências reguladoras é o ajuste estrutural de seu desenho institucional, com expectativa de impacto positivo sobre seu funcionamento, em especial de sua relação com a sociedade, por meio do aprimoramento de processos e mecanismos de *accountability*, contrafluxo da tendência ao insulamento burocrático.

César Mattos é o autor do Capítulo 6, no qual é feita análise do sistema de defesa da concorrência no Brasil. Trata-se do exame das principais mudanças previstas para o que se convencionou chamar de “novo Cade”, em referência às mudanças previstas no PL nº 5.877/2005, do Poder Executivo, que reestrutura institucionalmente o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, remodelando as funções do atual Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE/MJ e da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – Seae/MF. São discutidos aspectos relativos à introdução do exame prévio na análise dos Atos de Concentração – ACs no Cade; à racionalização burocrática que deve reduzir custos aumentando a eficiência dos processos; à mudança nos critérios de notificação dos ACs; aos aperfeiçoamentos na política de combate aos cartéis; e às alterações conceituais do ponto de vista econômico na lei. O Projeto de Lei é parte do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC e foi recentemente enviado ao Senado Federal, após sua aprovação no Plenário da Câmara dos Deputados.

A terceira parte do livro conta com capítulos relacionados às iniciativas do governo federal para ampliação da governança regulatória por meio do fortalecimento da capacidade institucional do sistema regulatório. São as perspectivas da Casa Civil da Presidência da República, dos Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Nos três primeiros casos, os textos refletem as apresentações realizadas pelos autores no painel Governança Regulatória: experiências e contribuições

para uma melhor qualidade regulatória, realizado durante o Seminário Internacional de Análise de Impacto Regulatório, em outubro de 2007.

Luiz Alberto dos Santos, no Capítulo 7, apresenta panorama da atualidade da gestão pública brasileira e eficiência da atuação do Estado, com ênfase nos desafios da regulação. É dado destaque às questões da transparência e acesso a informações, da participação, da excessiva e fragmentada produção legislativa, da judicialização e da qualidade da justiça brasileira. A discussão sobre o desenho institucional e funcionamento das agências e outros órgãos reguladores, associada aos marcos regulatórios setoriais, é o ponto de chegada. Os principais desafios colocados como parte da agenda do próximo período são o aumento da legitimidade, capacidade e transparência das instituições regulatórias; a clareza de papéis, limites e responsabilidades dos atores governamentais envolvidos na regulação; a definição clara e precisa da extensão e dos limites da autonomia das agências reguladoras; o aperfeiçoamento dos mecanismos de coordenação e supervisão, e a implementação da análise de impacto regulatório, como resultado de processo de envolvimento e parceria entre as instituições de governo e a sociedade; e o aperfeiçoamento dos marcos regulatórios e da simplificação administrativa, com a redução dos excessos burocráticos. Para o autor, o enfrentamento desses desafios dará as bases para o fortalecimento institucional, tarefa permanente para se alcançar novo patamar de desenvolvimento da governança regulatória no Brasil.

O Capítulo 8, de autoria de Francisco Gaetani e Kélvia Albuquerque, é elegante síntese do estado da arte da política regulatória no Brasil. Inicia discorrendo sobre a ascensão do Estado Regulador nas últimas décadas em países da Europa e em países emergentes. Aponta que a instauração da regulação pelos Estados ocorreu de maneira diversa, com ou sem privatização de empresas públicas, havendo tendência de criação de agências reguladoras em diferentes setores econômicos. No caso do Brasil, os autores lembram que os marcos regulatórios, necessários à operação da regulação em setores privatizados, foram constituídos tardiamente, após os processos de privatização. No caso das agências reguladoras, pontuam que o esforço de consolidação institucional somente se iniciou a partir de 2003 e por um governo que não tinha empatia com as políticas privatizantes do antecessor.

Tratam, ainda, de apresentar a dinâmica de aprendizado sobre políticas públicas, enfatizando o papel do diálogo que propicia trocas entre atores no nível internacional, por meio de diversas organizações-chave. No campo da regulação, os autores destacam o papel estratégico desempenhado pela OCDE, que desde 1997 vem desenvolvendo o Programa de Melhoria Regulatória para aumentar a qualidade da regulação em vários países. O capítulo aborda também as atuais iniciativas do governo federal para melhorar a qualidade da regulação no país, necessárias para promover o desenvolvimento depois de vencida a guerra contra a hiperinflação e alcançada a estabilidade macroeconômica. Por fim, ao ressaltar a análise de impacto regulatório como valiosa ferramenta de gestão, os autores concluem que o aprimoramento do marco regulatório do país depende também do comprometimento de outros poderes, de outras instâncias governamentais, do setor produtivo e dos cidadãos.

As funções e as perspectivas da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – Seae/MF no campo regulatório e da defesa da concorrência são os objetos de análise do Capítulo 9, de autoria de Marcelo Ramos. Inicialmente, o texto aponta uma série de conceitos-chave para caracterizar o campo da regulação denominado de *better regulation*, estruturado nos últimos anos em países desenvolvidos e organismos multilaterais com o objetivo de promover a governança regulatória. A emergência do Estado Regulador colocou, segundo Ramos, a questão do “déficit de legitimidade” para as agências reguladoras, órgãos relativamente autônomos e dirigidos por atores não eleitos diretamente. Surge, assim, a Análise de Impacto Regulatório – AIR, processo pelo qual os órgãos reguladores identificam e quantificam os benefícios e custos relevantes que provavelmente serão as consequências da adoção de proposta de regulação, geralmente por meio de regulamentação. Discorre sobre a estruturação das AIRs nos EUA e na Europa para finalmente mencionar a criação do Impact Assessment Board, na Secretaria Geral da Comissão Europeia, com o objetivo de supervisionar a qualidade das análises de impacto produzidas pelos demais órgãos da Comissão durante a proposição de novas políticas públicas. Em seguida, o autor apresenta a Seae/MF, que atua fundamentalmente nos campos de promoção e defesa da concorrência, de regulação econômica e de

acompanhamento de mercados. Recentemente, a Seae vem aplicando Roteiro de Análise Concorrencial de normas regulatórias, usado na análise de normas propostas por agências reguladoras. Por fim, o autor defende que a Seae vem desempenhando componente da AIR e espera contribuir para a melhoria da qualidade da regulação no Brasil, ao incorporar a análise concorrencial à revisão das regras regulatórias como primeiro passo para a elaboração de política de análise de impacto regulatório no Brasil.

No Capítulo 10, de autoria de Pedro Farias, temos a oportunidade de conhecer a visão do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID sobre a melhoria da gestão em regulação no Brasil. O objetivo do capítulo é apresentar a experiência de construção e implementação de estratégia de assistência técnica e financiamento de atividades relacionadas ao fortalecimento institucional de atividades regulatórias do governo brasileiro. Inicialmente, o autor discorre sobre as experiências internacional e brasileira no campo da gestão em regulação, apontando que o Programa proposto buscou adequar as lições de países mais desenvolvidos em matéria regulatória ao contexto político-institucional do Brasil. Em seguida, descreve a estratégia de elaboração do Programa por meio de iniciativas como, entre outras, realização de missões em países – EUA, México e Bolívia – para conhecer as estratégias de supervisão de agências reguladoras, mecanismos de avaliação de desempenho, eficiência e prestação de contas. Farias então apresenta os objetivos, componentes, estrutura e métodos de acompanhamento e avaliação do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG. Ao fim, aponta as lições aprendidas e as perspectivas do Programa, destacando, ainda no início de sua implementação, as potencialidades de avanços para a melhoria e modernização da gestão e a ampliação da qualidade da regulação.

De autoria de Dirceu Raposo de Mello e Pedro Ivo Sebba Ramalho, o Capítulo 11, último da Parte 3, discute o tema das boas práticas regulatórias nas agências reguladoras, apresentando os recentes avanços da experiência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Com base no resgate do contexto internacional de desenvolvimento institucional das agências reguladoras, e nas recentes recomendações relacionadas à governança regulatória, os autores apresentam as iniciativas da Anvisa no desenho e implementação

de programa de boas práticas regulatórias construído a partir das diretrizes governamentais formuladas para o sistema regulatório brasileiro, em geral, e para o setor saúde, em particular. Inicialmente, discutem o surgimento e o desenvolvimento da regulação e das agências reguladoras nos EUA. Em seguida, apresentam a visão da OCDE sobre a reforma regulatória e as principais recomendações daquele organismo para melhorar a qualidade e a efetividade de políticas regulatórias nos países. Partindo da caracterização da Agência em seu desenho institucional, sua abrangência de atuação e suas peculiaridades, os autores descrevem o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da Anvisa. Os componentes da Agenda Regulatória, da Análise de Impacto Regulatório e dos processos de ampliação da transparência e da participação social no processo regulatório são destacados. Concluem que o Programa de Boas Práticas Regulatórias da Anvisa, elaborado e instituído em sintonia com as diretrizes do PRO-REG e com a Política de Saúde, além de iniciativa pioneira na Administração Pública federal brasileira, pode ser considerado importante contribuição para a promoção de ambiente institucional favorável ao desenvolvimento social e econômico do país.

A Parte 4 do livro trata de apresentar visões de especialistas estrangeiros sobre a análise de impacto regulatório, na perspectiva de sua implantação no Brasil.

O Capítulo 12, assinado por Donald Macrae, da Comissão para Melhoria da Regulação do Reino Unido, é baseado em sua palestra proferida no painel Análise de Impacto Regulatório como Ferramenta para a Qualidade Regulatória: experiências e desafios do Seminário. O autor apresenta inicialmente a Análise de Impacto Regulatório como ferramenta para escolhas entre políticas que pode ter diferentes abordagens, níveis de complexidade e formas de resultados. Pondera que as AIRs haviam-se tornado muito mais formalidade que parte importante do processo de tomadas de decisão sobre políticas. Seu custo e dificuldade acabaram por tornar a AIR ferramenta com muito potencial e poucos retornos. Macrae passa então a resgatar o papel e as experiências de três grupos ou organizações no Reino Unido relacionadas a políticas públicas e regulação: o Grupo de Reforma Política, o Painel de Questionamento do Departamento de Assuntos Ambientais, Alimentares e Rurais e a Comissão para a Melhoria da Regulação. Após analisar as

dificuldades apontadas pelos três grupos acima, aponta que a execução de AIRs pode ser considerada uma das atividades mais difíceis na produção de políticas públicas. Segundo Macrae, quase todas as políticas governamentais terão algum impacto, mas podem existir impactos maiores e não previstos. Na conclusão, o autor ressalta que agora o Reino Unido utiliza modelo simplificado de AIR, que apresenta os resultados em termos de questões-chave em até duas páginas para os decisores.

No Capítulo 13, Jim Tozzi apresenta a visão de sua organização não-governamental sobre a estrutura institucional e o funcionamento das agências reguladoras brasileiras. Para tanto, o autor, ex-diretor assistente do Office of Management and Budget – OMB da Casa Branca, EUA, faz um resgate dos períodos relativos aos mandatos dos Presidentes Nixon, Ford, Carter, Reagan, Clinton e Bush para apresentar a evolução da legislação e do funcionamento dos órgãos de supervisão das agências de regulação daquele país. Destaca a edição da Lei de Redução da Burocracia (Paperwork Reduction Act), utilizada para controlar as informações coletadas pelo governo, e da Lei da Qualidade dos Dados (Data Quality Act), que serve para regular as informações divulgadas pelo governo. As duas legislações, com o trabalho do Office of Information and Regulatory Affairs – OIRA/OMB, constituem o que o autor chamou de Triângulo Federal de Informações, mecanismo pelo qual são realizadas as revisões regulatórias baseadas em estudos de Análises de Impacto Regulatório. Ao fim, Tozzi conclui que a decisão mais acertada para as autoridades brasileiras seria a instauração de sistema de revisão regulatório que seja operado e garantido por autoridade regulatória centralizada responsável pela publicação de regras de “bom governo” que “regulem os reguladores” e que tenham autoridade e recursos para impô-las. Ainda, para o autor, a autoridade regulatória centralizada deve exigir e impor compromissos por parte das agências regulatórias para com terceiros; implementar processo de solução de conflitos para resolver problemas com diretrizes conflitantes divulgadas pelas agências regulatórias; e reiterar o fato de que as atividades das agências regulatórias devem ser transparentes.

O Capítulo 14, de autoria de Carlos García Fernández, apresenta a Comisión Federal de Mejora Regulatoria – Cofemer e seu trabalho de análise de propostas de regulação produzidas pelos órgãos do governo mexicano.

Criada no âmbito da política de melhoria regulatória do México, a Cofemer surgiu com propósito de fomentar a qualidade de marco regulatório daquele país como fator primordial de garantia do Estado de Direito que promova permanentemente a competitividade e crie ambiente de atração de investimentos privados. Sua missão inclui ainda a promoção da transparência na elaboração e aplicação das regulações, a fim de gerar benefícios superiores a seus custos e o máximo benefício para a sociedade. A Comissão atua de acordo com os limites estabelecidos pela Ley Federal de Procedimiento Administrativo – LFPA, de abril de 2000. O método básico utilizado pela Comissão é a análise da Manifestación de Impacto Regulatorio – MIR, recebida por ela sempre que algum órgão envia proposta de novo regulamento para sua análise. A MIR foi introduzida no México no ano 2000 para todos os anteprojetos de regulamento que impliquem custos para os particulares. Nesse aspecto, o procedimento de consulta pública é elemento-chave para a promoção da transparência e controle da sociedade e melhoria da qualidade da regulação. Segundo o autor, tal processo de revisão “aberta” não só promove a transparência das mudanças regulatórias propostas, permitindo o enriquecimento da discussão com aumento e qualificação das informações aos reguladores, como também permite compartilhar os custos políticos de sua aprovação.

Neste livro os leitores interessados no tema encontrarão rico terreno para refletir sobre as possibilidades da regulação, ou mesmo consultar experiências de execução de projetos relacionados à melhoria da qualidade regulatória. A riqueza está tanto na excelência dos capítulos quanto na diversidade de seus temas e abordagens. São projetos como este que nos fazem acreditar que a regulação federal brasileira tem enorme possibilidade de desenvolvimento e aprimoramento pela capacidade dos servidores públicos que atuam em diversos espaços, sempre comprometidos com a sociedade.

Brasília, fevereiro de 2009.

O organizador



Sobre os autores

Alexandre Santos de Aragão

Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Advogado. Professor Adjunto de Direito Administrativo da UERJ. Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes. Professor Visitante do Instituto de Economia da UFRJ. Professor de Pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV do Rio de Janeiro e de São Paulo. Contato: alexaragao@zipmail.com.br.

Bernardo Mueller

Mestre e doutor pela University of Illinois at Champaign-Urbana (1993 e 1994). Professor de Economia na Universidade de Brasília – UnB desde 1995. Suas áreas de interesse são Economia Política, Economia da Regulação, Nova Economia das Instituições e Economia do Meio Ambiente. Possui mais de quarenta publicações em livros e periódicos nacionais e internacionais, entre eles *The Journal of Law Economics and Organisation*, *The Quarterly Review of Economics and Finance*, *Journal of Environmental Economics and Management*, *Land, Comparative Political Studies*. Também é editor associado do periódico *Environment and Development Economics*. Contatos: bmueller@unb.br e www.angelfire.com/ky2/mueller.

Carlos García Fernández

Graduado em Direito pela Universidade Ibero-americana, México, e Mestre em Direito Comercial Europeu pela Universidade de Bristol, Inglaterra. Trabalhou em escritórios de advocacia no México e na Inglaterra e como consultor em

investimento estrangeiro na UNCTAD, OMC, OEA e Comunidade Andina. No governo do México, foi Diretor de Assuntos Internacionais da Direção Geral de Investimento Estrangeiro da Secretaria de Comércio e Fomento Industrial e Diretor Geral de Investimento Estrangeiro da Secretaria de Economia. Foi professor do Departamento de Direito da Universidade Ibero-americana e professor convidado da Escola Livre de Direito, da Itam, da Universidade Anáhuac e da Universidade Pan-americana. É o Titular da Comissão Federal de Melhoria Regulatória do México – Cofemer desde abril de 2004. Contato: cgarciáf@cofemer.gob.mx.

César Mattos

Doutor em Economia pela Universidade de Brasília – UnB e Programa de Visiting da Capes na Universidade de Oxford, Reino Unido. Mestre em Economia pela PUC/RJ e bacharel em Economia pela UnB. Publicou em todos os principais periódicos de Economia brasileiros e em periódicos internacionais. Editou duas coletâneas de artigos sobre antitruste no Brasil. Seus temas de interesse são Defesa da Concorrência, Regulação Econômica – em especial Telecomunicações – e Análise Econômica do Direito. É Pesquisador Associado do Cerme/UnB. Foi Consultor da Câmara dos Deputados, Secretário Adjunto da Sain/MF, Assessor do Cade, Coordenador da SPE/MF, Assessor em Baker & McKenzie, Banco Mundial e PSDB na Câmara dos Deputados. Atualmente é Conselheiro do Cade, com mandato até novembro de 2010. Contato: cesar.mattos@cade.gov.br.

Dirceu Raposo de Mello

Farmacêutico, doutor em Análises Clínicas, mestre em Ciências da Saúde e especialista em Bioética, Administração Hospitalar, Análises Clínicas e Toxicológicas, Patologia Clínica e Farmácia Homeopática. É professor universitário e servidor da Prefeitura de São Paulo – SP. Atualmente é Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa pelo segundo mandato até janeiro de 2011. Contato: presidencia@anvisa.gov.br.

Donald Macrae

Graduado em Direito pela Universidade de Edimburgo em 1974. Durante 32 anos trabalhou em nove ministérios diferentes, tendo chegado à posição de Diretor Geral. Possui grande experiência com legislação em todos os níveis, desde os tratados internacionais até regulamentações secundárias, incluindo regulação de grandes políticas públicas. É consultor em Regulação e Política, membro da Comissão para a Melhoria da Regulamentação e Presidente do Grupo de Reforma Política. Atualmente trabalha na Nigéria com desenvolvimento de políticas estratégicas, na Grécia – na OCDE – com regulação da segurança de alimentos e no Reino Unido com regulação do risco. Contato: donald.macrae@ntlworld.com.

Francisco Gaetani

Mestre em Políticas Públicas e doutor em Ciência Política pela London School of Economics and Political Science. É funcionário de carreira do governo federal, tendo trabalhado em diversos órgãos da Administração Pública federal, estadual e municipal e em organismos internacionais. Atualmente é Secretário Executivo Adjunto do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Além de Política Pública, tem interesse nas áreas de Planejamento em Ciência e Tecnologia e Administração. Possui quatorze artigos publicados em periódicos no Brasil e no exterior. Entre eles destacam-se *A reforma do Estado no contexto latino-americano* (Enap, 1998) e *The reform of Brazilian State apparatus* (London School of Economics, 1998). Contato: francisco.gaetani@planejamento.gov.br.

Jim Tozzi

Doutor em Economia e Administração de Negócios pela Universidade da Flórida. Trabalhou em cinco administrações presidenciais dos EUA. Na década de 1980, administrou o programa da Casa Branca para reforma do processo regulatório dos EUA. É membro da Academia Americana de Homens e Mulheres da Ciência. Reconhecido como um dos criadores da análise

regulatória e como precursor da aplicação da análise de custo-benefício nas regulações federais nos EUA. No Brasil, é o criador do Centro de Regulação e Efetividade – CRE, organização sem fins lucrativos destinada à melhoria da regulação. Contato: btozzi1@cox.net.

Kélvia Albuquerque

Economista pela Universidade de Brasília – UnB, com pós-graduação em Administração Pública pela Fundação Getulio Vargas – FGV. Publicou, entre outros, o Documento de Trabalho *A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil: um passo fundamental para o crescimento econômico sustentado* (Seae, 2006). Exerceu funções na Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – Seae/MF e na Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – Seges/Mpog. Foi representante do MF e do Mpog no Comitê Gestor do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para a Gestão em Regulação – PRO-REG. É Gerente Regional em São Paulo da Agência Nacional de Aviação Civil, sendo servidora pública federal integrante da carreira dos Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Contato: kelvia.albuquerque@anac.gov.br.

Luiz Alberto dos Santos

Bacharel em Direito pela UFRGS e em Comunicação Social pela PUC-RS e UnB. Mestre em Administração e doutor em Ciências Sociais pela UnB. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental pela Escola Nacional de Administração Pública – Enap. Atua nas áreas de Direito, Políticas Públicas, Administração Pública e Regulação. É autor dos livros *Reforma administrativa no contexto da democracia* (Diap/Arko Advice Editorial, 1997) e *Agencificação, publicização, contratualização e controle social: possibilidades no âmbito da reforma do aparelho do Estado* (Diap, 2000). Integrou a Carreira de Gestores Governamentais do Governo Federal de 1990 a 2002. Assessorou a Bancada do Partido dos Trabalhadores na Câmara dos Deputados de 1992 a 2002. Ocupa desde agosto de 2002 o cargo concursado de Consultor Legislativo: Administração Pública do Senado Federal. Coordenou o Grupo de Trabalho Interministerial responsável pela elaboração da proposta

da Lei Geral das Agências Reguladoras. É o coordenador do Comitê Gestor do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG. Desde 10 de janeiro de 2003 é Subchefe de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República. Contato: luizsan@planalto.gov.br.

Marcelo Ramos

Engenheiro de Produção pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Mestre em Engenharia de Produção pela Coppe/UFRJ, com especialização em Economia pela George Washington University. Suas áreas de interesse são Políticas de Telecomunicações, Concorrência, Melhoria Regulatória e Análise de Impacto Regulatório. Publicou, pelo Ministério da Fazenda, os trabalhos *Antitrust and predation: reflections on the state of art* (2000), *Sobre o uso eficiente do espectro radioelétrico* (2006) e *Neutralidade de redes: o futuro da internet e o mix institucional* (2006), além de outros artigos na Revista do Serviço Público, na Res Publica, Revista da Associação dos EPPGGs e artigos de opinião no jornal Valor Econômico. É membro da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, em exercício no Ministério da Fazenda desde o ano 2000, em que foi Coordenador Geral de Comércio e Serviços e, desde 2004, Coordenador Geral de Comunicação e Mídia na Secretaria de Acompanhamento Econômico. Contato: marcelo.ramos@fazenda.gov.br.

Pedro Farias

Graduado em Engenharia Civil, é especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental pela Escola Nacional de Administração Pública – Enap e mestre em Administração pela Universidade de Brasília (1995). Possui diversos trabalhos técnicos publicados em revistas e livros especializados no campo da gestão pública. Ocupou diversas posições no governo federal, incluindo os cargos de Diretor na Secretaria da Reforma do Estado do Ministério da Administração e Reforma do Estado, de 1995 a 1998, e de Secretário Executivo Adjunto do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão de 2000 a 2003. Trabalha no Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID desde 2003 em projetos relacionados a gestão fiscal, administração financeira,

serviço civil, regulação, e-governo e gestão por resultados na Argentina, Brasil, Bolívia, Chile, Paraguai e Uruguai. Atualmente é Especialista Sênior em Modernização do Estado no Departamento de Capacidade Institucional e Finanças do BID. Contato: pfarias@iadb.org.

Pedro Ivo Sebba Ramalho

Doutor em Ciências Sociais: especialista em Estudos Comparados sobre as Américas pela Universidade de Brasília – UnB. Sua tese aborda a criação das agências reguladoras brasileiras em comparação ao modelo regulatório dos EUA. Suas principais áreas de interesse são Políticas Públicas, Estrutura e Transformação do Estado, Regulação e Agências Reguladoras. Compõe o Comitê Consultivo do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG, representando a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. É servidor público na carreira de Especialista em Regulação e Vigilância Sanitária da Anvisa, em que ocupa atualmente o cargo de Assessor-Chefe da Assessoria Técnica e Parlamentar. Contato: pedro.ramalho@anvisa.gov.br.

Ronaldo Seroa da Motta

Doutor em Economia pela University College London, Department of Economics, University of London (1985). Foi Coordenador de Estudos de Mercado e Regulação do Ipea. Professor de Economia da Regulação do Ibmecc/RJ. Especialista e pesquisador nas áreas de Regulação Econômica e Ambiental com trabalhos teóricos e empíricos. Entre suas publicações recentes estão a co-editoria dos livros *Regulação e concorrência no Brasil: governança, incentivos e eficiência* (Ipea, 2007) e *Marcos regulatórios no Brasil: incentivos ao investimento e governança regulatória* (Ipea, 2008); a autoria do livro *Economia ambiental* (FGV, 2006); e os artigos *Efficiency and regulation in the sanitation sector in Brazil*, na *Utilities Policy* (2007); *Analysing the environmental performance of the Brazilian industrial sector*, na *Ecological Economics* (2006); e *Political factors and the efficiency of municipal expenditure in Brazil*, na *Economia Aplicada* (2009). Atualmente exerce o cargo de Diretor da Agência Nacional de Aviação Civil – Anac. Contato: ronaldo.seroa@anac.gov.br.

Verônica Cruz

Doutora em Ciência Política pelo Iuperj, com estágio na Universidade Paris I – Sorbonne. Suas áreas de interesse são Políticas Públicas, Estado e Governo e *Accountability*. Em 2007, recebeu o prêmio de Melhor Tese de Doutorado da Associação Latino-americana de Ciência Política – Alacip. É mestre e graduada em Ciência Política pela Universidade de Brasília – UnB. Atualmente faz Pós-doutorado no Iuperj, em que é também pesquisadora associada do Núcleo de Estudos sobre Empresariado, Instituições e Capitalismo – Neic. Contato: vcruz@iuperj.br.



PARTE 1

TEORIA DA REGULAÇÃO: PRÍNCÍPIOS E FUNDAMENTOS PARA A REGULAÇÃO ECONÔMICA DE MERCADO



Capítulo 1

Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade

Alexandre Santos de Aragão

O Direito Público Econômico¹ não pode se tornar refém dos argumentos práticos ou da “realidade como ela é”. Em toda norma ou instituto jurídico há pretensão de mudança ou de conformação a uma realidade institucional que não necessariamente precisa ser a que já existe ou a que sempre existiu.² Por outro lado, o papel dos argumentos práticos é o de inserir o pragmatismo, o consequencialismo³ e a racionalidade econômica dentro do

1. As considerações contidas neste ensaio, apesar de focadas no Direito Público Econômico, em razão do extremo dinamismo e das demais peculiaridades que caracterizam o subsistema social da economia, são ontologicamente de Teoria Geral do Direito, sendo, portanto, aplicáveis, com maior ou menor intensidade, mais ou menos numerosas ressalvas, a todas as searas do Direito.

2. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. Para a introdução do debate em nosso país, cf. BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer? In: CONGRESSO NACIONAL DOS PROCURADORES DE ESTADO, 1986. *Anais...*

3. O pragmatismo-consequencialismo de que aqui se trata é o que tem a ver com a ponderação das consequências práticas dessa ou daquela interpretação jurídica, decisão administrativa ou proposição legal. Há uma série de objeções levantadas contra o uso jurídico do argumento consequencialista: (a) preocupações de se manter a autonomia do Direito frente à Política e à Economia, searas em que a análise das consequências constitui trânsito diário; (b) cuidado para não se “abrir a Caixa de Pandora” do argumento, de tal forma que, pelo abuso, todo e qualquer tipo de proposição jurídica *contra legem* encontrasse alguma fundamentação genérica; (c) receio de que o raciocínio utilitarista, tão próprio ao consequencialismo, terminasse por negar, no limite, a dignidade de certas condutas humanas – que não possuem valor ou produzem resultado prático, e nisso reside seu maior valor. É possível rebater cada uma das críticas, desde que se esteja falando de uso moderado e controlado do argumento pragmático-consequencialista: (a) quanto à autonomia do Direito, é importante que a argumentação jurídica que pretenda se utilizar de argumentos consequencialistas se refira a princípios jurídicos que a eles encaminhem o operador do Direito – como, por exemplo, o “princípio da realidade” do contrato administrativo ou o “princípio da praticabilidade” das decisões judiciais; (b) quanto ao abuso do argumento, é só utilizá-lo com parcimônia, lembrando-se dos riscos; o que costuma acontecer, e, na

mundo jurídico para efetivamente – e não apenas no mundo etéreo do Diário Oficial – alcançar os objetivos e realizar os valores do próprio ordenamento jurídico-constitucional.⁴

Há, ao longo dos países e das épocas, uma série de correntes e métodos interpretativos que sustentam que as consequências devem ser importante fator a ser considerado ao se tomarem decisões jurídicas. Na verdade, há quase sempre mais de uma interpretação plausível. O que entendemos é que, tendencialmente, deve ser adotada a que, entre elas, melhor resultados realizar do ponto de vista dos objetivos visados pelo ordenamento jurídico para a situação que estiver sendo julgada. Adotamos, assim, um “sincretismo metodológico”, empregando diversos pensamentos que têm como vetor comum o fato de prestigiarem os resultados práticos na aplicação do Direito.⁵

Carlos Maximiliano já afirmava que se deve preferir

[...] o sentido conducente ao resultado mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática, e seja mais

verdade, o que deve ser evitado, é o uso disfarçado do consequencialismo, camuflado entre artigos, precedentes e citações doutrinárias; (c) quanto à terceira objeção, nem todo consequencialismo é utilitarista: é possível avaliar as consequências jurídicas de uma decisão – operando, portanto, análise consequencialista – à luz, por exemplo, da manutenção ou da alteração do sistema de princípios incorporado pela Constituição.

4. Em interessante dissertação de mestrado, Diego Werneck Arguelhes propõe, focado na análise de casos e em decisões do Supremo Tribunal Federal – STF, uma adoção moderada do pragmatismo-consequencialismo, ou seja, tão-somente nas hipóteses em que a legislação expressamente o autoriza, rejeitando tanto as visões de Ronald Dworkin quanto as de Richard Posner relativas ao tema, mas acolhendo, na íntegra, as advertências de Cass Sunstein e, especialmente, de Adrian Vermeule quanto ao risco dos efeitos sistêmicos e ao déficit de informação de juízes e aplicadores do Direito. Cf. ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses pragmáticos, mortais formalistas: a justificação consequencialista de decisões judiciais*. 2006. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

5. “No caso brasileiro, como no de outros países de constitucionalização recente, doutrina e jurisprudência ainda se encontram em fase de elaboração e amadurecimento, fato que potencializa a importância das referências estrangeiras. Esta é uma circunstância histórica com a qual precisamos lidar, evitando dois extremos indesejáveis: a subserviência intelectual, que implica a importação acrítica de fórmulas alheias e, pior que tudo, a incapacidade de reflexão própria; e a soberba intelectual, pela qual se rejeita aquilo que não se tem. Nesse ambiente, **não é possível utilizar modelos puros, concebidos alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros. O sincretismo – desde que consciente e coerente – resulta sendo inevitável e desejável.**” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 18 ago. 2008, grifo nosso).

humano, benigno, suave. É antes de crer que o legislador haja querido exprimir o conseqüente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito. Portanto, dentro da letra expressa, procure-se a interpretação que conduza a melhor conseqüência para a coletividade.⁶

“Em linha similar, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim, tem sistematicamente valorizado em declarações públicas e em seus votos o peso das conseqüências – sobretudo econômicas – nas decisões judiciais.”⁷

Também Goffredo Telles Júnior leciona que

[...] na interpretação das leis, mais importante do que o rigor da lógica racional é o entendimento razoável dos preceitos, porque o que se espera inferir das leis não é, necessariamente, a melhor conclusão lógica, mas uma justa e humana solução. O que se espera é ter uma solução atenta às variegadas condições de cada caso a que a lei interpretada se refere.⁸

O Direito Público do Estado contemporâneo visa a satisfazer determinadas necessidades sociais, sendo vinculado ao atendimento eficiente dos fins sociais e fáticos aos quais se destina.⁹

A eficiência, cujo conteúdo jurídico será minudenciado ao longo do texto, não deve ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como

6. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 165, grifo nosso.

7. Cf. ARGUELHES, Diego Werneck. *Argumentos consequencialistas e Estado de Direito: subsídios para uma compatibilização*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Diego%20Werneck%20Arguelhes.pdf>>.

8. TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, p. 367.

9. Fábio Konder Comparato observa que “em radical oposição a essa nomocracia estática, a legitimidade do Estado contemporâneo passou a ser a capacidade de realizar [...] certos objetivos predeterminados”. Arremata afirmando que “a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente”. (COMPARATO, Fábio Konder. Juízo de constitucionalidade das políticas públicas. In: *Direito Administrativo e Constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 350-351. v. 2).

melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado,¹⁰ 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.

Os resultados práticos da aplicação das normas jurídicas não constituem preocupação apenas sociológica,¹¹ mas, muito pelo contrário, são elementos essenciais para determinar como, a partir desses dados empíricos, devam ser interpretadas – ou reinterpretadas –, legitimando a sua aplicação.

Em tempos de globalização e internacionalização das fases da cadeia produtiva, cada vez mais

[...] abre-se espaço para a incursão da teoria econômica na teoria jurídica. Cria-se, de fato, um ambiente propício à transposição de critérios, categorias e classificações econômicas para a teoria jurídica, na medida em que se reconhece que, funcionalmente, Direito e Economia têm o mesmo destino, delineado pela Ordem Constitucional.¹²

Nesse novo cenário internacional, a análise econômica do Direito também tem ganhado espaço.¹³ Armando Castelar Pinheiro ensina que “o

10. MANGANARO, Francesco. *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 25.

11. “O momento indica que a luta pela demarcação de campos disciplinares está cada vez mais perdendo o seu ímpeto. Nobeit Elias já falava, na década de 70, que a preocupação em separar a História da Sociologia deve ser revista. O mesmo, cremos, vale para a Teoria do Direito, a Sociologia e a Antropologia. Concluindo, a Teoria do Direito como sistema lógico não poderá suprir-se por si mesma e será cada vez mais exposta às rupturas na sua pretensão de ausência de lacunas e contradições. Uma possibilidade compreensiva, que unifique e reconheça a falta de base Teórica desta Teoria do Direito e abra para o convívio com outras ciência de maneira não ‘colonizadora’, ou seja, com prevalência de uma sobre a outra, poderia restabelecer suas características de narrativa lógica.” (VERONESE, Alexandre. Os conceitos de sistema jurídico e de Direito “em rede”: análise sociológica e da Teoria do Direito. *Plúrima. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF*, Rio de Janeiro, v. 24, p. 147).

12. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 387-388.

13. “A Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics* é um movimento contemporâneo que combina as ciências econômica e jurídica em uma tentativa de estudo interdisciplinar, tendo como característica comum, sem distinguir tendências e escolas, a aplicação de teoria microeconômica neoclássica do bem-estar para analisar e reformular tanto as instituições particulares como o sistema jurídico em seu conjunto.” (PACHECO, Pedro Mercado. *El análisis económico del Derecho: una reconstrucción teórica*.

Direito e a Economia, ao diluírem suas diferenças, tornam-se essenciais um para o outro.”¹⁴

A ênfase na perspectiva consequencialista e pragmática é defendida por Richard Posner, que alerta para uma concepção “interessada nos fatos e também bem informada sobre a operação, propriedades e prováveis efeitos de cursos alternativos de ação.”¹⁵

E esse pensar por consequências, essa perspectiva pragmática quanto aos resultados, que também deve influir e orientar a atividade administrativa e judicante,¹⁶ se torna ainda mais relevante em se considerando as finalidades do Direito Público Econômico, ramo jurídico destinado a disciplinar – tentar aplicar determinados objetivos coletivos – o exercício de atividades econômicas, sendo a economia o mais dinâmico e globalizado de todos os subsistemas sociais.

Não se trata propriamente de sobrepujança da Economia sobre o Direito, mas sim de inevitável – em razão do aumento do poder efetivo dos capitais globalizados – valorização do elemento econômico na interpretação jurídica, elemento este que não era muito considerado pela hermenêutica jurídica. Essa valorização revela o aumento da intercomunicação entre o Direito e a Economia, e a tomada de consciência por parte dos operadores daquele de que, levando em conta as pautas desta, terão mais chances de realizar na prática os objetivos jurídicos, evitando inclusive efeitos colaterais adversos ou, como diria a Teoria Econômica, externalidades negativas.

Madrid: Cento de Estudios Constitucionales, 1994, p. 181; 193-196).

14. PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 32.

15. POSNER, Richard. *Overcoming law*. 1996, p. 5.

16. “O sistema judicial não pode ser insensível ao que ocorre no sistema econômico.” (FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 9). Para Antônio Menezes Cordeiro, “na outra extremidade do processo, há que lidar com as denominadas consequências da decisão [...]. Desenvolveu-se assim o factor teleológico da interpretação [...]. Trata-se de um conjunto de regras que, habilitando o intérprete-aplicador a pensar em consequências, permitem o conhecimento e a ponderação dos efeitos das decisões.” (CORDEIRO, Antônio Menezes. Prefácio. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. CIX-CXI).

De acordo com as lições de Neil Maccormick, [...] a inconveniência, para não falar no absurdo, dessas conseqüências proporciona uma argumentação suficiente contra a aplicação do princípio no caso em foco. [...] Sinto-me à vontade para dizer que chegar a resultados estranhos não me causa nenhum entusiasmo, especialmente quando esses resultados parecem conflitar com princípios bem conhecidos[...]. É freqüente que se diga intimamente quando alguma proposição é apresentada, “isto simplesmente não pode estar certo”; e então tente-se ver por que não pode estar certo. Às vezes trata-se de um ultraje ao senso comum, às vezes ao sentido de justiça de cada um, mas com maior freqüência a proposição simplesmente não se coaduna com princípios jurídicos, muito embora, ela possa aparentar ter o amparo de algumas observações judiciais lidas fora do contexto. [...] Considerando-se que a concepção que se tem das leis é racional e deliberada, parece de fato essencial que a justificação de qualquer decisão numa área não comandada por uma norma expressa que envolva obrigação, ou quando uma norma semelhante for ambígua ou incompleta, prossiga pela verificação das decisões propostas à luz de suas conseqüências.”¹⁷

A economia contribui, portanto, para que o Direito seja percebido em nova dimensão, que é extremamente útil na formulação e aplicação de políticas públicas.¹⁸

O Direito deixa de ser aquela ciência preocupada apenas com a realização lógica dos seus preceitos; desce do seu pedestal para aferir se esta realização lógica esta sendo apta a realizar os seus desígnios na realidade da vida em sociedade. *Uma interpretação/aplicação da lei que não esteja sendo capaz de atingir concreta e materialmente os seus objetivos não pode ser considerada como a interpretação mais correta.* Note-se que essas mudanças metodológicas evidenciam a queda do mito da interpretação

17. MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e Teoria do Direito*. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 183-193, grifo nosso.

18. STIGLER, George. Law or Economics? *The Journal of Law and Economics*, v. 35, n. 2, p. 462, 1992.

como atividade meramente declaratória do que já estava na lei, da única interpretação possível, já que os resultados práticos desta ou daquela forma de aplicação da norma terão relevante papel na determinação de qual, *entre as diversas interpretações plausíveis* existentes, deverá ser adotada, opção que, posteriormente, pode inclusive vir a ser alterada diante da comprovada mudança dos dados da realidade, que devam ser acompanhados de nova estratégia regulatória.

Os princípios da proporcionalidade e da eficiência circunscrevem o espectro das soluções juridicamente possíveis a uma seara de realismo e de responsabilidade econômica.

Enrique Groisman observa que

[...] 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 considera 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 partida¹⁹ para uma série de atividades nas quais há uma

19. “Em termos de limites da Administração para a expedição de atos gerais que envolvam interpretação da lei, há de se entender que a Administração deve atingir objetivamente o interesse público e se determinar apenas por esse interesse. O interesse público não deve apenas ser realizado, mas o agente deve estar convencido de que vai realizá-lo da **melhor maneira**. [...] Assim, o sentido moderno da legalidade vê na lei não tanto uma *condição* e um *limite*, mas, basicamente, um *instrumento* de exercício da atividade administrativa. Como *instrumento*, seu princípio hermenêutico está na *solidariedade entre meios e fins*, donde a *razoabilidade* da atividade administrativa, submetida, então, a uma *avaliação de sua eficiência*. [...] O princípio da eficiência tem por fim disciplinar a atividade administrativa nos seus resultados, tornando possível a legitimação (mas também a responsabilização) dos atos administrativos por seu *êxito* em atingir os fins pretendidos por lei. Neste sentido, a validação do ato pelo princípio de eficiência tem estrutura finalística (validação pela obtenção do resultado pretendido por lei) e não condicional (validação pelo preenchimento das condições previstas em lei para realização do ato, independentemente de seu resultado). Ao adquirir essa estrutura finalística pautada pelo êxito em implementar determinadas políticas públicas, a discricionariedade, que se tornou mais ampla, ganha também um sentido técnico, que representa uma importante limitação e a sujeita a controle (diz-se que a discricionariedade das agências é uma discricionariedade técnica). Se pela legalidade estrita bastava ao administrador cumprir os requisitos formais para que emitisse seu ato de escolha, oportuna e conveniente, dentre o leque de alternativas aberto pela lei, a legalidade finalística o vincula a uma

maior margem de delegação e de discricionariedade e um crescente espaço para a técnica.²⁰

Nesse contexto, merece menção a relação entre a eficiência e a especialização técnico-setorial crescentemente presente no Direito Público contemporâneo, “tecnicidade relacionada com a especificidade das atividades a serem disciplinadas, que necessitam de normas pontuais, remetidas à autonomia de órgãos técnicos, o que assegura de organização de setores específicos, assegurando a flexibilidade e a permeabilidade às exigências da sociedade econômica”.²¹

As necessidades da eficiência, na qual está contida, como veremos, a economicidade, não devem ser solucionadas pelo menosprezo à lei – aqui, naturalmente, entendida como “bloco de juridicidade” –, mas sim pela valorização dos seus elementos finalísticos. É sob este prisma que as regras legais devem interpretadas e aplicadas, ou seja, todo ato, normativo ou concreto, só será válido ou validamente aplicado, se, *ex vi* do princípio da eficiência – art. 37, *caput*, CF –, for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se for pelo menos uma maneira razoavelmente eficiente de realização dos objetivos fixados pelo ordenamento jurídico.

O princípio da eficiência de forma alguma visa a mitigar ou a ponderar o princípio da legalidade, mas sim a embeber a legalidade de nova lógica, determinando a insurgência de legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados –, e não mais legalidade meramente formal e abstrata.

otimização de sua solução para preenchimento dos conceitos e diretrizes legais. E quando se fala em otimização, na esteira do princípio de eficiência, entra em cena não só o *êxito* na execução dos objetivos legais (adequação), como também a ponderação dos meios em termos de necessidade (proibição de excesso), de redução dos custos impostos aos administrados e de ponderação de outros direitos e liberdades individuais envolvidas (proporcionalidade em sentido estrito).” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Parecer*. 2004. Mimeo, grifo do autor).

20. GROISMAN, Enrique. Crisis y actualidad del Derecho Administrativo Económico. *Revista de Derecho Industrial*, v. 42, p. 894, passagem na qual o autor lembra que “esta situação suscitou o comentário paradoxo de que ‘o Direito não pertence mais aos juristas’”. Antonio Martínez Marín assevera que “a legitimidade democrática da origem não basta para justificar o poder público. Também é imprescindível a legitimidade do exercício”. (MARÍN, Antonio Martínez. *El buen funcionamiento de los servicios públicos*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 13).

21. COCOZZA, Francesco. *Profili di Diritto Costituzionale applicato all'Edconomia*. Incidenza dei Rapporti Economici sull'Organizzazione del Potere Politico e sul Sistema delle Fonti del Diritto. Torino: G. Giappichelli, 1999, p. 171. v. 1.

Dizendo o óbvio, a partir do momento em que a eficiência e a economicidade foram expressamente inscritas no texto constitucional – a Lei Magna –, passaram a também integrar a legalidade, não mais legalidade oitocentista, formalista e meramente subsuntiva, mas legalidade neopositivista.²²

É dessa maneira que a aplicação *tout court* das regras legais deve ser temperada, não apenas pela outrora propugnada equidade, mas pela realização das finalidades constitucionais e legais aplicáveis à espécie.

O princípio da eficiência impõe à Administração que atue de forma a produzir “resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar.”²³ Paulo Modesto ensina que

[...] o princípio da eficiência pode ser percebido também como uma exigência inerente a toda atividade pública. Se entendermos a atividade de gestão pública como atividade necessariamente racional e instrumental, voltada a servir o público, na justa ponderação das necessidades coletivas,

22. ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção neopositivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 236, p. 1-20, 2005. Almiro do Couto e Silva bem coloca o neopositivismo de uma forma que os valores, então reclamados apenas pelos jusnaturalistas, são tratados como partes integrantes – e das mais relevantes – do próprio ordenamento jurídico positivo: “Os valores estão dentro do próprio ordenamento jurídico, sob a forma de princípios embutidos na Constituição, de maneira explícita ou implícita. Essa corrente de pensamento, que se alastrou pelo mundo, revigorou os princípios constitucionais já identificados, descobrindo-lhes novos aspectos, e acrescentou ao rol conhecido muitos outros. Os princípios adquiriram, desse modo, no Direito moderno, especialmente o Direito Público, um vigor que nunca tinham possuído, notadamente na configuração da coerência do sistema. As outras normas são sempre a eles necessariamente reconduzidas e são eles que orientam a sua aplicação”. (COUTO e SILVA, Almiro. *Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas*. Direito Administrativo e Constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 97, v. 2). Por essas razões, passamos a preferir o termo “neo” a “pós-positivismo”: se trata de positivismo, essencial para a diferenciação do Direito dos demais subsistemas sociais, mas um positivismo calcado em princípios – capazes, o que é essencial, de dialogar com valores metajurídicos –, não em regras jurídicas. Não estamos, naturalmente, nos referindo à chamada “Escola Neopositivista” ou da lógica positivista, de Marburg, do início do século XX, nem, tampouco, adotando o positivismo histórico. Na verdade, estamos próximos dos que se denominam “pós-positivistas”, apenas crendo que a denominação mais correta da posição que adotamos – e também a de muitos dos seus próceres, como BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-49 – é, em face da importância dada à positivação de valores metajurídicos, a de neopositivismo. “De fato, o pós-positivismo não desacredita na razão e no Direito como instrumento de mudança social, e busca, recorrendo sobretudo aos princípios constitucionais e à racionalidade prática, catalizar as potencialidades emancipatórias da ordem jurídica.” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 78).

23. DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 73.

temos de admitir como inadmissível juridicamente o comportamento administrativo negligente, contra-produtivo, ineficiente.²⁴

Intimamente ligado ao princípio da eficiência, figura o princípio da economicidade, que, como destaca Diogo Figueiredo Moreira Neto, “embora referido a propósito da execução da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, deve ser recebido como um princípio geral do Direito Administrativo, em razão de sua amplitude no desempenho da administração pública interna.”²⁵

Exige a economicidade que a Administração adote a solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos. O princípio da economicidade é a expressão especializada, pecuniária, do princípio da eficiência.

Como afirma Paulo Soares Bugarin, em monografia específica sobre o tema, o princípio da economicidade

[...] trata da obtenção do melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos e/ou patrimoniais em um dado cenário socioeconômico. [...] Por alocação ótima entende-se aquela que propicia se alcançar o máximo resultado econômico da alocação de bens e/ou serviços, ou seja, permite o alcance da máxima eficiência econômica. [...] “Economizar” significa maximizar lucros.²⁶

É dessa maneira que a Constituição de 1988

[...] já estabelece todo fundamento necessário para a afirmação e aplicação, em nosso país, da doutrina da, assim denominada, administração de resultado, ou seja: confere uma base institucional da legalidade finalística. [...]

24. MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica – CAJ, v. 1, n. 2, maio 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>.

25. MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 311-312.

26. BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 114-117.

É indubitável que o futuro deva ser realmente considerado como uma das dimensões temporais próprias a qualquer norma, o que lhe faz merecedor de uma cuidadosa atenção prospectiva, tanto por parte dos seus elaboradores quanto dos seus aplicadores.”²⁷ “Não basta, hoje, ao Direito, que a ação administrativa do Estado *exista*, seja *válida* e *eficaz*. A simples busca da produção de efeitos, ou seja, pretender-se apenas a eficácia da ação, já era insuficiente para a Sociologia do Direito. Agora passou a sê-lo também para o Direito Administrativo. Acrescentou-se, aos quatro princípios constitucionais da administração pública, um quinto, o da eficiência, que, doutrinariamente, no plano do Direito Público, poderá ir até mais além, para nortear, acolá da ação administrativa, também a produção legislativa e a interpretação judiciária.”²⁸

É dizer: à luz do princípio da eficiência, aí incluída a sua feição de economicidade, é vedada a atuação jurídica contraproducente ou ineficiente à luz dos valores e objetivos jurídicos visados, sendo de menor importância o fato de ela se subsumir formalmente a alguma regra ou não.

Sob essa perspectiva, não é de forma nenhuma descartável que, no extremo – ultrapassadas todas as possibilidades hermenêuticas, analógicas e de redução teleológica²⁹ –, uma regra jurídica em tese aplicável e constitucional

27. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Cidadania e administração de resultado: o Direito Administrativo e o controle prospectivo no planejamento e nas ações do Estado. *Revista de Direito e Política*, Letras Jurídicas e Ibpap, 2007, p. 19-21, grifo nosso.

28. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 32-33.

29. “A regra legal, contra o seu sentido literal, mas de acordo com a teleologia imanente à lei, precisa de uma restrição que não está contida no texto legal. A integração de uma tal lacuna efetua-se acrescentando a restrição que é requerida em conformidade com o sentido. Visto que com isso a regra contida na lei, concebida demasiado amplamente segundo o seu sentido literal, se reconduz e é reduzida ao âmbito de aplicação que lhe corresponde segundo o fim da regulação ou a conexão de sentido da lei, falamos em ‘redução teleológica’. [...] A redução teleológica comporta-se em relação à interpretação restritiva de modo semelhante à analogia particular em relação à interpretação extensiva. O âmbito de aplicação da norma umas vezes reduz-se mais do que indica o limite que se infere do sentido literal possível e outras vezes amplia-se. Em ambos os casos, trata-se de uma continuidade de interpretação transcendendo o limite do sentido literal possível. Como esse limite é ‘fluido’, pode ser duvidoso, no caso particular, se se trata ainda de uma interpretação restritiva ou já de uma redução teleológica. A jurisprudência fala, não raras vezes, de interpretação restritiva – certamente a fim de dar, deste modo, a impressão

tenha a sua aplicação em dado caso concreto afastada por – não a regra em si, mas aquela sua aplicação – violar os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade.³⁰ Não se trata, evidentemente, de um afastamento *in concreto* do Direito, pois ambos – economicidade e eficiência – são princípios constitucionais, mas apenas daquela determinada regra jurídica.

De fato, mesmo que um dispositivo de lei seja em tese aplicável, pode ser que, em razão das circunstâncias peculiares de determinado caso concreto e dos valores e princípios constitucionais relacionados com essas peculiaridades, a sua aplicação, no caso, seja inconstitucional ou contrária aos valores que o próprio dispositivo legal visa a resguardar.³¹

Por exemplo,³² a regra do Código de Ética Médica que determina ao médico contar ao seu paciente toda a verdade sobre a sua doença pode ser afastada se, em dado caso concreto, a informação puder colocar em risco a vida do paciente em razão da forte emoção que provocaria; o art. 1º da Lei nº 9.494/1997, que veda, em sua literalidade de forma absoluta, a concessão de liminares contra o Estado, pode, segundo nossa tranquila jurisprudência, ter a sua aplicação afastada se a liminar visar ao fornecimento de medicamentos vitais; a regra que estabelece limite de velocidade em determinada via pode ser afastada se o motorista a descumpriu por estar em situação de emergência; uma regra que proíba a entrada de cães em restaurantes deve ser afastada em relação aos cães-guia de deficientes visuais; o STF já afastou a

de ‘maior fidelidade à lei’ –, quando na realidade já não se trata de interpretação, mas de uma redução teleológica. Mas se a redução está dirigida à própria teleologia da lei e se têm em conta as barreiras nela estabelecidas, então não é menos ‘fiel à lei’ do que qualquer interpretação teleológica.” (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 556).

30. HAGE, Jaap. Law and defeasibility. *Artificial Intelligence and Law*, v. 11, p. 221-243, 2003. Sobre a afastabilidade *in concreto* de regras jurídicas pela impossibilidade de realização de seus fins ver, na doutrina brasileira, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

31. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 211-212.

32. Os exemplos constam de BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 202 e seguintes, e ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 44 e seguintes, em que também se encontram citadas as respectivas fontes.

aplicação da regra do Código Penal do estupro presumido – praticado contra menores de catorze anos – se a suposta vítima, apesar de possuir apenas treze anos, já demonstrar inequívoca maturidade sexual; o STF não aplicou a regra punitiva a prefeita que contratara sem concurso público um gari por nove meses em face da sua pouca significância; o STF também já afastou a regra constitucional pela qual o não cumprimento de precatórios judiciais deve levar à intervenção federal no ente inadimplente em casos concretos em que a medida seria inócua em razão de que o interventor enfrentaria as mesmas dificuldades que o titular do Executivo para honrar a dívida: com base no princípio da proporcionalidade se considerou que “a intervenção na hipótese restringiria a autonomia do Estado sem qualquer proveito para o cumprimento da regra pretendida.”³³

Analisando tais casos, Humberto Ávila afirma que significam

[...] que o modo de aplicação da regra não está totalmente condicionado pela descrição do comportamento, mas que depende do sopesamento de circunstâncias e de argumentos. E a exceção pode não estar prevista no ordenamento jurídico, situação em que o aplicador avaliará a importância das razões contrárias à aplicação da regra, sopesando os argumentos favoráveis e os argumentos contrários à criação de uma exceção diante do caso concreto. [...] Como os dispositivos hipoteticamente construídos são resultados de generalizações feitas pelo legislador, mesmo a mais precisa formulação é potencialmente imprecisa, na medida em que podem surgir situações inicialmente não previstas. Nessa hipótese o aplicador deve analisar a finalidade da regra, e somente a partir de uma ponderação de todas as circunstâncias do caso pode decidir que elemento de fato tem prioridade para definir a finalidade normativa.³⁴

33. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 214.

34. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 46-48.

Ana Paula de Barcellos, igualmente, leciona que

[...] a submissão de uma regra ao processo de ponderação poderá ter como resultado final a sua não aplicação ao caso específico.³⁵ [...] Por conta do sentido relativamente indeterminado da idéia de justiça, é comum que o intérprete perceba e descreva o problema como um conflito da regra com princípios como os da razoabilidade, proporcionalidade e até o da dignidade da pessoa humana, e acabe deixando de aplicar a regra alegando que procedeu a uma ponderação. [...] Embora as regras tratem, em geral, de condutas, sem maiores considerações sobre o propósito para que foram concebidas, essas condutas estão indiretamente associadas, por evidente a fins e valores que buscam realizar.³⁶

Toda regra jurídica só será válida ou validamente aplicada se, *ex vi* do princípio da eficiência³⁷ – art. 37, *caput*, CF –, for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se forem pelo menos uma forma razoavelmente eficiente de realização dos objetivos do ordenamento jurídico afinados com a situação a ser regradada.

É o princípio constitucional da eficiência – art. 37, *caput*, CF – que deve iluminar a aplicação das regras constitucionais, legais e regulamentares, para que ela não leve a uma consecução ineficiente ou menos eficiente dos seus objetivos primários. As normas jurídicas “passam a ter o seu critério de validade aferido não apenas em virtude da higidez do seu procedimento criador, como da sua aptidão para atender aos objetivos da política pública, além da sua capacidade de resolver os males que esta pretende combater”.³⁸

35. Não apenas os princípios, mas também as “meras” regras podem ser ponderadas, já que elas também são, por si próprias, manifestações dos princípios que constituem o seu substrato.

36. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 204-207.

37. Diferentemente do que ocorre no setor privado, a eficiência, no setor público, não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim “como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe à Administração Pública”. MANGANARO, Franceso. *Principio di legalità e semplificazione dell’attività amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi*. Napoli: Edizione Scientifiche, 2000, p. 25.

38. MORAND, Charles-Albert. *Le Droit néo-moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 1999, p. 95.

O princípio da eficiência vê-se ainda mais reforçado pelo conflito positivo que possui com o princípio da proporcionalidade, já que também por força deste, em seus elementos “adequação” e “necessidade”,³⁹ não se poderia impor a adoção de meio – normalmente uma interpretação – inadequado ou desnecessariamente oneroso ao atingimento das finalidades legais, pelo simples apego a legalidade formal, impondo-se legalidade material, cujo substrato encontrar-se-ia na eficiente e menos onerosa possível realização dos objetivos constitucionais que estiverem em jogo.⁴⁰

Na administração de resultado, o Princípio da Legalidade implica na indefectível aplicação das normas que geram bons resultados; mas também implica na impossibilidade de aplicar normas que geram maus resultados. [...] O Princípio da Legalidade relacionado com o resultado impõe, sobretudo, que o bem seja reivindicado no plano substancial: tal legalidade exclui “a operatividade de previsões irrelevantes em relação ao resultado administrativo”.⁴¹

39. De acordo com Daniel Sarmiento, o princípio visa, em última análise, à contenção do arbítrio e à moderação do exercício do poder, em favor dos direitos dos particulares, desempenhando “um papel extremamente relevante no controle de constitucionalidade dos atos do poder público, na medida em que ele permite de certa forma a penetração no mérito do ato normativo, para aferição da sua razoabilidade e racionalidade, através da verificação da relação custo-benefício da norma jurídica, e da análise da adequação entre o seu conteúdo e a finalidade por ela perseguida”, podendo ser dividido em três subprincípios: “(a) da adequação, que exige que as medidas adotadas tenham aptidão para conduzir aos resultados almejados pelo legislador; (b) da necessidade, que impõe ao legislador que, entre vários meios aptos ao atingimento de determinados fins, opte sempre pelo menos gravoso; (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que preconiza a ponderação entre os efeitos positivos da norma e os ônus que ela acarreta aos seus destinatários”. E o autor conclui: “Assim, para conformar-se ao princípio da proporcionalidade, uma norma jurídica deverá, a um só tempo, ser apta para os fins a que se destina, ser a menos gravosa possível para que se logrem tais fins e, causar benefícios superiores às desvantagens que proporciona”. (SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 57-58).

40. “Em função do objetivo (do fim, da vontade do Legislador) a ser realizado (também com a participação dos privados: essencial também para uma melhor identificação dos interesses envolvidos), a Administração deve construir uma decisão concreta e operativa, que conserve o mais possível os bens pessoais não incompatíveis com o bem-direito de relevância pública e que satisfaça o maior número de interesses possível, satisfazendo, desta forma, o maior número de direitos fundamentais.” (IANNOTTA, Lucio. Princípio di legalità e amministrazione di risultato. In: AMMINISTRAZIONE E LEGALITÀ: FONTI NORMATIVI E ORDINAMENTI, 21 e 22 maggio 1999, Macerata. *Atti del Convegno*. Milano: Giuffrè, 2000. p. 45).

41. MANGANARO, Francesco. *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 174.

Estamos diante de importante mudança na estrutura das normas jurídicas.⁴² O modelo das normas jurídicas “hipótese de incidência → sanção” continua a existir, mas não é mais o único nem o mais importante, a ele tendo se somado o das normas jurídicas estruturadas pelo esquema “finalidades → meios de alcance destas finalidades”.⁴³

Norberto Bobbio observa que “se trata da passagem de um controle social fundado principalmente sobre normas providas de sanções (‘Se fizer, ou não fizer, x, lhe será imputada a consequência y’), ao controle social confiado cada vez mais a normas técnicas cuja força deriva da relação meio – fim, ou seja, do fato de que a realização ou não de certa ação não permite alcançar o fim desejado ou imposto”⁴⁴

Não se trata, repisamos, de descumprir o Direito, mas apenas de, no processo de sua aplicação, prestigiar os seus objetivos maiores em relação à observância pura e simples de suas regras, cuja aplicação pode, em alguns casos concretos, se revelar antitética àqueles. Há espécie de hierarquia imprópria entre as meras regras contidas nas leis e os seus objetivos, de forma que a aplicação daquelas só se legitima enquanto constituir meio adequado à realização destes.

Nas palavras de Lucio Iannotta,

[...] a interpretação da norma é obviamente finalizada à aplicação a uma realidade delimitada e circunscrita. Quem decide, sobretudo na fase de emissão da decisão, deve colher na norma, prioritariamente, os objetivos das leis, os fins, a vontade do legislador. Os bens que a norma quis proteger

42. MORAND, Charles-Albert. *Le Droit néo-moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 1999, p. 101-102.

43. Revelando a aplicação dessas mudanças da Teoria Geral do Direito ao Direito Administrativo, Eduardo García de Enterría afirma que a noção meramente subsuntiva ou “declaratória” do Direito “é própria dos sistemas jurídicos *private law oriented*, ordenados pelo Direito Privado (próprio de uma época pré-industrial e agrícola), que permite que se considere o Direito como um sistema fechado de conceitos, próprio de uma sociedade estática, mas que é inconciliável com a época atual de proliferação e domínio do Direito Público, que exige que vejamos o Direito como um processo aberto em função de finalidades e objetivos a alcançar; o Direito Público – acresce – é um processo sem fim, uma indefinida sucessão de soluções parciais a questões políticas.” (ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, p. 181-182).

44. BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del Diritto*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 54.

e, portanto, o resultado que quis alcançar; devendo-se distinguir, portanto, no interior da norma, aquilo que é verdadeiramente finalístico (bens a serem protegidos, males a serem evitados) dos outros componentes (meios, instrumentos, formas) correspondentes aos vários planos da realidade reproduzida e sintetizada pela norma.⁴⁵

Na busca da realização dos fins últimos da lei, o Direito – na verdade, o seu aplicador –, para ser eficiente, deve buscar compreender os códigos do sistema social regulado, buscando, através da permeabilização das fronteiras do subsistema jurídico com os demais subsistemas sociais, em especial o econômico, o acoplamento de suas respectivas lógicas, a fim de que as finalidades legais não sejam realizadas apenas no Diário Oficial, mas também na realidade prática do setor regulado.⁴⁶

Gunther Teubner adverte que

[...] não podemos esquecer que as operações econômicas podem ficar indiferentes às normas jurídicas. Se a determinação jurídica não pode ser executada senão ao preço da abolição de um código econômico (o que é pouco provável para a economia como um todo, mas muito provável para setores particulares), o acoplamento estrutural (entre os dois sistemas) não é possível. Neste caso, a economia praticará a desobediência civil, prevalecendo-se dos valores mais elevados de sua instituição e escapará pelos mercados negros. [...] Não ignoramos que o Ministério Público e a polícia estarão lá! Mas se a proibição se impõe à força da baioneta é porque o código do poder tomou o lugar do código da economia e a

45. IANNOTTA, Lucio. Princípio di legalità e amministrazione di risultato. In: AMMINISTRAZIONE E LEGALITÀ: FONTI NORMATIVI E ORDINAMENTI, 21 e 22 maggio 1999, Macerata. *Atti del Convegno*. Milano: Giuffrè, 2000. p. 44-45.

46. “O sistema jurídico é um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto.” (LUHMANN, Niklas. L'autoriproduzione del Diritto e i suoi limiti. In: *Politica del Diritto*, p. 41. v. 12). Comentando a teoria de Luhmann, Celso Fernandes Campilongo afirma que “fechamento operacional não é sinônimo de irrelevância do ambiente ou de isolamento causal. Por isso, paradoxalmente, o fechamento operativo de um sistema é condição para sua própria abertura”. (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Politica, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 67).

satisfação das necessidades políticas substituiu a satisfação das necessidades econômicas. Esta situação tem o mérito de revelar as vantagens e desvantagens de uma economia esteada no mercado, mas nós podemos, apesar de tudo, nos perguntar se é mesmo com os recursos limitados da baioneta que nos interessa tratar do tema da regulação jurídica da sociedade. [...] Um sistema é estruturalmente acoplado ao seu ambiente (o sistema regulado) quando os eventos que nele se desenvolvem representam perturbações que servem para melhorar ou modificar as suas próprias estruturas. Se ele domina a distinção entre a auto-referência e a hetero-referência, ele pode utilizar os acoplamentos estruturais para se emancipar do seu ambiente, na medida em que “ele pode considerar as suas exigências como condições de suas próprias operações, como irritações ou mesmo como chances”.⁴⁷

Se os acoplamentos estruturais lograrem ser duráveis, intensos e institucionalmente de qualidade, terão cumprido as condições necessárias para a necessária comunicação interssistêmica.

Devemos atentar que, já na década de 1970, se notava a emergência de uma

Teoria Realista do Direito, que volta a sua atenção mais à efetividade que à validade formal das normas jurídicas, colocando o acento, mais do que sobre a auto-suficiência do sistema jurídico, sobre a inter-relação entre sistema jurídico e sistema econômico, entre sistema jurídico e sistema político, entre sistema jurídico e sistema social em seu conjunto, [...] procurando o seu objeto, em última instância, não tanto nas regras do sistema dado, mas sim na análise das relações e dos valores sociais dos quais se extraem as regras dos sistemas. [...] A ciência jurídica não é mais uma ilha, mas uma região entre outras de um vasto continente.⁴⁸

47. TEUBNER, Gunther. *Droit et reflexivité: l'auto-référence en Droit et dans l'organisation*. Tradução Nathalie Boucquey. Paris: LGDJ-Bruylant, 1996, p. 157 e 159.

48. BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del Diritto*. Milano: Edizioni

Os órgãos de controle, capitaneados pelo Tribunal de Contas da União – TCU, têm aplicado esses paradigmas metodológicos, invocando os próprios princípios da economicidade e da eficiência:

A atuação estatal não deve mais ser balizada apenas pelos critérios de legalidade, moralidade e impessoalidade. Exige-se que a gestão pública seja igualmente pautada pelos Princípios da Eficiência e da Economicidade. A ênfase é dada na produtividade, na **obtenção de resultados**. Portanto, a atuação administrativa legítima, nos dias atuais, será aquela que, além de realizar os princípios tradicionais da impessoalidade, legalidade etc., igualmente dê ênfase à obtenção de resultados positivos sob o ponto de vista da eficiência, da economicidade.⁴⁹

Além disso, como relata Paulo Soares Bugarin, nas Decisões nº 064/1995-Plenário, nº 753/1996-Plenário e nº 780/1997-Plenário, o TCU “trouxe à baila importante questão fático-jurídica, com expressiva repercussão hermenêutica, na qual se verificou que o cumprimento do princípio da economicidade resultou na violação do princípio da legalidade, tendo sido, na oportunidade, conferido maior peso ao primeiro”.⁵⁰

A insurgência dos princípios da eficiência e da economicidade é uma via de mão dupla: por vezes o operador do Direito poderá/deverá não aplicar a

di Comunità, 1977, p. 56.

49. Decisão nº 765/1999-Plenário (DC-0765-47/99-P), grifo nosso. Em outra decisão, no voto do Relator, o TCU também decidiu: “A gestão da ‘res publica’ não mais pode contentar-se singelamente em atender ao imperativo da legalidade nos seus atos. Há que ser produtiva, há que ser eficiente no uso dos recursos, há que produzir resultados tangíveis. Tais são os reclamos da sociedade moderna quanto à atuação dos administradores públicos, os quais encontram abrigo nos princípios da economicidade, eficácia e eficiência, insculpidos no art. 70, caput, e art. 74, inciso III, da Carta Magna.” (Acórdão nº 067/1995 – 2ª Câmara AC-0067-07/95-2). Não discordamos substancialmente das decisões, mas apenas faríamos o reparo de nomenclatura no sentido que, a partir do momento em que a economicidade e a eficiência passaram a ser contempladas na Lei Magna, passaram elas também a integrar a legalidade, doravante legalidade indubitavelmente mais ampla.

50. BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 188, grifo nosso. Como já exposto várias vezes ao longo do texto, nossa única ressalva à assertiva do autor seria a de que, a nosso ver, não se trata de afastamento da legalidade, mas de aplicação instrumentalizada da lei e do ordenamento jurídico como um todo, especialmente dos princípios positivados na lei constitucional.

regra específica à determinada situação porque geraria efeitos ineficientes, como, também, outras vezes, a pura e simples aplicação da regra não será considerada opção jurídica.

Por exemplo, o Tribunal de Contas da União⁵¹ possui precedente no qual a aplicação da regra do art. 17, § 4º, *in fine*, da Lei nº 8.666/1993,⁵² que expressamente prevê dispensa de licitação para as doações, com encargo foi censurada, já que mesmo a doação com encargos deve ser licitada, para que houvesse concorrência na definição do encargo.

Concluiu na oportunidade o Ministro Relator Humberto Guimarães Souto expressamente no sentido de que, **“apesar do que consta da letra do referido dispositivo legal, a doação com encargo deve ser precedida de licitação.”** (grifo nosso). De acordo com o Ministro,

[...] a discricionariedade a cargo da ONG para a escolha da madeireira, sem a realização de amplo procedimento de divulgação e, ainda, com o estabelecimento de regras de comercialização e remuneração apenas entre os entes privados, sem participação do poder público, também carrega vícios de moralidade no tocante ao modo como foi procedida a doação com o encargo imposto, haja vista a ausência de impessoalidade e de isonomia para a contratação. Dada a ausência de previsão legal para o procedimento de “doação qualificada”, não pode tampouco o Município efetuar doações de ações diretamente a empresas pré-selecionadas, devendo, portanto, efetuar licitação, de forma a garantir a ampla participação de possíveis interessados, em cumprimento aos princípios da isonomia e da impessoalidade. Nos casos em que optar pela doação com encargo da madeira e, desde que esse encargo não se constitua na venda ao mercado interno ou externo, promova procedimento licitatório específico, de forma a garantir, além da ampla participação dos

51. Acórdão nº 601/2004.

52. § 4º - A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente, os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado.

interessados, a escolha da instituição que melhor ofereça condições para cumprimento do encargo imposto ao recebimento da doação, conforme disposto no art. 17, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

Nossos tribunais também vêm acolhendo esses paradigmas metodológicos:

Administrativo. Ação popular. Procedimento licitatório. Desobediência aos ditames legais. Contrato de quantia vultosa. Designação da modalidade “tomada de preços” no lugar de “concorrência pública”. Inserção no edital de cláusulas restritivas do caráter competitivo do certame e estabelecimento de cláusulas que permitiram preferências e distinções injustificadas. Desvirtuamento do princípio da igualdade entre os licitantes. Ofensa aos princípios da legalidade e moralidade administrativas. Lesão ao erário público configurada. Nulidade. Preservação do posicionamento do julgado de segundo grau. 1. O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos sendo **eficiente para com a própria administração [...]. Não satisfaz às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais:** necessário se torna que a administração da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária [...] 6. Recursos especiais improvidos.⁵³

Em tais precedentes judiciais e administrativos temos o que

Romano Tassone identificou como uma espécie de circunferência que, partindo da coincidência legalidade-eficiência (no sentido de que o que é legal é por si mesmo eficiente por força de uma determinação

53. STJ. 1ª Turma. RESP 579541/SP, Rel. Min. José Delgado, Data da decisão: 17/2/2004, Publicada no DJ em 19/4/2004, p. 165, grifo nosso.

normativa abstrata), passando através da concepção de Giannini segundo a qual o que é legal não é necessariamente eficiente (e para alguns também o que é eficiente pode não ser legal), chegando-se agora a uma identificação oposta, pela qual aquilo que é eficiente poderá por si só ser legal. [...] Enquanto no primeiro caso a coincidência legalidade-eficiência era definida *a priori*, apenas em razão de uma prescrição normativa abstrata, hoje ela pode ser determinada *a posteriori*, na análise do efetivo atendimento aos interesses envolvidos em determinado caso aos quais a lei determinava a tutela. Em outros termos, na “regra do caso concreto”, a Administração é obrigada a reipristinar de forma renovada o binômio legalidade-resultado. [...] Se assim não fosse, considerando que o princípio da eficiência tem sede constitucional, tratar-se-ia de disposição inconstitucional ou contrária a normas e princípios de hierarquia superior, o que legitimaria a Administração a desaplicá-la incidentalmente.⁵⁴

Pelo exposto até o momento,

[...] no que diz respeito à fundamental relação com o princípio da legalidade, a administração de resultado – como Administração obrigada a assegurar com rapidez, eficiência, transparência e economicidade, bens e/ou serviços à comunidade e às pessoas –⁵⁵ tende, de um lado, a transformar a legalidade mais em uma obrigação de respeito a princípios do que de respeito a preceitos, e, por outro lado, a assumir parâmetros de avaliação de tipo informal e substancial ou até mesmo econômico-empresarial, expressos em termos de quantidade e

54. SPASIANO, Mario R. *Funzione amministrativa e legalità di risultato*. Torino: Giappichelli, 2003, p. 265 e 273. “A observância da norma não pode se desvincular do princípio da funcionalidade, que também constitui o limite da eficácia da norma no momento da sua aplicação.” (BERTI, G. *La pubblica amministrazione come organizzazione*. Padova, 1968, p. 106).

55. “É impossível considerar a liberdade do agente administrativo de modo dissociado da economicidade. Concede-se liberdade ao agente administrativo precisamente para assegurar que opte pela melhor solução possível, em face do caso concreto.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 67).

qualidade dos bens e dos serviços assegurados, de tempestividade das prestações, de quantidade dos recursos empregados, de prejuízos causados a terceiros, de relação custos-benefícios, etc. A administração de resultado parece, portanto, carregar consigo um dilema de difícil superação, sobretudo durante a passagem de um modelo de administração autoritativa, unilateral, unitária, coercitiva e jurídico-formal, para uma Administração caracterizada pelo pluralismo, pela negociação, pelo caráter residual e subsidiário do emprego da autoridade, etc. Esse dilema é constituído por dois termos: redimensionamento da lei e sua relevância no limite dos resultados alcançados, ou atenção à lei em todos os seus componentes e relevância dos resultados apenas no limite da observância da lei. No primeiro caso, teríamos a instrumentalização (ou mesmo sacrifício) da lei em relação ao resultado, e no segundo, do resultado em relação à lei.⁵⁶

O Estado – por qualquer de seus Poderes – deixa de ter legitimação extrínseca, pelo fato de ser o Estado – conseqüentemente, com supremacia, presunção de veracidade, de legitimidade etc. – e de agir em razão de um dispositivo legal geral e abstrato, para dever ter legitimação intrínseca, “fundada na análise concreta de sua ação, de acordo com os resultados que ela é capaz de atingir e a sua capacidade de melhor gerir os meios de que dispõe, em vista de obter a maior eficiência”.⁵⁷ Há, verdadeiramente, mudança de ícone legitimador.

56. IANNOTTA, Lucio. Princípio di legalità e amministrazione di risultato. In: AMMINISTRAZIONE E LEGALITÀ: FONTI NORMATIVI E ORDINAMENTI, 21 e 22 maggio 1999, Macerata. *Atti del Convegno*. Milano: Giuffrè, 2000. p. 37-38. O autor italiano ainda vai além, afirmando, diante da eficácia expansiva dos direitos fundamentais, que, “à luz do princípio (F. Satta), hoje cada vez mais aplicado, pelo qual a Administração, salvo expressa vedação da lei, pode sempre adotar os instrumentos mais idôneos para realizar os fins impostos ou indicados pelas leis, a Administração – sempre que não sejam possíveis até mesmo a interpretação de adequação ou a desaplicação, em razão da clareza do dispositivo limitador de direitos fundamentais e pela correspondência integral dos fatos a ele – poderá e, portanto, deverá, diante de direitos fundamentais injustamente atingidos, buscar outras vias que não produzam tal efeito”. (*Ibidem*, p. 46).

57. CHEVALLIER, Jacques. *L'état post-moderne*. Paris: LGDJ, 2003, p. 66. Daí também, sob certos aspectos, a teoria das inconstitucionalização gradual de leis que, originariamente, eram constitucionais: “Quando se reconhece que a lei encontra-se num processo de inconstitucionalização, ela é declarada constitucional. Percebe-se que ela ainda realiza de algum modo a Constituição, afirma-se que a ordem constitucional seria mais imperfeita sem ela, enfim, que contém um valor coincidente com a Constituição. No momento em que for declarada inconstitucional, por já os fatos e a ordem jurídica não lhe justificarem mais a permanência, os efeitos que terá produzido serão válidos, porque até então constitucionais. Nesse caso, a Suprema Corte dirá quando se tornou inconstitucional a lei. Sendo

A formulação proposta neste ensaio para princípio da juridicidade ou da legalidade em sentido amplo,⁵⁸ embebida dos princípios de Direito Constitucional positivo da eficiência e da economicidade, é uma via de mão dupla: serve tanto para restringir a ação do Estado, não apenas pela lei, mas também pelos valores e princípios constitucionais, como para permitir a sua atuação quando, mesmo diante da ausência de regra específica, os valores da Constituição – lei constitucional – impuserem a sua atuação.⁵⁹

um processo, e lento e nebuloso, dificilmente haverá um momento exato em que a lei muda-se em inconstitucional. A decisão que a declara inconstitucional dirá que esse estado, para lembrarmos Lúcio Bittencourt, iniciou-se nessa mesma decisão declaratória, mas nada impede que se refira a um fato pretérito qualquer, marcando ali o início da inconstitucionalidade da lei. Seja como for, a declaração terá sempre efeitos *ex tunc*. O ponto de distinção é invariavelmente feito entre valores coincidentes ou opostos.” (SEREJO, Paulo. *Conceito de inconstitucionalidade: fundamento de uma teoria concreta do controle de constitucionalidade*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_19/artigos/PauloSerejo_rev19.htm>.

58. SESÍN, Domingo J. *Administración pública: actividad reglada, discrecional e técnica*. Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 8.

59. “Estamos diante de um Direito mais dúctil e flexível ante à variedade dos casos, e, portanto, mais justo. Nesta lógica, os conteúdos e não as formas, a compreensão do significado concreto, das tensões materiais próprias das situações da vida, adquirem força frente à extrema dureza das inflexíveis ‘leis’, cuja abstração e distância da realidade encastelava o Direito no conceitualismo das velhas pandectas de costas para a justiça.” (PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofía del Derecho moderna y contemporánea*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 265). Observe-se que o princípio da legalidade, do ponto de vista do Direito Privado, sofreu simétrica evolução: hoje não mais se concebe que, na ausência de lei proibitiva, possa o particular fazer o que quiser, ainda que contrariando valores e princípios constitucionais. A ação do particular é, portanto, diretamente restringida, não só pela lei, como também pelos princípios constitucionais. “O princípio da legalidade está previsto na Constituição Federal, no artigo 5º, II, que dispõe: ‘Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. O que parece, à primeira vista, ser a mais relevante distinção entre o Direito Público e o Direito Privado consubstancia-se, na verdade, em uma regra tanto para as relações entre o Estado e os particulares quanto nas relações jurídicas intersubjetivas, entre particulares. O que o princípio constitucional está a garantir não é o antigo ‘reino da liberdade’, mas, sim, o Estado Democrático de Direito, que se opõe ao Estado de Polícia, ou do Arbítrio. No Estado Democrático de Direito, o poder do Estado está limitado pelo Direito, mas não só: o poder da vontade do particular, em suas relações com outros particulares, também o está. Limita-o não apenas a eventual norma imperativa, contida nas leis ordinárias, mas, sobretudo, os princípios constitucionais de solidariedade social e dignidade humana que se espraiam por todo o ordenamento civil, infraconstitucional. Evidentemente, permanecem espaços abertos de liberdade, mas esta liberdade (autonomia) é consentida e já não serve mais a definir o sistema de Direito Privado (MORAES, Maria Celina Bodin. *Constituição e Direito Civil: tendências*. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, PUC-RJ, v. 15, 2001, grifo nosso). Para uma mesma visão neopositivista do princípio da legalidade, desta feita no Direito Tributário, criticando o dogma da tipicidade tributária fechada, ver RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, interpretação e elisão tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. No Direito Penal, SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penais em branco e o Direito Penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Capítulo 2

Estado e regulação: fundamentos teóricos

Verônica Cruz

Este capítulo apresenta breve exposição das principais concepções presentes na teoria contemporânea sobre regulação e desenvolvimento institucional, destacando sempre o papel a ser desempenhado pelo Estado e suas instituições. O estudo sustenta que há forte identificação entre o padrão de políticas adotado pelos governos na América Latina e esta teoria, considerada abordagem moderna e capaz de trazer de volta a eficiência à gestão da coisa pública perdida com o crescimento do Estado. A perspectiva teórica neoinstitucional é o pano de fundo pelo qual se abordará o surgimento e o predomínio das agências reguladoras independentes como a principal estrutura de governança a partir dos anos 1990.

O objetivo do estudo é expor brevemente as concepções que permeiam a moderna teoria regulatória. Entende-se que a compreensão de sua lógica, de alguns de seus conceitos e como eles operam é fundamental para entender o “espírito” e a razão do pensamento reformista que predominou nos anos 1990. Assim, a análise do significado de termos como credibilidade, comprometimento e delegação de poderes está na ordem do estudo como premissa para se desvendar a mítica que domina os atores políticos e econômicos e que encobre outros aspectos da criação e do funcionamento das agências independentes, como, por exemplo, a falta de transparência e *accountability*.¹

1. Este estudo é parte da tese de doutorado premiada como Melhor Tese de Doutorado no biênio 2006-2007 pela Associação Latino-americana de Ciência Política – Alacip.

REGULAÇÃO DE MERCADOS: A REGULAÇÃO MODERNA

Embora nos últimos anos se tenha falado muito na profusão do “Estado Regulador” na América Latina, a atividade regulatória sempre esteve entre as atribuições do Estado. Em geral, a atividade regulatória ocorre de dois modos: diretamente, por meio do provimento de bens e serviços públicos pelo próprio Estado, via empresas estatais que atuam em setores de monopólios naturais ou não; ou a partir de sua própria estrutura tradicional, como ministérios ou órgãos a eles subordinados. Até o início dos anos 1990 predominou na Europa e na América Latina a primeira opção.

Historicamente, a propriedade pública das empresas provedoras de bens e serviços públicos essenciais tem sido o principal modo de regulação econômica, especialmente quando se trata de setores como gás, eletricidade, água, estradas de ferro, correios, telefonia, além de outros cujas origens estão no processo de industrialização no século XIX e apresentam características de monopólios naturais. A propriedade do Estado nesses casos era tida como importante não apenas porque eliminava a ineficiência dos monopólios privados, mas também assim se estimulava o desenvolvimento econômico em favor de regiões ou grupos particulares desfazendo assimetrias, protegendo consumidores e garantindo a segurança nacional. No entanto, entre as várias justificativas apresentadas, destaca-se mesmo a afirmação central na qual a propriedade pública poderia aumentar a habilidade do governo para regular a economia e proteger o interesse público.

Em sua análise da atividade regulatória na Europa, Majone (1996) aponta que essa questão se tornou problemática quando a experiência subsequente à nacionalização das empresas no pós-guerra demonstrou que a propriedade pública e o controle público não poderiam ser assumidos como a mesma coisa. Após a segunda guerra, a insatisfação com o desempenho das empresas nacionalizadas em vários países europeus provou que o principal objetivo para o qual elas haviam sido criadas – regulação da economia voltada para o interesse público – estava quase esquecido. As falhas da nacionalização eram observáveis não apenas no campo da regulação econômica, mas também quanto aos objetivos socioeconômicos. Adiciona-se a isso a desconfiança em relação aos administradores públicos fiduciários do interesse público.

As falhas da propriedade pública como modo de regulação adquiriram popularidade em todo o mundo nos últimos trinta anos e foram somadas à consciência crescente quanto ao esgotamento da capacidade fiscal do Estado e as decorrentes dificuldades em prover políticas públicas de qualidade devido aos baixos níveis de crescimento que vinham sendo experimentados. Esses fatores somados explicam a abertura na América Latina dos anos 1990 para a consolidação do argumento no qual se baseia a moderna teoria da regulação.

Contudo, cumpre ressaltar que o Estado Regulador, com suas instituições características expressas por agências independentes especializadas, criadas em substituição à propriedade privada, teve origem nos Estados Unidos. A natureza dessa forma assumida pelo Estado pode ser brevemente resumida em três grandes momentos ou ondas de inovação institucional na América: a era Progressiva, o *New Deal* e a era da nova regulação social dos anos 1960. Ao longo desse período, observou-se grande impacto na vida política americana com a transformação das relações entre as organizações do governo e o sistema de espólio das empresas privadas, além da difusão de valores e idéias de profissionalismo, especialização técnica e científica, competência e neutralidade administrativa e observação de eficiência tanto na atuação do governo quanto no desempenho do mercado (VOGEL, 1996; MORAN, 2003).²

Vários atores políticos e econômicos do mundo todo adotaram, sem muitas precauções, os modelos de origem anglo-americana nos quais o Estado deveria delegar a gestão de serviços públicos e coletivos a empresas privadas, com a condição de instituir agências administrativas independentes, denominadas agências reguladoras. Para esses atores, apenas a partir da adoção dessas novas estruturas de governança um país poderia se inserir no círculo de países dotados de sistema regulatório moderno. A instauração de aparato regulatório capaz de prevalecer sobre os vícios detectados anteriormente na administração pública ganhou corpo e assim as agências se

2. São instituições típicas desse primeiro período o Interstate Commerce Commission (1887), Food and Drug Administration (1906), Federal Reserve Board (1913) e Fair Trade Commission (1914), de acordo com Moran (2003).

multiplicaram e, atualmente no Brasil, controlam os mais distintos setores, de audiovisual a vigilância sanitária, passando por telecomunicações, saúde, energia e transportes.

A mobilização de alguns setores sociais juntamente com o governo brasileiro nesse sentido foi notável nos anos 1990. Com afiada construção retórica fundamentada no ideal de sociedade capitalista moderna e dotada de aparato regulatório moderno, o Brasil viu-se em meio a reformas afinadas com as propostas de desregulamentação. Bresser Pereira, que por longo período esteve à frente das mudanças institucionais regulatórias implementadas no Brasil, sempre argumentou favoravelmente ao direcionamento dado às instituições pelas reformas. Pode-se mesmo considerá-lo um dos mentores de tais transformações. Suas palavras são expressivas do entusiasmo contido no movimento de transformação das instituições do Estado, sem que isso acompanhe qualquer crítica ou restrição às implicações das mudanças, sobretudo da delegação de poderes a comissões independentes, como pode ser observado:

Creio ser quase que desnecessário explicar a razão do meu interesse no “novo” e porque sustento que algo novo está surgindo, embora a gestão pública e o Estado sejam instituições antigas. Em um mundo em que a tecnologia muda tão rapidamente, onde o ritmo do desenvolvimento econômico tende a acelerar-se secularmente e onde as relações econômicas e sociais tornam-se cada vez mais complexas, espera-se também que as instituições políticas mudem. As três instâncias políticas que agem nas sociedades capitalistas modernas – a sociedade civil, o Estado (organização e instituições) e o governo – deverão assumir novas formas, novos papéis, novos modos de relacionar-se umas com as outras e, assim, produzir uma nova governança democrática. (BRESSER PEREIRA, 2001)

Além do entusiasmo pelo “novo”, observado no discurso de lideranças políticas daquele momento, o apoio de organismos internacionais como o Banco Mundial – Bird, o Fundo Monetário Internacional – FMI e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE foi essencial para a

consolidação e a difusão da crença na qual os esforços como a privatização, associados a outros fatores, levariam ao desenvolvimento. Nesse sentido, era claro que a estrutura regulatória de cada país seria determinante crucial do sucesso ou do fracasso desses esforços. O instrumental utilizado por esses atores internacionais também variou amplamente, indo de restrições a incentivos àqueles países que se adequassem ou não aos padrões econômicos indicados, sendo comum, por exemplo, a utilização da exigência de reformas em direção ao mercado como condição para a concessão de empréstimos.

Os países vinculados à OCDE, por exemplo, deram início a revisão de suas práticas e instrumentos regulatórios. Também incentivaram os movimentos de reformas nos demais países e, sobretudo, o rompimento com qualquer estilo administrativo que se reportasse ao desenvolvimentismo, ou seja, às estratégias de desenvolvimento econômico e tecnológico baseados em financiamentos estatais.³

A proposta de reforma regulatória da OCDE influenciou amplamente os países latinos, entre eles o Brasil. A partir do âmbito de atuação do Estado, essa proposta apresenta três categorias da atividade regulatória:

- Regulação Econômica – caracteriza-se pela intervenção direta nas decisões de mercado, tais como definição de preços, competição, entrada e saída de novos agentes nos mercados. Para a OCDE, nessa categoria a reforma deve se propor a aumentar a eficiência econômica por meio da redução de barreiras à competição e à inovação, utilizando a desregulamentação, a privatização e fornecendo estrutura para o funcionamento e a supervisão das atividades do mercado.
- Regulação Social – destina-se a proteger o interesse público nas áreas de saúde, segurança, meio ambiente e em questões nacionais.

3. Peter Evans (1997), ao discutir o papel do Estado como propulsor do desenvolvimento econômico, questiona a posição de organismos internacionais, citando-os como difusores da “ideologia” anti-estatal que negligencia o impacto das instituições públicas na economia. Sobre a OCDE mais propriamente o autor cita os achados estatísticos de Cameron (1978) e Rodrik (1996), que revelam haver entre os países da OCDE forte correlação entre gastos do governo e abertura comercial. Países mais abertos comercialmente são também aqueles em que os gastos governamentais são maiores. Mais do que isso, a extensão da análise para mais de cem países revela que o grau de abertura observado nos anos 1960 é excelente indicador da expansão dos gastos do governo nas três décadas subsequentes.

Em muitos casos, a regulação deve atuar sobre recursos sociais que não estão sujeitos a transações de mercado, mas que, no entanto, são importantes ou mesmo imprescindíveis à produção de um bem ou serviço regulado. Segundo a OCDE, cabe nesse plano da reforma aferir a necessidade de intervir em decisões relativas à provisão de bens públicos e à proteção social, reduzindo os efeitos das externalidades geradas por outros agentes sobre a sociedade.

- Regulação Administrativa – destina-se a estabelecer os procedimentos administrativos por meio dos quais o governo intervém nas decisões econômicas, os chamados *red-tapes*. Esses instrumentos burocráticos podem gerar impactos substanciais sobre o desempenho do setor privado. De acordo com a OCDE, para evitar esse efeito, os governos devem buscar em suas reformas regulatórias eliminar as formalidades desnecessárias, simplificar aquelas que são necessárias e melhorar sua transparência e aplicação (Ministério do Orçamento e Gestão/Enap e OCDE, 1999).

Nota-se que esse compacto conjunto de instruções, aparentemente simples, compôs a *rationale* das mais diversas reformas observadas na América Latina, umas mais fiéis que outras. Com intervenções como essa se ampliou na região a percepção de que com a adoção de tais medidas e do aparato regulatório apropriado ter-se-ia, enfim, regulação moderna capaz de conduzir cada país que a adotasse rumo ao desenvolvimento esperado. A profusão de reformas também tendeu mais a orientação econômica, todavia as outras categorias também adquiriram importância e tornaram-se expressivas entre as intervenções estatais.

Jordana e Levi Faur (2004) consideram útil esclarecer sobre os cinco significados que podem assumir a regulação na literatura contemporânea. Partem do pressuposto de que como o pensamento regulatório está alinhado à agenda neoliberal, isso implica que regulação e competição sejam indissociáveis. No entanto, o padrão de interação pode variar, indicando a direção das reformas. Os autores consideram que desregulação, re-regulação,

regulação da competição, regulação por competição e metarregulação trazem distintas e algumas vezes até mesmo dimensões conflitantes do amplo fenômeno da reforma regulatória e da liberalização.

A desregulação é para esses autores a redução econômica, política e social das restrições sobre o comportamento dos atores sociais, especialmente daqueles que atuam no mercado. Com contribuição significativa nesse sentido é citado Stigler, que nos anos 1970, quando discutia a relação entre competição e regulação, sustentou que a eliminação da regulação, isto é, a desregulação, era a condição necessária para a competição.

Já a noção de re-regulação é utilizada com frequência significando que reforma regulatória e liberalização em geral resultam em novo cenário de regulação antes que em desregulação. Os autores reconhecem que a noção de re-regulação é tão vaga quanto a natureza e os objetivos da nova regulação; por esse motivo, seu uso é limitado a tentar esclarecer a analogia entre competição e regulação. Por sua vez, os autores apontam vantagens no uso da regulação da competição e da regulação por competição sobre a noção de re-regulação, porque elas refletem relação positiva entre regulação e competição. A diferença entre regulação da competição e regulação por competição está no grau de interferência do Estado e na sua capacidade de monitorar e reforçar a competição. Enquanto ambas requerem o estabelecimento e o fortalecimento da estrutura de governança, regulação por competição requer estrutura menos invasiva.

A metarregulação da competição, finalmente, implica que, ao se adicionar a regulação direta sobre as ações dos indivíduos e das corporações, o processo de regulação torne-se ele mesmo regulado. No contexto em que se verifica a competição via poder político, isso significa que o governo acompanha o automonitoramento das corporações tanto quanto a obediência de seus empregados às regras da competição (MORAN, 2003; JORDANA; LEVI-FAUR, 2004). No que tange à interferência do Estado, esse tipo de regulação pode ser julgado tão invasivo quanto a regulação por competição.

Quadro 1. Relação entre tipos de competição e tipos de regulação

TIPO DE COMPETIÇÃO	TIPO DE REGULAÇÃO	AUTORIDADE REGULATÓRIA	EXEMPLOS
Desregulado	Mercados autorregulados	Sem regulação (recoo do Estado)	Vai da certificação a leis de responsabilidade para proteger o consumidor
Regulado	Regulação da competição	Autoridades de competição nacional	Prevenção da concentração por meio da regulação de fusões, incorporações, reestruturações acionárias etc.
Regulado	Regulação por competição	Autoridades em setores específicos e autoridades de competição nacional	Regimes de interconexão em telecomunicações, compartilhamento de redes
Metarregulado	Reforço da autorregulação das regras de competição	Autoridades em setores específicos e autoridades de competição nacional	Institucionalização de mecanismos internos de autorregulação que correspondam às exigências legais de competição em geral e ao regime regulatório em particular

Fonte: Adaptado de Jordana e Levi-Faur (2004).

Nota-se, pela análise dos focos da regulação e ainda pela relação entre competição e regulação, diversidade de ambientes regulatórios, uns mais outros menos competitivos, que contam com menor ou maior participação do Estado nas decisões de mercado. Porém, uma imagem destaca-se: a nova governança é sem dúvida característica genuína do Estado Regulador. O funcionamento dessas estruturas de governança atrai cada vez mais o interesse acadêmico e leituras de outra sorte surgem e trazem consigo notas tão ou mais relevantes, completando respostas que ajudam a compreender de onde vieram as agências reguladoras e porque, embora não sejam as únicas opções institucionais para regulação, elas são cada vez mais adotadas pelos governos.

DELEGAÇÃO, CREDIBILIDADE E COMPROMETIMENTO: ALGUMAS MOTIVAÇÕES BÁSICAS

A delegação de poderes para as agências reguladoras, assim como a necessidade de elevar o grau de comprometimento do poder público com a manutenção de decisões, leis e normas que afetam diretamente os agentes do mercado, são os fatores-chave que motivaram a criação dessas instituições. Do mesmo modo, esses são também os fatores que concentram as maiores críticas entre aqueles que se opõem a esse modelo regulatório. Nesta parte, serão apresentados os argumentos de um e de outro a fim de esclarecer o real significado tanto da delegação quanto do comprometimento para o ambiente regulatório.

Autores como Majone (1997) explicam que não é sem razão que as décadas de 1980 e 1990 são caracterizadas como décadas de “abertura de mercado”. Para ele, o fracasso da regulação por meio da propriedade estatal explica toda a mudança para um modo alternativo de controle, no qual serviços e setores inteiros, considerados importantes para o interesse público, são deixados em mãos privadas, mas sujeitos a regras desenvolvidas e aplicadas por agências especializadas.

Conforme foi exposto anteriormente, para Majone, a propriedade e o controle público não podem ser assumidos como similares. O problema do controle efetivo sobre as empresas nacionalizadas provou que os principais objetivos para os quais elas foram criadas eram frequentemente esquecidos. Embora essa tenha sido discussão interessante nos anos 1960 nos EUA sobre as chamadas “falhas de governo”, Majone acredita que só nos anos 1990 essa discussão chegou a outros países (1996).

Os manuais de economia identificam falhas de governo, citadas por Majone, com a teoria da escolha pública. Aqui são descritos alguns desses problemas recorrentes que caracterizam as restrições da atuação do governo na economia:

- *Rent-seeking* – ocorre quando grupos de interesse se envolvem com a política, visando a obter vantagens sobre os demais grupos. Para autores como Heber e Fischer (2000), nesse caso, mesmo

que regulação em defesa do interesse público fosse possível na teoria, na prática os interesses particulares se sobrepõem ao interesses públicos.

- Captura – ocorre quando os organismos regulatórios se encontram muito próximos dos regulados, favorecendo o aumento dos riscos de interferência de interesses particulares nas decisões públicas, conseqüentemente afetando a independência e a qualidade da regulação. Isso ocorre muitas vezes devido à assimetria de informação entre o governo e a firma, o que faz que o regulador se aproxime do regulado visando a obter informação e identifique seus reais objetivos.

No caso das agências reguladoras independentes, Macgowan e Seabright (1996) notam que há outras formas de se desviar os interesses da agência do interesse público. A captura também pode ocorrer quando o governo propriamente faz que a agência assuma posições que reforçam sua política para determinado setor.⁴ Além disso, existe ainda a captura burocrática, que ocorre quando os objetivos da agência passam a refletir os interesses de seu staff.

- Falhas institucionais – esse tipo de falha ocorre quando o governo intervém em decisões sobre a alocação de recursos, de modo a atingir objetivos de equidade e distribuição de renda. Para autores como Shultze, essa seria uma falha porque os objetivos do governo poderiam ser mais bem atendidos a partir de uma política de impostos ou transferência monetária, e não pela intervenção direta em preços ou equivalentes (SHULTZE, 1977).
- Patronagem – caracteriza-se precisamente pela distribuição de cargos e é um dos recursos do clientelismo. A atividade regulatória

4. Para este estudo, a afirmação sobre a possibilidade de o governo capturar uma de suas agências soa como incoerência, uma vez que é papel da agência executar as políticas formuladas pelos governos. Aliás, alguns desses conceitos, extraídos de manuais de economia, são imprecisos e admitem divergências, como é o caso do conceito de “falhas institucionais”, no qual a intervenção do Estado é interpretada por si só como equívoco. Porém, o estudo salienta que estes são conceitos expressivos da ótica dos agentes do mercado e dos formuladores de política que implementaram as reformas dos anos 1990.

tende a ser complexa e muito específica. Um quadro de pessoal qualificado para efetuar serviços em regulação seria então um requisito. Todavia, no lugar de preencher os cargos disponíveis por meio de recrutamento de pessoal qualificado, os governos tendem muitas vezes a ver a criação das novas organizações como oportunidade para trocar apoio ou pagar favores políticos, comprometendo por vezes o quadro de pessoal das agências.

Essas falhas de governo compõem os argumentos que permitiram o revigoramento da doutrina do *laissez-faire*, diante de um setor público estatal submetido a diversos problemas político-administrativos. Nesse ambiente, em que a avaliação do setor público era desprestigiada, o ideário do livre mercado logo conquistou espaço. Por outro lado, é válido esclarecer que, ao mesmo tempo, nem todas as experiências de liberalização dos mercados estavam sendo bem-sucedidas. Nesse período, ficou evidente a polarização do debate sobre o “tamanho” ideal do Estado, se mínimo ou não. Parte das tendências ideológicas pertencentes aos dois pólos convergiu para o ponto de vista que apontava o Estado como necessário para corrigir os vícios do mercado como os monopólios, as externalidades negativas e a assimetria informacional.

A obra de Levy e Spiller (1996), em certa medida, também se insere nesse prisma, embora esteja implícito em uma análise que a maior ameaça ao bom desempenho do mercado tem origem mesmo na ação discricionária do poder público. Pelo lado das ideias, o financiamento de projetos de pesquisas apoiando as privatizações como fator de desenvolvimento também foi utilizado, esse é o caso dessa obra. O trabalho desses autores figurou como destacado estudo na economia política, sendo considerado amplamente demonstrativo do poder das novas instituições para solucionar os conflitos regulatórios no ambiente pós-privatizações.

Eles analisam o problema da regulação dos serviços públicos por meio das lentes da economia neoinstitucional. O argumento central é que a credibilidade e a efetividade da estrutura regulatória, bem como sua habilidade para encorajar investimentos e apoiar a eficiência na produção e no uso dos serviços, varia com as instituições políticas e sociais de cada país,

o contexto, portanto. O desempenho pode ser satisfatório dentro de ampla variedade de procedimentos administrativos, desde que três mecanismos sejam adotados: restrições substantivas sobre as ações discricionárias do regulador, restrições formais e informais sobre mudanças do sistema regulatório e instituições para reforçar essas restrições.

Segundo os autores, as instituições de um país influenciam tanto a confiança dos investidores quanto o desempenho dos serviços públicos. No entanto, para que tenham a habilidade de restringir a ação administrativa discricionária, as instituições políticas e sociais devem ter efeito independente sob cada tipo de regulação e equilíbrio adequado entre o comprometimento com um sistema regulatório particular e a flexibilidade para responder às mudanças tecnológicas. É com base nesse paradoxo entre o comprometimento com um sistema regulatório e a flexibilidade frente às novas tecnologias que os autores desenvolvem toda sua argumentação sem, no entanto, o reconhecer como tal.

Além disso, para eles, o compromisso com o sistema regulatório deve ser cultivado sempre, mesmo quando o ambiente parece o mais problemático possível, pois sem o comprometimento de longo prazo não há como manter os investimentos. Porém, ao mesmo tempo, os autores parecem considerar, em último caso, as peculiaridades institucionais de cada país e reconhecem que alcançar um nível de comprometimento pode requerer regime de inflexibilidade regulatória em alguns casos e, em outros, só mesmo a propriedade pública dos serviços é possível.

De acordo com a abordagem de Levy e Spiller para se entender a capacidade de um país em comprometer-se com determinado sistema regulatório e suas instituições, deve-se estar atento ao desenho regulatório que possui dois componentes: a governança e os incentivos. A estrutura de governança incorpora os mecanismos sociais úteis para restringir a ação discricionária do regulador e solucionar os conflitos que essas restrições venham suscitar. Já a estrutura de incentivos compreende as regras governamentais que definem preços, subsídios, competição e a entrada de novos competidores, as interconexões. Eles sustentam que a ênfase apenas nos incentivos regulatórios é um equívoco, pois, embora os incentivos afetem o desempenho, o maior impacto é sentido apenas se a estrutura de governança tiver seu lugar.

O principal achado desses autores, no entanto, refere-se ao entendimento de que tanto os incentivos quanto a estrutura de governança são determinados pelas instituições internas de cada país.⁵ A estrutura e a organização dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, os costumes e outras normas informais amplamente aceitas, as características da competição de interesses na sociedade e a capacidade administrativa de cada país compõem um conjunto de critérios que segundo os autores determina e influencia as opções regulatórias em cada país.

Essa determinação e influência ocorrem na medida em que essas instituições endógenas restringem as ações arbitrárias do governo. Ao analisar empiricamente as experiências de Chile, Argentina, Jamaica, Filipinas e Reino Unido, os autores demonstram que cada país resolve seus conflitos regulatórios de um modo. O que explica essa variação na forma de solucionar as tensões regulatórias é a diferença entre o desenho institucional de cada país. Isso significa que, se um país dispõe de instituições que se mostrem mais capazes de conter a ação discricionária do regulador do que outro, esse país provavelmente irá dispor de mais credibilidade e, por essa razão, poderá contar com mecanismos regulatórios que outro país com menos credibilidade não teria sucesso se o adotasse.

O que Levy e Spiller parecem ignorar, no entanto, é que, em busca da credibilidade para atrair investimentos, muitas escolhas e decisões de elevado custo social são assumidas pelos governos. Os autores trabalham essencialmente dentro da lógica de mercado e não absorvem aspectos relativos a promoção da equidade, distribuição de renda, ampliação da cidadania ou outros aspectos relativos à democratização das políticas nos setores em que os serviços são ofertados pelo mercado. A necessidade de oferecer salvaguardas ao mercado a todo tempo reduz o papel das instituições políticas a meras retificadoras de acordos comerciais e sobrepuja inteiramente a política à economia.

Os autores, possivelmente, pelo viés economicista da análise, não vinculam em nenhum momento as instituições regulatórias com as

5. Este argumento é inteiramente compartilhado na literatura brasileira por autores como Melo (2000, 2002) e Pereira e Mueller (2001), para quem a credibilidade proporcionada pelas agências reguladoras está fortemente condicionada pela estrutura de governança de cada país.

instituições democráticas. Tratam dos Poderes Legislativo e Judiciário apenas nos seus aspectos liberais, ou seja, legais ou normativos, voltados para a eficiência econômica, e não no que tange à preservação dos direitos enquanto cidadania, deixando de lado a representação de interesses ou outros princípios mais ligados ao equilíbrio democrático.

De forma similar às justificativas de Majone para a transição para o Estado Regulador e de Levy e Spiller para as mudanças institucionais observadas ultimamente, Fabrizio Gilardi (2003), ao elaborar roteiro de avaliação das agências reguladoras, enumera mais detalhadamente alguns argumentos que, segundo ele, explicam a *rationale* por trás da criação das agências reguladoras. Os argumentos são diferenciados como positivos ou normativos, sendo que os primeiros têm por objetivo explicar os padrões observados para o estabelecimento das agências e os normativos se caracterizam como prescrições. São eles:

1. *Expertise* – as agências reguladoras estão mais próximas dos setores regulados do que outros núcleos burocráticos e, desse modo, podem mais facilmente obter informações relevantes. Sua estrutura organizacional mais flexível também constitui ambiente de trabalho mais atraente para especialistas, tornando-os, desse modo, mais dispostos a trabalhar em agências do que em núcleos burocráticos tradicionais.
2. Flexibilidade – agências reguladoras autônomas mostram-se mais capazes de flexibilizar suas decisões adotando ajustes regulatórios.⁶
3. Compromisso com credibilidade – as agências reguladoras são insuladas das influências políticas e das pressões eleitorais rotineiras. Seus dirigentes, tendo mandatos mais longos, têm também a possibilidade de trabalhar com perspectivas de longo prazo, ao contrário dos políticos. Desse modo, as agências adquirem credibilidade junto ao mercado e às comissões governamentais voltadas para a busca de uma regulação justa. Isso ocorre mesmo

6. Gilard (2003) afirma que este é argumento normativo; o fato de que empiricamente algumas agências possam ser inflexíveis não elimina seu mérito, a menos que se prove que as agências têm se mostrado sistematicamente associadas à falta de credibilidade.

na presença de conflitos de interesses, quando, por exemplo, o Estado acumula os papéis de acionista e regulador. Evidentemente, como também notam Levi e Spiller, a credibilidade é importante para atrair investimentos.

4. Estabilidade – as agências reguladoras favorecem estável e previsível ambiente regulatório. Por estar contida no desenho das agências, faz que o mercado não tema mudança inesperada das regras. A estabilidade diferencia-se do compromisso com a credibilidade, uma vez que este último é francamente assumido em favor do investidor enquanto que a primeira apenas cria ambiente amigável ao investidor, assegurando-lhe que os mecanismos regulatórios não sofrerão mudanças súbitas.
5. Eficácia e eficiência – como resultado dos fatores citados anteriormente, as agências reguladoras conduzem a um melhor resultado regulatório, que pode ser traduzido em melhor desempenho dos mercados. Esta é ampla reivindicação e objeto de diversas interpretações teóricas.
6. Participação pública e transparência – o processo decisório das agências reguladoras é mais aberto e transparente que outros núcleos burocráticos e, assim, é mais sensível ao interesses sociais difusos, como os dos consumidores. Isso é realizado em parte devido ao fato de que, sendo insuladas, as agências são menos facilmente capturadas por fortes interesses particulares, como os das indústrias reguladas, por exemplo. Isso contribui para melhor regulação. Abertura e transparência no processo decisório não são apenas meio, mas fim em si mesmo e estão relacionadas ao *accountability*.
7. Custos da tomada de decisão – a delegação para as agências reguladoras reduz os custos da tomada de decisão, como pode ser observado na presença de desacordos sobre determinadas políticas, nas quais maiorias são mais facilmente formadas para “deixar alguém mais decidir”, especialmente se perdas e ganhos não são muito claros.

8. Transferência de responsabilidades – as agências reguladoras permitem aos políticos evitar responsabilidades quando ocorrem falhas ou quando decisões impopulares são tomadas. Esse comportamento não é adotado pelo custo ou busca de acordo, mas pelo desejo de transferir responsabilidade nos casos em que os problemas tendem a atingir maiores proporções e os custos políticos podem pesar mais que os benefícios.
9. Incertezas políticas – as instituições são menos facilmente mutáveis que as políticas e as agências reguladoras constituem um meio de os políticos fixarem políticas que irão perdurar além de seus mandatos. Quando uma política é implementada, os decisores sabem que no futuro ela pode ser alterada ou suprimida por um partido ou coalizão vencedora da eleição subsequente. Para prevenir isso, as políticas são insuladas dos políticos. Políticos no poder dispõem-se a perder algum controle, mas previnem que governos futuros revoguem suas escolhas políticas.⁷

Corroborando a interpretação de que os atores políticos adotam estrategicamente a delegação de poderes para agências independentes, Thatcher (2004) afirma que seguramente os políticos o fazem porque veem na delegação inúmeras vantagens, como as já citadas: transferência de responsabilidade, evitar medidas impopulares, insular políticas, evitar oportunismos, assegurar credibilidade e leis de longo prazo. Assim, as agências, na verdade, atuam de forma complementar aos governos, e não como concorrentes. Se concorrentes fossem os políticos, cuja preocupação

7. Gilard esclarece que a delegação é um mecanismo frequentemente utilizado por governos conservadores quando percebem que suas oportunidades eleitorais futuras são fracas. Para ele, coalizões declinantes tendem mais a conceder delegações extensivas. Um exemplo de delegação de poderes às agências reguladoras é apresentado por Vogel (1996), em Gilard (2004), quando este afirma que a Administração Thatcher favoreceu agências reguladoras, delegando-lhes poder a fim de preservá-las da captura pelo Partido Trabalhista. Gilard cita ainda outros autores, como Figueiredo (2002), que demonstra com um modelo formal que grupos eleitorais fracos se esforçam para preservar suas políticas, insulando-as enquanto estão no poder.

principal é concentrar poder, não lhes delegaria nada. Segundo esse autor, por meio de redes informais com as agências, os governos podem criar estratégias e implementar políticas sobre as quais há acordo.⁸

Com outra perspectiva, Gilardi (2004), observando as razões que motivaram a criação das agências reguladoras, nota agora por outro prisma sua criação e difusão. Com análise teórica, ele classifica as motivações básicas por trás da criação das agências a partir das três ramificações do neoinstitucionalismo: a escolha racional, o institucionalismo sociológico e o histórico.

Nessa mesma análise, Gilardi (2004) revela os pontos fortes e fracos de cada abordagem teórica no que tange ao fornecimento de explicações sobre a criação difusa das agências independentes. Segundo esse autor, a despeito do crescente interesse acadêmico sobre as agências reguladoras, ainda resta explicar de onde elas vêm e como a delegação de poderes para estas pode ser explicada.⁹

Para o autor, a *rational choice* sugere que o estabelecimento das agências reguladoras pode ser a solução para os problemas de escolha ao longo do tempo. São consideradas as duas principais características dessa abordagem: primeiro, sua concepção dos atores como racionais, voltados para a maximização dos seus interesses cujo comportamento é moldado e restrito pelas instituições, definidoras das regras do jogo; segundo, as instituições são vistas como resultado de arranjo deliberado. Sua forma é determinada pelos benefícios que elas podem trazer aos atores relevantes. Além de solucionar os problemas de escolha na regulação, essa abordagem sustenta que a regulação via agências ocorre porque os políticos desejam melhorar a credibilidade de suas políticas e também buscam solucionar o problema da incerteza.

8. O autor cita como exemplo a Europa, em que frequentemente os governos nacionais justificam suas escolhas invocando que “Bruxelas” os impôs tais decisões. Assim, atribuem os custos da decisão à União Europeia, como se não tivessem participado ativamente daquele processo decisório. Enquanto isso, eles seguem adotando medidas que gostariam mesmo de adotar.

9. Muito embora outros estudos expostos anteriormente, como o de Levy e Spiller (1996) e Majone (1996, 1997), também sejam orientados pela abordagem neoinstitucional, este estudo considera de suma importância a preocupação de Gilard (2004) de que a mudança institucional é tanto tema central quanto questão problemática para a teoria institucional. Mais crítico, Gilard nota que a ênfase na mudança institucional por vezes oculta intenções e outras escolhas políticas sob o argumento de que tudo trata da busca pela superação de modelos institucionais ultrapassados.

O institucionalismo histórico, por sua vez, tem suas raízes na teoria das organizações e conta com ampla definição de instituições, que inclui normas formais e informais. Essa abordagem enfatiza o impacto cognitivo das instituições, os quais fornecem as diretrizes para o comportamento dos atores. Para essa abordagem, a mudança institucional não é vista como resultado de arranjo propositivo, mas como fenômeno que tem fortes dimensões simbólicas. Assim, a regulação via agências ocorre porque elas representam a garantia de forma adequada de regulação.

O institucionalismo histórico, finalmente, sugere marcada visão histórica das instituições cujo estudo implica análise dos processos ao longo do tempo. As preferências dos atores podem ser endógenas, isto é, podem ser influenciadas pelas instituições. Há também forte tendência a focalizar os macrocontextos e a combinar efeitos das instituições e dos processos nas análises dos resultados dos conflitos de interesses. Além disso, o institucionalismo histórico enfatiza o processo de *path dependency* que limita as possibilidades de mudanças, as quais se tornam possíveis quando os mecanismos que sustentam o arranjo institucional dominante enfraquecem. Nesse sentido, as pressões funcionais para a criação das agências reguladoras são mediadas pela existência de arranjos institucionais por meio do processo de *path dependent*.

Para Gilard (2004), a principal crítica que se faz às três teorias é o fato de todas possuem um viés em relação à estabilidade, sendo inadequadas para explicar a mudança institucional. Já o ponto positivo encontra-se no fato de o novo institucionalismo focalizar não apenas as instituições, mas a relação existente entre atores e instituições. Porém, o autor conclui que tais abordagens de análise do neoinstitucionalismo não são as melhores teorias para explicar a mudança institucional na regulação, sendo mais adequado afirmar que são teorias apropriadas para responder algumas questões, umas mais que outras. Assim, se há interesse em realizar amplas comparações, o institucionalismo histórico não é bom ponto de partida. Se o foco é a dinâmica de longo prazo, a teoria da escolha racional não é suficiente. Se o objetivo é analisar as funções racionais, o institucionalismo sociológico tem pouco a contribuir.

Entre as principais conclusões dessa análise se destaca a crítica à visão funcional das instituições de acordo com a abordagem da *rational choice*. Embora a função das agências reguladoras seja dar credibilidade às políticas,

pois a falta de credibilidade desencoraja os investimentos, o processo político democrático, por outro lado, permite que as políticas possam ser mudadas ou suprimidas quando um novo partido ou coalizão ganha o poder. Do mesmo modo, quando o institucionalismo sociológico enfatiza a importância da estrutura normativa e a difusão simbólica das agências revela, na verdade, que essas instituições são criadas para legitimar escolhas sem ter de justificá-las. Nesse caso, agências são criadas não pela função que desempenham, mas por seu poder simbólico. Por fim, o institucionalismo histórico sustenta que as pressões por reformas são mediadas pelas instituições nacionais, o que em outras palavras significa afirmar que são conduzidas ao longo de bem estabelecidos caminhos institucionais.

Antes de encerrar uma exposição das razões que promoveram a difusão mundial das agências, este estudo considera relevante expor as razões culturais que de modo complementar explicam esse fenômeno. Afinal, outras formas de regulação são possíveis e são continuamente adotadas como recurso válido. Porém, o peso de países como Estados Unidos e Inglaterra permite identificá-los como atores centrais na definição do desenho institucional que deveria predominar em uma economia globalizada, sobretudo envolvendo países com relações econômicas estreitas ou marcadas pela dependência com esses países, como é o caso dos países latino-americanos.

Nesse sentido, autores como Majone (1996) e Moran (2003) explicam porque o “estilo americano” de regulação predominou nas reformas regulatórias ao longo dos anos 1990. Para Majone, o estatuto da regulação por meio de corpos ou comissões independentes tem longa tradição nos Estados Unidos, vigorando desde 1887 no nível federal com o Interstate Commerce Act e o Interstate Commerce Commission, que regulavam as estradas de ferro. Porém, na Europa, esse ainda é fenômeno relativamente recente. Segundo esse autor, a ideologia não é o único, mas é, certamente, importante fator nessa diferenciação.

O estilo americano de regulação que deixa a indústria nas mãos do mercado expressa amplamente a crença de que o mercado trabalha melhor sob circunstâncias normais e deve sofrer interferências apenas em casos específicos de falhas de mercado. Na Europa, por outro lado, o sistema de

mercado e a estrutura de direito de propriedade, tal como o atual sistema impôs, tem sido aceita pela maioria dos eleitores apenas recentemente. Por um longo período histórico, largo segmento da opinião pública era abertamente hostil à economia de mercado e cética quanto à capacidade do sistema de sobreviver a crises recorrentes.

Majone recorda que em resposta às falhas de mercado a Europa adotou a tradição de dirigismo estatal e centralização burocrática, rejeitando o estilo americano simplesmente por não acreditar no mercado. Contudo, a filosofia e a prática regulatória americana passaram a influenciar fortemente o processo decisório na Europa em três distintos momentos: durante os anos de formação da Comunidade Europeia; nos anos 1970 durante o período de expansão da regulação social, especialmente quanto ao meio ambiente e à proteção dos consumidores; e nos anos 1980 na era da privatização e da desregulação.

Nas duas últimas décadas, Majone afirma que mudanças consideráveis já podem ser observadas, entre elas, a proliferação de corpos regulatórios tanto no nível nacional quanto no nível local dos países europeus. Ele destaca ainda crescente literatura especializada voltada para análise dessa natureza da regulação europeia como gênero diferenciado de tomada de decisão. Para o autor, isso se deve ao fato de que formas tradicionais de pensamento, bem como padrões de comportamento, não são facilmente modificáveis.

ACCOUNTABILITY E TRANSPARÊNCIA

No fim dos anos 1980, com a onda de democratização na América Latina, as ciências sociais passaram a incorporar em suas análises a necessidade de desenvolvimento de instrumentos de *accountability* e transparência das decisões públicas como tarefa inadiável das novas democracias. Cidadania, sociedade organizada, engajamento cívico, interesses, representação, prestação de contas, controle, punição, boa governança e poder. Esses são alguns dos conceitos-chave aos quais a prática do *accountability* se vincula, direta ou indiretamente. Eles estão presentes em todo o debate sobre o tema e auxiliam no seu entendimento.

Na verdade, entender e identificar práticas de *accountability* de modo geral há alguns anos na América Latina, África ou mesmo em países centrais não era tarefa simples.¹⁰ Todavia, com o crescimento da ideia de Estado Regulador, atualmente os conceitos de *accountability* e transparência assumem papéis centrais, tendo em vista o deslocamento de poder que se observa nessa nova ordem pós-reformas. Hoje ambos são cruciais para manter o regime regulatório em um subsistema de resultados e políticas.

A moderna reforma regulatória traz em seu bojo arcabouço teórico que sustenta que agências reguladoras autônomas representam importante inovação institucional no que tange à democratização da tomada de decisão. Isso ocorre porque essa modalidade de reforma tem como substrato ideológico uma doutrina ou um conjunto de interpretações administrativas, o *New Public Management*, que incorpora a introdução de novos conceitos como o de “cidadão consumidor” e “boa governança”, por exemplo.¹¹ Além disso, essa ideologia incorpora presunção da necessidade do predomínio da razão sobre a política, fundamentada na superioridade da especialização técnica e em detrimento da representação de interesses. Em ambiente regulatório com as características citadas, *accountability* e transparência seriam favorecidos e ocorreriam quase que naturalmente. Porém, na prática, essa naturalização não se observa e a introdução de mecanismos de controle é quase sempre acompanhada de fortes resistências.

A proclamada mudança para o Estado Regulador trouxe ênfase ao debate sobre *accountability* e transparência mais pelo lado negativo do que pelo lado positivo, ao contrário do que se poderia pensar. A percepção dos limites de *accountability* e transparência nos regimes regulatórios têm sido um dos principais pontos de crítica pela mídia, pela opinião pública, pelos investidores e os chamados grupos de interesses, segundo Lodge (2004). O debate compreende desde a questão dos reguladores serem continuamente obrigados a se reportar às comissões do parlamento, até quão transparentes

10. Como revela a análise no início dos anos 1990 de Ana Maria Campos (1990), na qual a impossibilidade de traduzir a palavra *accountability* para o português é atribuída não apenas à inexistência de uma palavra correspondente na língua, mas também à inexistência dessa conduta na realidade política e social brasileira.

11. Sobre o *New Public Management* ver Michel Barzelay (2001).

devem ser as decisões públicas tomadas no âmbito das agências em relação a outros departamentos do governo, à indústria ligada ao setor, aos investidores e mais amplamente aos cidadãos.

Apesar de *accountability* e transparência terem-se tornado característica proeminente da governança, promovida atualmente por diversos grupos e instituições como OCDE, Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional, além de diversas ONGs pelo mundo, sua operacionalização ainda exige a ruptura com inúmeros fatores institucionais e culturais que permitam seu real estabelecimento (CRUZ, 2006; LODGE, 2004). Questões como quem é ou deve ser *accountable* para quem e sob quais termos representa hoje dimensão crucial de qualquer regime regulatório, bem como a arquitetura dos mecanismos de controle e a relação entre os atores envolvidos. Essas questões antes de tudo merecem análise crítica e suas respostas informam também sobre o impacto que a mudança política no padrão regulatório proporcionou à extensão e à qualidade dos direitos de cidadania.

Além das mudanças na estrutura formal de decisão, transferindo poder a agências independentes, a reforma regulatória propiciou também variedade de novos atores atuando nos mais diversos níveis decisórios – local, regional, nacional e internacional –, envolvendo departamentos de governo, políticos, população-alvo, firmas, investidores e um grande público. Na medida em que todos esses atores passam a formular suas demandas, entre elas está também a inclusão de transparência nos processos e maior prestação de contas por parte dos decisores. Assim, a própria mudança política passa a requerer dinâmica decisória mais *accountable* e transparente.

Contudo, esse é mais um fator tido como contestável desde o início da implementação das agências independentes. O processo decisório em regulação frequentemente envolve questões políticas delicadas ou controvertidas – *trade-offs* – cujo desfecho é submetido a decisores sem legitimidade democrática para fazê-lo, pois se tratam de decisões tomadas no âmbito de agências não majoritárias, nas quais os decisores são tecnocratas julgados aptos por disporem de ampla *expertise*, mas na verdade tomam decisões e fazem escolhas baseados em seus valores (LODGE, 2004).

Nesse sentido, observa-se, por exemplo, que as decisões nas agências independentes podem envolver desde valores de eficiência econômica a objetivos ambientais e sociais, até como garantias de provimento de determinado bem ou serviço. As transferências dessas decisões para instituições não majoritárias, além de caracterizar mudança significativa no processo decisório do Estado, torna-se mais crítica, porque implica ainda mudança na qualidade da cidadania. Martin Lodge (2004) sugere que a era do Estado Regulador trouxe significativa redução do conceito de cidadania, agora limitado a indivíduo com direitos contratuais de consumidor.

Desse modo, é possível notar que a reforma regulatória ao mesmo tempo em que favoreceu a demanda por *accountability* e transparência com a ampliação dos atores envolvidos favoreceu também a deterioração dos padrões de qualidade da cidadania. Como resultado dessa deterioração, a literatura vem reforçando a ideia de supervisão das agências independentes pelo parlamento (LIMA; BOSCHI, 2004; LODGE, 2004; SCOTT, 2000) e via mecanismos verticais de controle (CRUZ, 2006).

Majone (1996) mais uma vez contraria as tendências mais críticas e mantém o entusiasmo em relação às agências independentes. Ele reconhece que a questão do controle é mais um problema colocado pela delegação. A instituição das agências viola o princípio de que as políticas públicas devem ser objeto de controle de pessoas que prestem contas ao eleitorado, e não por instituições não majoritárias, que pelo seu próprio desenho não são controláveis nem por eleitores, nem pelos políticos eleitos.¹²

Esse autor sugere o desenvolvimento de um conceito de *accountability* consistente com o princípio democrático e que não negue na prática a lógica das instituições majoritárias. Sua sugestão é dividir o problema em duas partes: primeiro, definindo o tipo de questão que pode ser legitimamente delegada para especialistas independentes, segundo definindo qual mecanismo de *accountability* indireto pode ser reforçado.

Segundo o autor, a delegação é legítima nos casos de questões de eficiência, isto é, para tarefas que buscam encontrar soluções capazes

12. O autor cita como exemplo de instituições dessa natureza alguns bancos centrais, corpos supranacionais da Comissão Europeia e outros como OMC.

de melhorar as condições de todos ou quase todos os indivíduos e grupos sociais. Por outro lado, as políticas redistributivas em especial, que tem por objetivo melhorar as condições de um grupo à custa de outro, não devem ser delegadas a agências independentes. Já quanto à tendência em afirmar que *accountability* e agências independentes são mutuamente exclusivas, Majone atribui a afirmação à tradicional visão hierárquica de que controles são completamente inapropriados para atividades altamente técnicas e discricionárias, como aquelas delegadas às agências.

Para Majone (1996), um conceito mais apropriado deve contemplar uma rede de complementaridades e mecanismos de supervisão, assumindo que controle necessariamente é para ser exercido de qualquer lugar no sistema político. Isso significa que agências devem ser monitoradas e mantidas democraticamente *accountables* apenas pela combinação de instrumentos de controle, objetivos claros e rigorosamente definidos, *accountability* por resultados, exigência de procedimentos precisos, profissionalismo, transparência, participação pública e até mesmo rivalidade entre as agências. A supervisão dos Poderes Legislativo e Executivo está obviamente incluída, no entanto, o autor adverte que qualquer tentativa de estabelecer administração paralela à da agência deve ser resistida.

Nota-se nesse estudo que, embora Majone (1996) defenda a adoção de mecanismos de *accountability*, estes não são claramente apontados. O próprio autor reconhece que não está muito claro como o *accountability* deve ser reforçado se não está claro também de quem deve ser cobrada a responsabilidade pelas decisões, se dos administradores públicos, se dos governos. Além disso, o autor revela-se cético quanto à capacidade do parlamento para controlar agências. Em sua análise sobre o surgimento das agências nas Europa, Majone afirma que o controle via parlamento sempre foi mítico, pois o parlamento não tem nem tempo, nem *expertise*, nem informação necessária para supervisionar grandes empresas industriais.

Visando a esclarecer sobre os possíveis sistemas de controle a serem adotados em um sistema regulatório, Lodge (2004) aponta algumas saídas em sua análise corroborando o argumento de Hood (1983), para quem *accountability* é inerente a qualquer sistema de controle e, um regime regulatório, sendo um sistema de controle, não poderia prescindir do

seu. Como qualquer sistema de controle, também a atividade regulatória requer no mínimo três elementos centrais: detectores – para obtenção de informações –, ativadores – para modificações de comportamento – e um mecanismo de fixação de normas. Lodge considera que esses três elementos são interessantes na medida em que estabelecem cinco dimensões cruciais que devem ser consideradas em qualquer discussão sobre *accountability* e transparência. São elas:

1. *Accountability* e transparência dos processos decisórios envolvidos na fixação das regras e normas.
2. Transparências das regras as serem seguidas.
3. *Accountability* e transparência das atividades dos atores regulados.
4. *Accountability* e transparência dos reguladores.
5. *Accountability* e transparência dos processos de avaliação.

A perspectiva de análise de Lodge amplia a discussão sobre as responsabilidades na regulação, indo além da ênfase tradicional atribuída à tomada de decisão. Essa visão tradicional frequentemente negligencia as responsabilidades de cada um. Por essa razão, o estudo de Lodge é particularmente importante, pois ele considera a ampliação dos controles de forma difusa e não apenas sobre as ações do Estado, ainda que elas tenham sido reduzidas com as privatizações. A análise proposta por Lodge, ao contrário, expande a prestação de contas e as responsabilidades para variedade de relações multidimensionais que podem ocorrer em um sistema regulatório.

Para ilustrar a melhor maneira de como estabelecer mecanismos apropriados para a prestação de contas e a transparência dos vários atores presentes no universo regulatório e esclarecer como um regime regulatório pode manter-se *accountable* em suas cinco dimensões, Lodge apresenta tabela básica que chamou de “caixa de ferramentas”, na qual classifica quatro instrumentos por meio dos quais *accountability* e transparência podem ser discutidos.

Quadro 2. Ferramentas de transparência

ORIENTAÇÃO DE FERRAMENTAS	ATIVIZAÇÃO DE FERRAMENTAS	
	Individual	Coletivo
Orientada para demandas	Voz (expressão)	Representação
Orientada para resultados	Escolha	Informação

Fonte: Lodge (2004).

A tabela ou a “caixa de ferramentas”, na verdade classifica quatro mecanismos básicos que potencialmente fortalecem a transparência e o *accountability*. Inicialmente, ela se divide em duas dimensões: primeiro, aquelas ferramentas que são individualmente exercidas ou coletivamente estipuladas; segundo, elas distinguem entre ferramentas orientadas por *inputs*, cujo objetivo é fortalecer a qualidade do processo decisório e do provimento dos serviços regulados, e ferramentas orientadas por *output*, que facilitam a avaliação dos resultados da regulação e dos serviços regulados.

A informação e a representação destinam-se a tornar a regulação, e conseqüentemente o provimento dos serviços, transparente aos usuários e demais atores envolvidos, enquanto voz e escolha são instrumentos disponibilizados aos indivíduos para o uso discricionário deles. A voz busca possibilitar a participação dos usuários dos serviços regulados, permitindo-lhes expressar suas demandas. A representação busca ainda conter os desequilíbrios na ação coletiva, fortalecendo a defesa de grupos de interesse no processo decisório. A escolha tem como foco fortalecer a seleção, enquanto a informação busca corrigir a assimetria de informação potencial, com isso fortalecendo a qualidade da escolha.

Lodge, contudo, admite que a “caixa de ferramentas” em si oferece pouca informação sobre como fixar ou fortalecer mecanismos de *accountability* e transparência nos regimes regulatórios. Para tanto, o autor recorre a doutrinas da administração pública que poderiam direcionar princípios ou ideias sobre o que deve ser feito na administração nesse sentido. As doutrinas citadas

– Fiduciary Trusteeship, Consumer Sovereignty, Citizen Empowerment – diferenciam-se amplamente pelos mecanismos a que recorrem e pela ênfase atribuída a instituições públicas, responsabilidade dos atores envolvidos, procedimentos administrativos utilizados, conforme mostra o quadro 3.

De acordo com a doutrina administrativa denominada Fiduciary Trusteeship, a regulação deve ser exercida em ordem legalmente estruturada, de modo a minimizar a ação discricionária e reduzir o grau de arbitrariedade no processo decisório. Nesse caso, *accountability* é conduzido via supervisão e revisão das autoridades e especialistas responsáveis. Em termos de transparência, essa doutrina enfatiza a importância da representação, por meio de comissão de técnicos especialistas e políticos eleitos, e o uso limitado da ferramenta voz por parte dos indivíduos, por meio dos seus representantes eleitos.

Consumer Sovereignty, ao contrário, considera os cidadãos os melhores juízes de suas próprias necessidades e isso pode ser observado na medida em que lhes é permitido fazer suas escolhas em ambiente competitivo. Desse modo, o significado da competição é enfatizado, permitindo ao indivíduo utilizar-se da vantagem das escolhas voluntárias sobre o consumo de qualquer bem particular. O autointeresse do provedor de bens regulados também é considerado, na medida em que cabe a ele ofertar o maior número de informações sobre o seu produto, pois disso depende sua reputação. Ser *accountable* e transparente em sua atividade aumenta suas chances de sobrevivência.

Quadro 3. *Accountability* e transparência nos regimes regulatórios

	FIDUCIARY TRUSTEESHIP	CONSUMER SOVEREIGNTY	CITIZEN EEMPOWERMENT
Processo decisório voltado para a fixação de normas	Legislativo e processo decisório tecnocrático	Competição entre um conjunto de regras e escolha individual	Retórica da inclusão de distintos pontos de vista
Transparência das regras a serem seguidas	Padrões profissionais e legalidade	Obrigações contratuais e leis de competição	Publicidade das normas e acesso às regras procedimentais
<i>Accountability</i> e transparência das atividades reguladas	Supervisão por meio do controle dos especialistas, competição política, representação dos consumidores	Competição e critérios definidos, revelação das informações exigidas, foco no indivíduo	Supervisão por meio das leis de participação
<i>Accountability</i> e transparência dos controles sobre as atividades reguladas	Informação das responsabilidades e legalismo	Competição entre normas e entre agências, mecanismos de escolha, revelação de informações e correção legal	Envolvimento, supervisão de mandato, envolvimento de grupos de interesse
<i>Accountability</i> e transparência na avaliação dos processos	Revisão por especialistas (comissões e força tarefa)	Evolução da ordem competitiva, ajuste mútuo por meio dos processos de descoberta	Participação imediata, inclusão de bases afetadas

Fonte: Lodge (2004).

Finalmente, Citizen Empowerment encoraja a participação heterogênea de grupos e indivíduos mais diretamente no processo decisório como a forma legítima de controle público. Nesse caso, a elaboração das normas regulatórias deve ser acompanhada de perto e leis favorecendo esta participação são requeridas. Essa doutrina, embora não mencione diretamente, está estreitamente vinculada ao conceito de *societal accountability*, que surge em oposição à crença na eficiência de mecanismos de *accountability* vertical,

como eleições, agregando ao *accountability* valores presentes em conceitos como esfera pública, participação e sociedade civil.¹³

O estudo de Lodge sugere avanços importantes da literatura. Tem-se que a atribuição de responsabilidades e controles não se restringe a esfera estatal, os atores não-estatais que operam no ambiente regulatório podem e devem estar submetidos a um processo de controle e prestação de contas ao público, o que em última análise rompe com a visão mítica da atuação neutra do mercado. Além disso, o autor sustenta que o desafio está em desenvolver ação coordenada entre os atores e realizar a supervisão. Adiciona-se o fato de que, para o autor, *accountability* e transparência não são apenas benefícios os quais se busca obter mais. A maneira como tais instrumentos são designados afeta fundamentalmente o modo como o poder é alocado e negociado em qualquer regime regulatório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste estudo foi apresentar os fundamentos teóricos da atividade regulatória na qual se baseia toda a antítese moderna, ou seja, a retórica adotada pelos governistas na condução do processo de Reforma do Estado. A teoria regulatória em questão é em grande medida identificada com abordagem de análise liberal. O cunho antiestatal dessa teoria torna-se evidente quando estão em questão as atribuições do Estado e o alcance do seu poder. Desse modo, sua adoção na política dos anos 1990 reforça a hipótese de que a Reforma do Estado, expressão da política desse período, ocorreu com a anuência e a identificação com os paradigmas neoliberais, muito embora os governantes e ideólogos desse período quase sempre o neguem.

Nota-se que tanto ao longo do período em que predominou a regulação de serviços por meio da propriedade pública de empresas estatais na Europa e na América Latina, quanto recentemente, com a regulação via agências independentes, é observável a existência de vícios administrativos e riscos políticos dos quais nem sempre se pode escapar. A proteção do interesse

13. Ver Cruz (2006).

público atualmente requer tanto ou mais empenho para neutralizar os interesses de grupos privados. Após a análise dos fundamentos e princípios dos mecanismos institucionais disponíveis, ao que parece, há mais desafios do que garantias de atuação eficiente dos agentes públicos e privados.

Com base em todos os fatores apontados pelos autores aqui destacados, pode-se afirmar que são três os pilares sobre os quais se fundamentou teoricamente a criação das agências reguladoras autônomas: delegação, credibilidade e especialização dos agentes. Adicionam-se a esses fatores motivadores da criação das agências autônomas as falhas de governo, reveladas pela corrente de viés econômico para o qual a incapacidade dos agentes governamentais de dar conta de toda a complexidade administrativa e regulatória exigiria nova ordem institucional.

Porém, neste estudo, todos esses fatores que constituiriam a motivação básica para a criação das agências reguladoras são observados criticamente. Além de notar desconfiança exagerada das instituições públicas tradicionais, a solução proposta parece não corresponder na prática à sua elaboração teórica. Curiosamente, apesar de vir acompanhada de retórica de modernização das instituições, a elaboração do desenho institucional das agências reguladoras é ele próprio recheado de elementos administrativos ultrapassados e mesmo incompatíveis com ambiente administrativo democrático, como o insulamento burocrático e a precariedade dos mecanismos de controle público, que na realidade são mais propagados do que verificados empiricamente.

Ao que parece, a elaboração teórica sobre o funcionamento das agências reguladoras baseada em credibilidade é toda ela voltada para atrair o mercado, ou seja, investidores e acionistas, cujos recursos são indiscutivelmente imprescindíveis para o desenvolvimento. No entanto, enquanto estrutura de governança, a face das agências revela-se exageradamente voltada para este segmento, enfraquecendo o papel político a ser desempenhado por esses núcleos burocráticos.

Os estudos aqui apresentados são notáveis e trazem em comum o reconhecimento do começo do século como a era do Estado Regulador. Assim como ao longo do período pós-guerra observamos a construção (1950-1970) e o desmantelamento do Estado de Bem-estar e do Estado Desenvolvimentista (1980-2000), atualmente vemos a difusão e a institucionalização de novas

estruturas de governança com contornos bem definidos que, no entanto, ainda produzem resultados controversos. Alguns desses estudos adquiriram grande relevância, mas merecem análise crítica, pois ignoram parte do papel das instituições. Outros estudos devem seguir esclarecendo e questionando a difusão das novas estruturas como modo de desafiar as análises dominantes de economia política sobre o Estado Regulador.

A análise das motivações para a criação das agências reguladoras parece ignorar que tais agências regulam o provimento de bens e serviços públicos de primeira necessidade, daí a razão pela qual a subserviência em relação ao mercado requer revisão. Considerar qualquer movimentação pouco maior do Estado uma intervenção sempre nociva e perigosa à “boa regulação” é não apenas avaliação ideologicamente exagerada, mas também canonização do mercado, cujas falhas não são menos conhecidas.

Do mesmo modo, o estudo observa criticamente as razões contidas por trás da crescente delegação de poderes às agências reguladoras. De acordo com os teóricos analisados, a delegação de poderes para agências autônomas deve-se em grande medida a autoridade e confiabilidade atribuída a tais agências, o que em primeira instância favorece a atração de investimentos. Contudo, viu-se também que a delegação pode simplesmente ocultar outras razões dos políticos e decisores como determinados custos de decisão ou responsabilidades indesejadas, o que, aliás, é comportamento comum e típico da dinâmica de formulação e implementação das políticas públicas.

Assim, se a função das agências reguladoras é dar credibilidade às políticas governamentais, deve-se ter com clareza que essa mesma delegação também insula as políticas. Quando isso ocorre, os políticos estão na verdade trancando tais políticas e tentando perpetuá-las por quanto tempo for possível. Por outro lado, o processo democrático implica que as políticas possam ser alteradas ou suprimidas pelo novo partido ou coalizão no poder. Se isso, por um lado, caracteriza incerteza política para o mercado, por outro lado, caracteriza alternância de poder e, conseqüentemente, incorporação de novos interesses à arena política.

Ainda que as ramificações teóricas do neoinstitucionalismo tenham sido apresentadas aqui como pouco satisfatórias para explicar todas as razões que fomentaram a criação e depois a difusão das agências reguladoras

do ponto de vista teórico, considera-se que elas trazem contribuição válida ao apresentar-nos conjunto de argumentos que, em certa medida, se conformam aos argumentos anteriores e reforçam a construção hipotética do estudo em questão, na qual agências reguladoras são instituições exógenas, importadas e sem conexões com as demais instituições locais, na maioria dos casos. Sua natureza excêntrica tende a chocar-se em primeiro momento com as instituições locais e, em seguida, incorporam-se a elas, ocasionando, por sua vez, diferenciado arranjo institucional, cujo desempenho suscita muitas controvérsias.

Finalmente, este estudo sustenta que se a delegação de poderes às agências reguladoras autônomas ao mesmo tempo em que soluciona o problema do comprometimento com a credibilidade cria outro desafio. O princípio básico da teoria democrática é que as políticas públicas devem ser objetos de controle exclusivo daqueles que estão sujeitos ao *accountability* eleitoral. O desenho institucional das agências reguladoras viola esse princípio, permitindo que tecnocratas que conduzem tais agências concentrem todo o poder.

Como tornar o exercício desse poder democraticamente controlado? Essa deveria ser a questão em voga. Todavia, ao menos pelo lado de certos governos nacionais – reformistas ou não –, além de não haver movimento efetivo no sentido de promover a transparência do processo decisório das agências, na prática opera outra preocupação: preservá-las tal como são e assegurar, a todo custo, o seu controle. Já pelo lado da sociedade observa-se crescente movimento questionando o insulamento como mecanismo para assegurar a eficiência e buscando a introdução de mecanismos que não permitam que o controle social se restrinja a *accountability* de resultados.

Definitivamente, agências reguladoras independentes e *accountability* e transparência estão teoricamente em caminhos opostos. Isso não significa, no entanto, que esse quadro não possa ser modificado, mas diversas barreiras terão de ser suplantadas. Quando analisamos o desenho institucional das agências reguladoras, notamos que em sua própria estrutura estão presentes elementos contrários ao controle amplo e irrestrito, como é o caso da delegação usada com fins de insulamento burocrático. Nesse caso, é possível que uma reforma seja insuficiente, pois a inflexibilidade das agências está entre suas características estruturais.

Ante o exposto, essa análise conclui que o que propõem os reformadores, com base em todas as teses sobre reforma regulatória, bem como a defesa de seus méritos é, em grande medida, fruto da interpretação que esse grupo tem da política propriamente. Embora discordem e possam negar veementemente, os governos reformadores que levam a cabo a reforma regulatória dos anos 1980 e 1990 na Europa e na América Latina possuem a mesma fonte ideológica – o liberalismo –, a partir do qual se explica a crença inabalável no desempenho do mercado. Além disso, nota-se que esses atores veem a política não como disputa ou arena de conflitos de interesses, mas como busca por instituições ideais e regras para regulação da vida social.

REFERÊNCIAS

- BARZELAY, Michael. La nueva gerencia pública: un ensayo bibliográfico para estudiosos latinoamericanos (y otros). **Revista Del CLAD Reforma y Democracia**, n. 19, fev. 2001.
- CAMERON, David. The expansion of the public economy: a comparative analysis. **American Political Science Review**, v. 72, n. 4, 1978.
- CAMPOS, Ana Maria. *Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública**, n. 24, 1990.
- CRUZ, Verônica. O processo decisório no setor de telecomunicações: a Anatel e a escolha do padrão de TV Digital. Brasília, 2001. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília.
- _____. Monitoramento de políticas públicas e *societal accountability*: conceitos e práticas. Uma revisão da literatura internacional. In: **Reflection and action network of public policy and societal accountability**. Action Aid Brasil, 2006. No prelo.
- EVANS, Peter. **Embedded autonomy**: states and industrial transformation. Princeton: Princeton University Press, 1995.
- _____. The eclipse of the state? Reflections on stateness in an era of globalization. **World Politics**, v. 50, n. 1, oct. 1997.
- GEDDES, Barbara. **Politician's dilemma**: building state capacity in Latin America. California: University of California Press, 1994.
- GILARDI, Fabrizio. Institutional change in regulatory policies: regulating through independent agencies and the three new institutionalisms. In: JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David. The politics of regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance. **Northampton, MA: Edward Elgar, 2004**.
- HEBER, Florence; FISCHER, Tânia. Regulação do Estado e reforma nas telecomunicações. **Revista de Administração Pública**, v. 34, n. 5, sept.-oct. 2000.
- HOOD, C. **Tools of government**. London: Macmillan, 1983.

JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David. The politics of regulation in the age of governance. In: JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David. The politics of regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance. **Northampton, MA: Edward Elgar, 2004.**

LEVY, Brian; SPILLER, Pablo. Regulations. **Institutions and commitment: comparative studies of telecommunications.** Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

LIMA, Maria Regina Soares de; BOSCHI, Renato. O Executivo e a construção do Estado no Brasil: do desmonte da Era Vargas ao novo intervencionismo regulatório. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **Democracia e os três poderes no Brasil.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

LODGE, Martin. Accountability and transparency in regulation: critiques, doctrines and instruments. In: JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David. The politics of regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance. **Northampton, MA: Edward Elgar, 2004.**

MAJONE, G. From the positive to the regulatory state: causes consequences of changes in the mode of governance. **Journal of Public Policy**, v. 17, part 2, may-aug. 1997.

MAJONE, Giandomenico. **Regulating Europe.** London: Routledge, 1996.

MELO, Marcus André. **Política regulatória: uma revisão da literatura.** BIB, Rio de Janeiro, n. 50, 2000.

_____. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. **Revista Brasileira de Ciências Sociais – RBCS**, n. 46, 2002.

MORAN, Michael. The British regulatory state: high modernism and hiper-innovation. London: Oxford University Press, 2003.

GILARDI, Fabrizio. Evaluating independent regulators. In: OECD. **Proceedings from the OECD expert meeting on regulatory performance: ex post evaluation of regulatory policies.** 2003. (Document 15)

PEREIRA, C.; MUELLER, B. Credibility and the design of regulatory agencies in Brazil. In: SEMINAR COMPETITION AND REGULATION: THE ENERGY SECTOR IN BRAZIL AND THE UK/UE. Center of Brazilian Studies at the Oxford University, 2001.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional.** Brasília: Enap, 1998.

_____. Uma nova gestão para um novo Estado: liberal, social e republicano. **Revista do Serviço Público**, ano 52, n. 1, jun.-mar. 2001.

RODRIK, Dani. Why do more open economies have bigger governments. NBER, apr. 1996. (Working Paper n. 5.537)

SCHULTZE, C. L. The public use of private interest. Edition revised. Brookings Institution Press, 1977.

THATCHER, Mark. Concurrence ou complémentarité? À propos de la délégation des pouvoirs. **Revue Française d'Administration Publiques**, n. 109, 2004.

VOGEL, Steven K. **Free markets, more rules: regulatory reform in advanced industrial countries.** Ithaca: Cornell University Press, 1996.

Capítulo 3

Princípios de regulação econômica

Ronaldo Seroa da Motta

INTRODUÇÃO

As inversões públicas em projetos de infraestrutura, principalmente nos países em desenvolvimento, foram sempre justificadas pela baixa taxa de poupança da economia, o que exigiria então investimentos com gastos governamentais financiados via poupança compulsória, isto é, via tributação ou pela poupança externa.

Não raramente, a presença de capital estrangeiro era repudiada, reduzindo, assim, o alcance dessa opção, e a poupança externa realizava-se muitas vezes, principalmente em momentos de alta liquidez internacional, via empréstimos soberanos. Mesmo em condições mais favoráveis, o capital estrangeiro não se aventurava nesses investimentos, exceto pelas *joint ventures* em empresas de economia mista que eram, até então, as formas existentes de parceria público-privada.

Em países onde não houve disciplina fiscal, tal modelo acabou esgotando a própria capacidade da economia para elevar seu nível de poupança, uma vez que a dívida pública ficou atada ao fluxo de comprometimentos das inversões realizadas e ao seu baixo desempenho financeiro causado pela má gestão ou populismo tarifário.

Esgotado o modelo de inversões públicas, muitos países iniciaram reformas econômicas com base na privatização ou nas concessões privadas. Mas o capital privado não respondeu, na maioria das vezes, de forma significativa nos serviços de infraestrutura. Com investimentos de longo prazo e altos custos afundados, os investidores percebiam que as restrições

fiscais dessas economias resultariam em alta volatilidade da demanda, impedindo crescimento não sustentado e, assim, colocando alto risco ao retorno do empreendimento.

Adicionalmente, vários países não conseguiram desenvolver ambiente regulatório crível – seja setorial normativo, ambiental, seja judiciário – que reduzisse o risco de expropriação com exigências de tarifas subsidiadas sem a respectiva fonte de financiamento.

Dessa forma, tais atividades exigem marco regulatório que crie mecanismos que, indiretamente, gerem incentivos à eficiência por meio de política tarifária que considere não só o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, mas também inclua penalizações e prêmios para decréscimo ou aumento de produtividade e sua repartição com os usuários. Assim, os benefícios do monopólio – por exemplo, as economias de escala – seriam também desfrutados pelos seus usuários com maior quantidade e qualidade dos serviços e modicidade nas tarifas.

A necessidade de marco regulatório não é só para proteger o usuário do serviço de concessão. Regulação significa assegurar também a estabilidade das regras de operação de mercado para o concessionário desse direito monopolista. Essa estabilidade significa governança regulatória com autonomia e sem ingerência política ou corporativa, que faça valer tanto as obrigações como os direitos dos operadores dos serviços concessionados.

A necessidade da regulação econômica diminui à medida que aumenta a concorrência no setor regulado. Na cadeia produtiva de certos serviços públicos, há segmentos mais competitivos atuando com típicos monopólios naturais, dependendo em cada setor da combinação de condicionantes econômicos e tecnológicos. Distribuição de energia e água, por exemplo, que depende de redes com alto custo afundado, geralmente continua monopólio natural. Já a produção de energia e a de água pode atuar em ambiente mais competitivo com vários ofertantes. Na aviação civil, por outro lado, os serviços aéreos tornam-se mais dinâmicos em regime competitivo, enquanto os investimentos em aeroportos, considerando seus custos afundados, podem requerer certa exclusividade de demanda.

Quando economias de rede, geradas em plataformas de infraestrutura que se conectam, são impedidas por ações privadas, a regulação pode

promover mais concorrência com o acesso de firmas entrantes a estruturas produtivas das firmas incumbentes – *unbludging*. A forma mais comum é a criação de condições de acesso à rede da operadora incumbente. Dessa forma, concorrentes por meio de uma tarifa de acesso podem partilhar a capacidade ociosa da rede e competir na oferta dos serviços sem necessidade de duplicar a rede com aumento da capacidade ociosa.

Mercados monopolistas ou com uso compartilhado de estruturas produtivas exigem marco regulatório criador de mecanismos que indiretamente gerem incentivos à eficiência, por meio de política tarifária que considere não só o equilíbrio econômico-financeiro das operadoras, mas também inclua penalizações e prêmios para aumentos de produtividade e sua repartição com os usuários.

Uma regulação que vise ao bem-estar da sociedade não deve distinguir prestação direta ou indireta, pública ou privada. Deve, sim, garantir o respeito aos contratos e o uso adequado dos incentivos à eficiência – inclusive os de escala ótima –, à expansão dos serviços – inclusive as metas – e à modicidade tarifária – inclusive as formas de subsídios –, seja lá qual for a forma de prestação dos serviços.

As questões relevantes na construção dos instrumentos regulatórios já são bem conhecidas, a saber: eficiência produtiva, custos afundados, subsídios cruzados, verticalização, alocação de risco, gestão privada, critérios de acesso, estruturas de governança, critérios de entrada e saída e sistema tarifário. Embora essas questões requeiram processo de adequação a cada setor, suas bases teóricas e conceituais são imutáveis. As seções seguintes irão discutir e analisar cada uma delas. Ao fim, à luz desses conceitos, será feita breve análise da recente proposta de legislação das agências reguladoras.

EFICIÊNCIA PRODUTIVA

Preços devem reproduzir a verdadeira escassez – isto é, custos econômicos de produção que incluem externalidades – do bem ou serviço para que seu uso reflita o seu custo econômico de oportunidade. No curto prazo, os ofertantes estariam dispostos a receber qualquer preço acima do

custo da última unidade produzida – custo marginal. Isso porque qualquer excedente, por menor que seja, abate os custos de investimentos. Caso não o façam, um concorrente o fará.

No agregado, o preço de equilíbrio seria igual ao custo marginal da última unidade vendida. Como os custos marginais agregados de todas as empresas de um mercado crescem com a quantidade demandada, seja porque há rendimentos decrescentes à escala, seja porque as empresas têm custos distintos, todas as unidades vendidas geram excedentes acima dos custos que são chamados de lucros normais – ou quase-renda – e serão a parte da receita que financiará os custos das inversões. Esses preços de equilíbrio variam à medida que os custos de produção variam, seja por melhoria de gestão, seja por mudanças tecnológicas, seja por variação de custos e tributos.

Se no longo prazo esses preços de equilíbrio não gerarem excedente suficiente para financiar os custos dos investimentos de certa empresa, ela poderá ficar insolvente ou restringir sua capacidade de produção.

É com base nos preços que os agentes econômicos tomam suas decisões quanto à quantidade a ser produzida. Preço é, assim, o critério alocativo automático do mercado. Bens e serviços mais escassos custarão mais e serão usados somente em atividades que obtenham receitas suficientes para pagar os preços de mercado.

Alocando-se bens e serviços escassos aumenta-se a eficiência alocativa da economia, porque a utilização desses bens e serviços ocorrerá nas atividades que geram mais renda e, portanto, com maior capacidade de manter emprego e investimentos. No entanto, as atividades que usam os recursos podem não estar adotando a forma tecnicamente mais eficiente de produção, ou seja, tecnologias menos eficientes. Em alguns casos, essa ineficiência técnica é causada pela escala subótima da produção que, se fosse maior, reduziria os custos médios por meio de economias de escala. Atividades em que a escala ótima de produção é muito significativa e acima da demanda resultam em monopólios naturais.

Mas preços divergem do custo marginal quando no mercado há empresas com poder de mercado que inibe a concorrência, de forma que esses ofertantes podem impor preços acima do custo marginal com estratégias oligopolistas por meio de fusões ou por condutas anticompetitivas, em particular, as

de conluio tácito ou coordenado – cartéis. Por isso, nas economias de mercado existem marcos regulatórios de defesa de concorrência que avaliam fusões ampliadoras desse poder de mercado e restringem condutas anticompetitivas.¹

Os serviços de infraestrutura caracterizam-se por investimentos indivisíveis de larga escala e de longa maturação. Ou seja, investimentos com custos afundados – *sunk costs* – e com economias de escala, de escopo e de rede – custos declinantes com o nível de operação e associação de serviços – que justificariam a presença de uma única ou poucas operadoras em determinado mercado. Da mesma forma, há necessidade de marco regulatório que discipline esse poder monopolista.

CUSTOS AFUNDADOS

Custos afundados são aqueles irreversíveis ou de valor residual nulo devido ao alto custo de reaproveitamento ou porque certos ativos só apresentariam valor de troca no próprio setor e, portanto, em situação recessiva do setor tenderiam a valer muito pouco, na medida em que não encontrariam compradores. Alguns setores têm altos custos fixos, tais como imóveis, material de informática, veículos etc., mas que são economicamente aproveitáveis e reversíveis de uma atividade para outra. Incerteza, seja por riscos de mercado, seja de governo, em atividades com altos custos afundados,² é uma razão de assimetria de risco e, portanto, gera mais perdas elevadas nos choques negativos do que ganhos nos choques positivos, ou seja, uma correlação negativa com nível de investimento com uma correlação positiva com o custo de capital. Assim, os investidores teriam valor de opção

1. No caso do Brasil, esse marco está apresentado na Lei nº 8.884/1994, que está atualmente sendo revista no Congresso Nacional. Ver Fiúza e Seroa da Motta (2006) para ampla resenha de questões teóricas e metodológicas nesta área de antitruste.

2. Vale mencionar aqui que custos afundados são aqueles irreversíveis ou de valor residual nulo. Uma razão pode ser o alto custo de reaproveitamento, como, por exemplo, tubulações enterradas. Outra razão seria porque certos ativos só apresentariam valor de troca no próprio setor e, portanto, em situação recessiva do setor, tenderiam a valer muito pouco na medida em que não encontrariam compradores. Alguns setores têm altos custos fixos, tais como imóveis, material de informática, veículos etc., mas que são economicamente aproveitáveis e reversíveis de uma atividade para outra.

para postergarem suas inversões para momentos de menor incerteza. Já nos setores competitivos de baixo custo afundado, ao contrário, os ganhos na expansão econômica seriam maiores que as perdas na recessão que induziriam assim a um investimento excessivo para capturar tais ganhos quando estes surgissem.

SUBSÍDIO CRUZADO

Subsídio cruzado discrimina preços entre usuários. Essa discriminação tanto pode ser para maximizar a eficiência do sistema de preços como para atingir objetivos distributivos. No primeiro, a discriminação de preços visa a reduzir a perda de eficiência e, no segundo, o subsídio protege um grupo de usuários.

PREÇOS PÚBLICOS EFICIENTES

Conforme já discutido, preço igual ao custo marginal de operação é a condição de equilíbrio de todos os mercados competitivos. Em razão dos custos afundados e da alta magnitude das escalas ótimas nas concessões monopolistas de infraestrutura, os serviços podem ser precificados ao custo marginal de provisão somente até certo ponto, pois, acima da escala de produção, ocorrerá “congestionamento” que resultará em racionamento. Logo, há de se incorporar aos preços a parcela relativa à expansão dos serviços, de forma que seja viável a operação e permita sua ampliação.

Dessa forma, o operador poderia solicitar a cada usuário o custo médio dado pela divisão entre custo total e quantidade consumida, mas não o faz porque sabe que estes irão desviar de forma diferenciada a demanda à medida que o preço sobe. Logo, o monopolista procuraria atuar na parte mais inelástica da curva de demanda do usuário ou do tipo de uso, pois essas reduções de demanda são proporcionalmente menores que aumentos de preços e daí não se observam quedas na receita marginal do monopolista. Ou seja, as elasticidades balizam os níveis de cruzamento de subsídios entre usos.

Sendo uma concessão que não maximiza receita, e sim a recuperação de seus custos, os preços deveriam maximizar o bem-estar gerado pelo consumo, dada a restrição de que a receita marginal deve-se igualar às necessidades de financiamento de provisão e expansão. Para tal, a literatura econômica mostra que preços devem ser discriminados entre os usuários de forma a minimizar os impactos dos preços na redução de demanda e com isso manter o equilíbrio econômico-financeiro da operação. Essa tem sido a regra básica de precificação de bens públicos, ou regra de Ramsey,³ quando estes não são financiados diretamente pelo Tesouro. Esse critério se aplicaria a qualquer serviço monopolista.

No caso de um monopolista público que não maximiza receita, e sim a recuperação de seus custos, tal como se espera em uma concessão de irrigação, os preços deveriam maximizar o bem-estar gerado pelo consumo de água, dada a restrição de que a receita deve-se igualar às necessidades de financiamento de provisão e expansão dos serviços. Esses preços são iguais ao custo marginal de provisão e expansão mais uma parcela diferenciada por usuário, que é proporcional ao inverso da elasticidade de demanda de cada usuário. Assim, usuários com demanda menos elástica pagariam mais que aqueles com demanda mais elástica. A intuição dessa regra é (i) de não arrecadar mais do que o necessário para recuperar custos e (ii) que os usuários mais elásticos, com menor produtividade marginal⁴ ou menor disposição a pagar, exigiriam preços menores porque tenderiam a desviar mais sua demanda diante de variações positivas de preços.

Na prática, os reguladores determinam referência de custos a serem recuperados e tarifa média que recupere esses custos de acordo com previsão de demanda e os subsídios sociais que a legislação exige. Diferenciação de preços

3. Derivada inicialmente por Frank Ramsey, em 1927. Dessa forma, as demandas inelásticas financiam as demandas elásticas, uma vez que estas últimas geram maiores ganhos de excedente econômico. Uma expressão desses preços (t) é que uma parcela diferenciada ($t - Cmg/t$) por usuário cobrada acima do custo marginal (Cmg) para financiar o custo de expansão seria diretamente proporcional a β , que captura a utilidade marginal da renda – o valor de uma unidade monetária adicional – e inversamente proporcional a elasticidade de demanda de cada usuário i (ei) da seguinte forma: $t - Cmg/t = \beta/ ei$.

4. Produtividade marginal é quanto o lucro da atividade econômica varia com uma unidade adicional de água, mantidos os outros insumos e fatores constantes. Matematicamente, é a derivada parcial da função lucro em relação ao insumo água. O empreendedor estaria assim disposto a pagar no máximo o valor dessa produtividade.

é também muitas vezes restringida para evitar que o poder do monopolista venha a ser utilizado para facilitar condutas anticompetitivas. Dessa forma, é muito comum nos serviços concessionados – telefonia, energia elétrica etc. – a discriminação entre categorias de usuários, como, por exemplo, residenciais e não-residenciais, diferenciadas por períodos – sazonais – ou por escala, que apresentam elasticidades bastante distintas e baixos efeitos competitivos. Nesses casos, os operadores escolhem a diferenciação entre as tarifas de acordo com esses subsídios e com estimativas grosseiras das elasticidades de demanda que eles observam e que são calibradas em relação aos resultados observados de receita.

PREÇOS DISTRIBUTIVOS

Preços mais baixos para certos grupos de usuários de serviços de infraestrutura são amplamente utilizados no Brasil e no mundo, a despeito das distorções na eficiência de alocação dos serviços entre usuários. Sua vantagem, apregoa-se, seria a de gerar recursos dentro do próprio sistema. Sua justificativa, todavia, do ponto de vista social, deveria ser amparar as famílias de menor nível de renda na garantia a um mínimo consumo de serviços de água e esgoto. Mesmo do ponto de vista de eficiência, essa garantia aos mais necessitados se justificaria na medida em que a falta desses serviços gera impactos – externalidades – negativos na saúde e no meio ambiente.

Esse subsídio cruzado deve então ser focado. Se o objetivo for realmente garantir o uso para os mais pobres, há de se garantir subsídios somente a estes. Uma forma de fazê-lo é com subsídios diretos aos mais necessitados, como em um programa social. Por exemplo, uma remuneração à operadora por um consumo mínimo servido a esses usuários. Note que tal forma de subsídio não só é mais justa e focada, mas também permite a viabilidade econômica dos serviços que atingem os mais pobres. Com esse subsídio, a falta de capacidade de pagamento do usuário deixa de ser problema para seu acesso ao sistema, reduzindo a inadimplência, e não inviabiliza a operação como um todo.

Todavia, caso se deseje manter a arrecadação do nível de geração de receita, o uso de subsídios distributivos a certos usuários implicará (i) aumentos de tarifa para os outros usuários e/ou (ii) transferência de recursos públicos e, daí, maior esforço fiscal para compensar essa receita renunciada.

VERTICALIZAÇÃO

A coordenação das atividades entre empresas que atuam em segmentos diferentes da cadeia produtiva pode gerar incertezas que inviabilizam transações em mercados e geram a necessidade de contratos de longo prazo ou, mesmo, quando contratos não são suficientes para controlar o comportamento das firmas envolvidas, há fusão vertical entre firmas. Com isso, reduz-se o custo de transação dos negócios e, portanto, aumenta a eficiência produtiva. Ademais, quando existe poder de mercado a montante e a jusante da cadeia produtiva, a verticalização desses segmentos evita o duplo *mark up*, podendo, assim, reduzir o preço final. Em suma, formas de restrições ou fusões verticais tendem a aumentar a eficiência produtiva.

Todavia, no caso de mercados regulados em que existe poder monopolista na distribuição e segmento competitivo na produção, a verticalização tem sido coibida para evitar incentivo a práticas anticompetitivas.

ALOCAÇÃO DE RISCOS

Risco gera incerteza no fluxo de receitas e de custos de uma atividade econômica. A variação desses fluxos pode ser positiva ou negativa e pode também ser assimétrica, isto é, perdas no sinistro podem ser muito maiores que ganhos na não-ocorrência. Incerteza no retorno dos investimentos resulta em expectativa de taxa de remuneração do capital mais elevada e, portanto, eleva a contraprestação pública. A alocação eficiente de risco deve ser aquela que aloca o risco no agente econômico que controla o risco com menor custo. Esse custo será menor quanto menos incompleta for a informação a que o agente tem acesso para controlar o risco e, portanto, quanto menos exógena for ao agente. Mais ainda, o controle do risco é menos custoso quanto mais

simétricos forem as perdas e os ganhos resultantes da ocorrência do risco. Quando um agente assume um risco de outro agente cujo desempenho para controlar o risco ele não observa, cria-se o incentivo para que o agente livre do risco relaxe no controle e gera-se um risco moral que aumenta a probabilidade de ocorrência do risco.

GESTÃO PRIVADA

Uma das razões para as concessões privadas e parcerias público-privadas dos serviços de infraestrutura é a percepção de que a gestão privada é mais eficiente que a pública. A teoria econômica aponta que na gestão pública prevaleceria a ineficiência X, resultante do fraco incentivo existente pela falta de penalização à gestão improdutiva, uma vez que tanto lucros quanto perdas não são totalmente percebidos pelos gestores. Essa restrição de incentivo também estaria, todavia, presente em monopólios naturais em que o poder de mercado é garantido legalmente.

São inúmeros os estudos empíricos que analisam as diferenças entre desempenho⁵ público e privado e confirmam que a gestão privada é, sem dúvida, mais produtiva nos setores em que há concorrência, mas não em setores monopolizados em que a eficiência está mais condicionada aos incentivos de preços e metas do marco regulatório do que propriamente à natureza da gestão. Isto é, monopólios, sejam públicos, sejam privados, por falta de concorrência, também seriam pouco eficientes e quando ganhos de eficiência ocorressem não teriam incentivos para reparti-los com os consumidores.

Dessa forma, um monopólio natural terá o mesmo padrão de comportamento e, portanto, nesses casos, incentivos de preços e metas serão cruciais para que o desempenho do empreendimento se realize ao menor custo e a tarifas módicas. A existência de marco regulatório crível e transparente que crie incentivos para a eficiência do monopolista é condição necessária para que o empreendimento realmente atinja a sua meta econômica e social e, assim, há de se pensar nos incentivos que mitiguem essas ineficiências.

5. Ver, por exemplo, resenhas em Estache, Perelman, e Trujillo (2005) e Megginson e Setter (2001).

CRITÉRIOS DE ACESSO

À primeira vista, o pagamento que uma empresa deve fazer para ter acesso a uma rede de outra empresa poderia ser o custo marginal de operação da rede. Custo esse que deveria considerar tanto os custos operacionais como os custos de capital dos investimentos. Ou seja, a tarifa de acesso seria o custo operacional do acesso mais a atual margem de lucro da incumbente.⁶

Existe, todavia, uma controvérsia: se as tarifas de acesso deveriam ser calculadas com os custos dos investimentos realizados pela incumbente ou pelos custos atuais que as firmas entrantes teriam de realizar. Em um mercado tecnologicamente dinâmico, os custos de investimentos declinam e as incumbentes alegam que as tarifas de acesso não consideram, assim, o valor de opção que elas pagaram por entrarem mais cedo no mercado.⁷ Se esse valor de opção não for considerado, nenhuma incumbente fará expansão de rede. Por outro lado, se o preço do produto final for competitivo e não-diferenciado, tarifas com esse valor de opção não serão vantajosas para qualquer tentativa de entrada no mercado da incumbente.⁸ Dessa forma, tarifas de acesso irão de uma forma ou de outra resultar em transferências de renda que devem ser analisadas quanto aos *trade-offs* entre os benefícios em promover a concorrência e os custos de inibir a expansão das redes.

ESTRUTURAS DE GOVERNANÇA

A governança regulatória será tão mais efetiva quanto menor for a assimetria de informação entre o regulador e o regulado. Isto é, quanto mais informação o regulador tiver do tipo e do desempenho do regulado e

6. O chamado *Efficient Component Pricing Rule* – ECPR ou *Baumol-Willig Rule*, em que o preço eficiente seria igual ao custo marginal de provisão incorrido pela cessão da rede mais o custo de oportunidade em termos de lucro sacrificado da firma cedente ao dar acesso..

7. Há também considerações a respeito da ponderação de perdas de demanda da incumbente que foram anteriormente consideradas na época dos investimentos. Ver Valletti e Estache (1998) para uma resenha.

8. Como consequência, a concorrência acaba se dando em nichos de mercado em que a diferenciação do serviço permite discriminar o preço final.

quanto mais isenção o regulador tiver para aplicar os princípios e normas regulatórias. A necessidade de isenção requer autonomia de decisão para evitar a “captura” dos órgãos reguladores pelos interesses daqueles agentes que deveriam regular ou mesmo pelo próprio governo com ações oportunistas e imediatistas. A autonomia está centrada, sobretudo, nos mandatos dos diretores das agências e nas decisões colegiadas. Estudos técnicos que contemplem os impactos regulatórios das decisões e ampla discussão em consultas públicas incentivam o caráter técnico das decisões, estimulam a transparência e a prestação de contas sistemática à sociedade por parte dos dirigentes dos órgãos.

Monopólios naturais vão exigir mecanismos de controle tarifário e condições de saída de modo a se evitar prejuízo à continuidade da prestação do serviço. Entretanto, quanto maior a concorrência no setor, menor será a necessidade do regulador em obter informações e intervir, pois o próprio mercado impõe sanções aos operadores ineficientes via mecanismos de preço. Dessa forma, quanto mais competitivo for o setor, menor a intervenção do regulador no controle tarifário e mais concentrada fica nos incentivos à concorrência e nas questões de equidade. Logo, atua-se diretamente nas barreiras à entrada e à saída de agentes nos mercados que vão definir o grau de concorrência do setor. Em suma, a regulação econômica requer a arbitragem do mercado e, para tal, regras devem existir *a priori* em que essa atuação possa se pautar. Mais ainda, exige administração orçamentária autônoma, corpo técnico com especialização tecnológica e, senão principalmente, com excelência nas questões econômicas e jurídicas, além de quadro de funcionários permanente e estável.

CONDIÇÕES DE ENTRADA E SAÍDA

A condição de entrada no mercado por meio de processos licitatórios é de que a licitação do projeto se dê em ambiente competitivo e que o critério decisório seja pelo menor valor da prestação do serviço. Os editais de licitação devem ser claros quanto a metas e regras de ajustes das tarifas para que as ofertas na licitação não sejam enviesadas pela incerteza.

Os contratos de concessão devem também disciplinar a saída com critérios de precificação de ativos e créditos e mecanismos de substituição de operador, de modo a se evitar prejuízo à continuidade da prestação do serviço. Condições de entrada com exclusividade de demanda são importantes para recuperação dos custos afundados em monopólios naturais. Já em ambientes competitivos, o controle de saída pode ser instrumento de controle de conduta anticompetitiva ao impor período de permanência de concorrentes em certos mercados para evitar formas de predação.

SISTEMA TARIFÁRIO

Conforme já salientado, regulação que vise ao bem-estar deveria garantir o respeito aos contratos e o uso adequado dos incentivos à eficiência – inclusive os de escala ótima –, à expansão dos serviços – inclusive as metas – e à modicidade tarifária – inclusive as formas de subsídios.

O nível inicial de tarifação será definido em licitação, mecanismo pelo qual se criam incentivos para que a proposta vencedora seja aquela de menor tarifa e contraprestação pública para a qualidade e quantidade licitada. Os níveis tarifários acertados nas licitações terão, entretanto, de ser revistos periodicamente, visando ao equilíbrio econômico-financeiro dos serviços diante de mudanças de cenário econômico e tecnológico. De qualquer forma, nesse intervalo, há de se proceder a reajustes anuais para acompanhar as variações dos custos afetados pelos riscos analisados. Esses reajustes devem evitar o simples repasse de custo e incluir incentivos que estimulem a eficiência produtiva e a transferência de parte desses ganhos de eficiência para a redução das tarifas.

Seja qual for a configuração de governança escolhida, o que importa são os instrumentos regulatórios que irão garantir os benefícios dos monopólios naturais e, ao mesmo tempo, reduzir os seus riscos.

Duas questões tarifárias têm sido objeto de controvérsia nos marcos regulatórios no Brasil e no mundo, a saber: (i) mecanismos de revisão tarifária e (ii) tarifas de acesso.

A regra tarifária deve prever revisões periódicas para adequar o equilíbrio econômico-financeiro e reajustes anuais automáticos nos anos entre as revisões.

REAJUSTE TARIFÁRIO

Opção que já foi muito utilizada nos ajustes anuais entre os períodos de revisão é o simples repasse dos custos incorridos – taxa de retorno. Geralmente, esses reajustes são estimados com base na variação plena dos custos médios de operação e na manutenção de taxa média de retorno do capital previamente definida.

Uma forma alternativa, muito difundida atualmente nos setores regulados, é a de preço-teto – *price cap*. Nessa abordagem, é oferecida ao operador variação anual de reajuste automático com base em índices gerais de preços. Dessa variação anual é, contudo, subtraído percentual equivalente a um fator X de produtividade, definido antecipadamente pelo regulador, que deveria ser alcançado anualmente.⁹ Mas também é adicionado um fator Y, da mesma forma previamente definido, que estabelece regras de repasse aos custos exógenos ao operador – ou uma compensação pelo cumprimento antecipado de metas – e, assim, reproduz o sistema de repasse de custos. Periodicamente, em geral de cinco em cinco anos, o regulador revisa esses parâmetros e fatores dos preços-tetos por meio de estudos de consultoria e audiência pública.

A literatura sobre as experiências dessas abordagens é vasta.¹⁰ Uma das conclusões é a de que o sistema de taxa de retorno, além de estimular tecnologias intensivas em capital, não incentiva a modicidade tarifária e a eficiência técnica, já que os custos são plenamente repassáveis. Além disso, sua implementação requer que o regulador conheça a estrutura de custo dos regulados.

Por outro lado, o sistema de preço-teto assume a assimetria de informação entre regulador e regulados e, portanto, como não observa o empenho de

9. A mensuração da produtividade é tema bastante discutido na literatura, a exemplo de Estache, Perelman, e Trujillo (2005) e Seroa da Motta e Moreira (2006).

10. Ver Laffont (2005) para resenha teórica e empírica e Salgado e Seroa da Motta (2005, 2007 e 2008) para resenha do caso brasileiro.

eficiência do operador, propõe repartição dos ganhos de eficiência entre o operador e os usuários. Dessa forma, permite a modicidade tarifária ao exigir um fator X de produtividade e, ao mesmo tempo, cria forte incentivo à eficiência, porque todos os ganhos de redução de custos além do fator X ficam para o operador.

Muito embora, à primeira vista, o preço-teto seja mais simples, porque elimina a estimativa de aumento de custo, a literatura econômica também reconhece que ambos os sistemas têm complexidades de implementação equivalentes devido, exatamente, aos cálculos dos fatores X e Y.¹¹

REVISÕES TARIFÁRIAS

A baixa dinâmica tecnológica da concessão determina os intervalos de tempo nos quais se realizará a revisão tarifária, aprovada na licitação, de forma a garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos serviços e redesenhar os incentivos à eficiência e a repartição da renda monopolista.

Setores com alto dinamismo tecnológico deveriam ter prazos mais curtos, embora prazos curtos incentivem ofertas na licitação pouco realistas do ponto de vista financeiro, com a expectativa de que as revisões venham a corrigir os desvios em que foram intencionalmente incorridos. Dessa forma, tem-se adotado prazos não inferiores a cinco anos, dividindo, assim, o ônus das incertezas entre os parceiros públicos e privados, de forma a reduzir o risco moral.¹² Nesse intervalo, realizar-se-ão somente reajustes anuais de tarifas como acima discutido.

11. A forma teoricamente completa de preço-teto é mais complexa e propõe menu de fatores X e Y para o concessionário escolher aquele que for mais adequado ao seu perfil e, dessa forma, minimizar a extração de renda. Regulador tem de garantir equilíbrio econômico-financeiro – participação da firma – na receita R e, assim, oferecer o menu $R = a + (1-b)C$, em que a = preço teto; b = parâmetro de repasse de custos; C = custo realizado. Se o regulador impõe a = 0 e b = 0, a recuperação é de custo sem incentivo à eficiência. Se aplica o preço-teto, então b = 1 e a seria o custo eficiente estimado pelo regulador. Em menu de contratos lineares, o regulador oferece combinações de a e b ($da/db > 0$) e assim a firma releva seu tipo – de alto ou baixo custo –, ver Joskow (2005).

12. Risco moral significa que assimetria de informação permite que o risco seja distribuído entre agentes, favorecendo o agente que detém a informação privada. Caso típico no mercado, por exemplo, de seguros, em que o agente segurado sabe mais de seu risco que a empresa seguradora.

O processo de revisão geralmente é realizado com base em empreendimentos de referência considerados eficientes nos quais os custos são recalculados com base em análise técnica e pública. Com essa informação, procede-se à revisão das tarifas para o novo período de concessão.¹³

Não se trata, todavia, de recuperação ou compensação decorrentes de desvios dos reajustes anuais. Ao início de cada período de revisão, só se olha para a frente; excessos para baixo ou para cima nos reajustes anuais fazem parte da divisão de risco entre os parceiros. Por isso, o sistema assim desenhado incentiva a eficiência, pois operadores mais eficientes têm incentivos a se apropriar mais dos excessos e os menos eficientes recebem penalização caso não se tornem mais produtivos.

Esse sistema de incentivo quando tem sucesso deixa a impressão de que alguns operadores estão percebendo lucros excessivos e, portanto, parte desses lucros deve ser expropriada nos reajustes anuais. Todavia, note que o sistema de preço-teto faz justamente essa opção de deixar para o operador, durante o intervalo das revisões, parte da renda de aumento de produtividade para que ele, assim, tenha incentivo a adotar técnicas mais produtivas.

OS DESAFIOS DA REGULAÇÃO ECONÔMICA NO BRASIL

O Brasil iniciou seu processo de privatização e regulação há dez anos. Em que pesem as razões de cunho fiscal, havia claro objetivo de criar choque de investimentos e dinamismo nos setores monopolizados. Mas o processo evolutivo da regulação no Brasil parece ter perdido logo seu momento, quando já na administração passada se percebiam grandes vazios regulatórios. A forma incompleta dos mercados de energia elétrica, os conflitos monopolistas no gás natural e o vácuo regulatório no saneamento são apenas alguns exemplos, sem mencionar o atraso na aplicação de mecanismos de concorrência na área de telecomunicações.

A tramitação no Congresso Nacional do Projeto de Lei nº 3.337/2004,

13. Ou Telric, *total element long run incremental cost*.

enviado pelo Executivo com o objetivo de uniformizar e orientar a função das agências reguladoras, tem sido paralisada por falta de compreensão e adequação de inúmeras questões. E a questão da autonomia é a mais paralisante. O Projeto propõe contrato de gestão para as agências no qual se estipula nível de desempenho. Identificar níveis de desempenho e torná-los transparentes é a base inicial da autonomia que se discutiu acima. Mas para tal não há necessidade de controle dos ministérios, e sim, como já mencionamos, do público e do Congresso Nacional, de forma a reorientar o desempenho no cumprimento das metas. Metas que devem ser aquelas previstas nas legislações que criaram os marcos regulatórios e que sejam adequadas às dotações orçamentárias das agências.

Adicionalmente, notas técnicas e consultas públicas, instrumentos já consagrados no Brasil, que antecipam as decisões das agências, acompanham o desempenho de implementação. Tanto para a transparência das agências como para a mitigação da assimetria de informação desfavorável ao regulador, a descrição e a análise periódica das atividades realizadas e seus impactos econômicos¹⁴ são instrumentos imprescindíveis para o controle e a evolução da qualidade técnica das ações regulatórias.

Vale mencionar que contratos de gestão com esse escopo restrito a observância da análise regulatória poderiam ser definidos. Todavia, não deveriam pressupor sanções relacionadas com suas conclusões que, além de não adequadas ao exercício da autonomia, não cabem ser aplicadas pelos ministérios. O aperfeiçoamento desse Projeto de Lei é vital para a evolução da governança regulatória no país.

Em suma, os desafios da regulação econômica no Brasil ainda vão exigir grande esforço institucional, técnico e jurídico. A compreensão dos princípios da regulação econômica é uma das bases para a concertação desses esforços.

14. Respeitando a restrição de dados e de conhecimento metodológico.

REFERÊNCIAS

- DIXIT, A.; PINDYCK, R. **Investment under uncertainty**. Princeton, US: Princeton University Press, 1994.
- ESTACHE, A.; PERELMAN, S.; TRUJILLO, L. **Infrastructure performance and reform in developing and transition economies**: evidence from a survey of productivity measures. World Bank Policy Research, feb. 2005. (Working Paper, 3.514).
- VALLETTI, T. M.; ESTACHE, A. **The theory of access pricing**: an overview for infrastructure regulators. World Bank, 1998. Mimeo.
- FIUZA, E.; SEROA DA MOTTA, R. **Métodos quantitativos na defesa da concorrência e regulação econômica**. Secretaria de Direito Econômico, Ministério da Justiça, Brasília, 2006.
- JOSKOW, P. L. **Incentive regulation in theory and practice**: eletricity distribution and transmission networks. AEI-Brookings Joint Center, p. 5-18, sep. 2005. (Working Paper).
- LAFFONT, J. **Regulation and development**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2005.
- MEGGINSON, W. L.; SETTER, J. M. From state to market: a survey of empirical studies on privatization. **Journal of Economic Literature**, v. XXXIX, p. 321-389, jun. 2001.
- SEROA DA MOTTA, R; MOREIRA, A. Efficiency and regulation in the sanitation sector in Brazil. **Utilities Policy**, 14, 185-195, 2006.
- SALGADO, L. H.; SEROA DA MOTTA, R. **Marcos regulatórios no Brasil**: o que foi feito e o que falta fazer. Rio de Janeiro: Ipea, 2005.
- SALGADO, L. H.; SEROA DA MOTTA, R. **Regulação e concorrência no Brasil**: governança, incentivos e eficiência. Rio de Janeiro: Ipea, 2007.
- SALGADO, L. H.; SEROA DA MOTTA, R. **Marcos regulatórios no Brasil**: incentivos ao investimento e governança regulatória. Rio de Janeiro: Ipea, 2008.
- VISCUSI, W. K.; HARRINGTON, J. E.; VERNON, J. M. **Economics of regulation and antitrust**. 4. ed. Cambridge: The MIT Press, 2005.

PARTE 2

DESENHO INSTITUCIONAL DO SISTEMA REGULATÓRIO E DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL



Capítulo 4

Instituições e salvaguardas no sistema regulatório brasileiro

Bernardo Mueller

INTRODUÇÃO¹

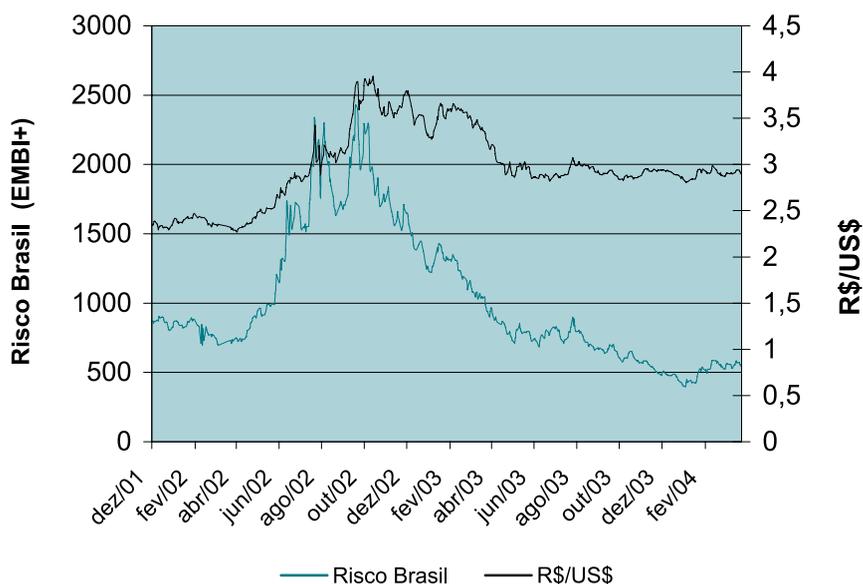
Os setores regulados costumam ser áreas de atividade econômica que exibem grandes custos fixos, ativos específicos, economias de escala e envolver serviços politicamente sensíveis, muitas vezes produzidos por empresas estrangeiras (LEVY; SPILLER, 1996; SAVEDOFF; SPILLER, 1999). Essas características fazem que tais setores sejam particularmente vulneráveis a oportunismo governamental, de modo que os investimentos só irão se materializar de maneira efetiva se os investidores puderem ser convencidos de que existem salvaguardas adequadas contra expropriação – administrativa – por parte do governo, por exemplo, por meio de mudanças injustificáveis das regras.

Mueller (2001a), nos primórdios da regulação no Brasil, argumentou que existia já naquela época ambiente institucional que provia incentivos para o investimento e o crescimento nos setores regulados. As salvaguardas contra o comportamento oportunista por parte do governo apontadas naquele estudo foram: (i) um Judiciário independente que frequentemente decide contra o Executivo; (ii) um custo de credibilidade para o governo que penalizaria interferências indevidas ao dissuadir investimento futuro, especialmente nos leilões de privatização que se esperava ainda estarem por vir (MUELLER;

1. Este trabalho baseia-se em MUELLER, B.; OLIVEIRA, A. R. Regulation during the Lula government (2009), apresentado na conferência The impact of President Lula's first administration, na Universidade de Illinois, em abril de 2007.

PEREIRA, 2002); (iii) a natureza da relação Executivo – Legislativo no Brasil, baseada em grande coalizão de partidos no Congresso (ALSTON; MUELLER, 2006); e (iv) a governança criada pelo desenho institucional das agências (CORREA; MUELLER; MELO; PEREIRA, 2006). Aquele estudo argumentou que estes fatores compunham importantes salvaguardas que contribuíam para ambiente propício ao investimento, porém admitia que essas salvaguardas, por si sós, pudessem não ser suficientes para resistir a um choque mais forte, tal como a eleição de um presidente que fosse hostil ao processo de privatização e ao sistema de regulação que havia sido implementado (MUELLER, 2001b, p. 642). Dois anos depois, este cenário hipotético se tornou realidade com a subida ao poder do governo Lula, permitindo assim a oportunidade de analisar como aquelas salvaguardas reagiriam quando fossem acionadas. Que a mudança na presidência de fato criou uma situação de incerteza e tensão, não só nos setores regulados, mas na economia como um todo, pode ser visto na figura 1, que mostra o aumento drástico do risco Brasil e da taxa de câmbio aproximadamente cinco meses antes da eleição, quando começou a ficar aparente qual seria o resultado.

Figura 1. O impacto da eleição de Lula sobre o risco Brasil e a taxa de câmbio



Fonte: Alston, Melo, Mueller e Pereira (2005).

A reação do mercado reflete o receio de que as políticas do novo presidente, dado seu posicionamento ideológico histórico, iriam trazer mudanças radicais e abruptas tanto em termos de conteúdo como na forma de governar. É interessante observar, contudo, que imediatamente após a eleição, e mesmo antes da posse, tanto a taxa de câmbio como o risco Brasil caíram fortemente, com este último atingindo níveis ainda mais baixos do que aqueles prevalentes na administração anterior. Isso indica que investidores, por alguma razão, se convenceram que seus temores não tinham fundamento e que o novo governo não apresentava risco tão grande quanto se imaginou a princípio. Em parte, isso pode ter sido devido às repetidas declarações do presidente eleito de que não havia razões para se temer, embora tais sinais tenham pouco valor de compromisso. Mais concreta foi a rápida escolha para presidente do Banco Central de Henrique Meirelles, um banqueiro conservador com experiência internacional e credenciais bem aceitas pelo mercado financeiro. Mais importante ainda, argumento neste trabalho, foi a percepção por parte dos investidores de que o complexo conjunto de salvaguardas mencionado acima seria capaz de arrefecer a qualquer motivação que pudesse existir do governo de agir oportunisticamente, assim como mitigar qualquer iniciativa naquela direção que viesse a se realizar.

De fato o novo governo tomou diversas atitudes, descritas a seguir, que foram percebidas pelo mercado como assalto à autonomia regulatória e como mudanças indevidas neste sistema, reduzindo efetivamente o poder das agências. Essa situação, no entanto, não constitui resultado de equilíbrio, e, sim, apenas o primeiro impacto do choque trazido pela eleição do Presidente Lula. Uma análise completa precisa incorporar também a reação subsequente a essas ações, para ver até que ponto as salvaguardas institucionais conseguiriam constrangê-las. Este é o objetivo deste trabalho e será realizado primeiro descrevendo e analisando o conteúdo da política regulatória do governo Lula e subsequentemente o processo pelo qual os objetivos de política originais deste governo foram transformados, à medida que esbarraram nas restrições impostas pelas instituições políticas. Será argumentado que, para se compreender o processo de formulação de políticas na área de regulação, é necessário considerar o processo de formulação de políticas mais amplo, pois muitas escolhas são motivadas não somente pelo

seu impacto direto sobre o que se está regulando e como, mas também como um meio de atingir outros objetivos governamentais. Além disso, exploramos ao longo do trabalho a noção de que, a despeito das grandes mudanças no conteúdo e na governança regulatória promovidas pelo governo Lula, prevaleceram fortes elementos de continuidade.

INSTITUIÇÕES POLÍTICAS E REGULAÇÃO²

INTRODUÇÃO

Nesta seção será analisado como as instituições políticas e as salvaguardas institucionais reagiram às tentativas do governo Lula de mudar tanto a política como a governança regulatória. Para isso, o primeiro passo requer provar que de fato o novo governo buscou mudar diversos aspectos da política regulatória, muitas vezes por meio de meios que implicavam mudança nas regras do jogo. O segundo passo será seguir o desenrolar dos casos estudados além do primeiro momento, para analisar quais os resultados, após as salvaguardas institucionais terem chance de reagir a essas tentativas de mudanças. Finalmente, o escopo da análise será ampliado para mostrar como as escolhas de políticas regulatórias por parte do governo estão inseridas no contexto mais geral de formulação de políticas. Isso iluminará os determinantes básicos das motivações do governo em relação à política regulatória.

TENTATIVAS DE ALTERAÇÃO DA POLÍTICA REGULATÓRIA

Três eventos relacionados no setor de telecomunicações serão descritos para mostrar a abordagem adotada pelo governo para o setor regulatório

2. O termo “instituições políticas” neste trabalho é usado no sentido de “regras”, e não de “organizações”.

nos seus primeiros anos no poder. O propósito é mostrar que a motivação do novo governo era de fato efetuar grande mudança no papel e no poder das agências regulatórias. O primeiro caso envolve a tentativa do governo de mitigar os aumentos nas tarifas de telefonia autorizados pela Anatel em junho de 2003, aumentos estes que, de acordo com os contratos de concessão, estavam baseados no IGP-DI, calculado pela Fundação Getúlio Vargas.³ O aumento médio para a telefonia fixa foi de 28,75%, com o fator-x de 1% já subtraído. O governo criticou o tamanho do aumento, ciente do impacto das tarifas de serviços públicos na inflação, tema sensível para um presidente em começo de mandato que buscava dissipar a desconfiança com relação a sua capacidade de gerir a economia.

Flutuações na taxa de câmbio nos meses anteriores já haviam feito que o IGP-DI usado nos contratos de concessão tivesse sido significativamente maiores do que o IPCA calculado pelo governo (IBGE) e usado para outros fins; 30,5% *versus* 17%. Essa divergência criou a percepção de que as companhias de telefonia estavam obtendo lucros extraordinários à custa dos consumidores e gerou pressão para redução das tarifas por meio de mudança do índice. Essa causa foi encampada pelo Ministério das Comunicações, que primeiro tentou negociar reduções de tarifas com as companhias e depois pressionou a Anatel. Contudo, nessa ocasião, todos os conselheiros da Agência, que haviam sido nomeados pelo presidente anterior, optaram por manter o aumento tarifário estipulado nos contratos de concessão. Em resposta a essa decisão, o Ministro conclamou publicamente a sociedade a lutar contra os aumentos tarifários, levando o caso à Justiça, o que consubstanciou uma maneira peculiar de resolver questões intragovernamentais. Mais de trinta casos foram abertos em tribunais federais e estaduais em todo o país, incluindo casos patrocinados por organizações de defesa do consumidor e pelo Ministério Público. O primeiro caso a ter impacto foi iniciado pelo Ministério Público na Justiça Federal em Fortaleza, com o juiz decidindo que a Anatel e as companhias deveriam alterar o cálculo das tarifas imediatamente, usando o IPCA em vez do IGP-DI, sujeitas a multa diária de R\$ 50.000,00 em caso

3. A descrição deste evento está baseada em Morais (2007).

de desobediência. Diversas outras cortes seguiram com decisões similares. Dado o alcance nacional do caso, o Supremo Tribunal de Justiça decretou, dois meses depois, que todos os casos seriam unificados em um caso só, a ser julgado no Distrito Federal. Em janeiro de 2004, as companhias de telefonia entraram com pedido de suspensão da decisão anterior impondo o uso do IPCA. Nessa época, estava começando a ficar claro que, devido à valorização do Real diante do Dólar, o IPCA iria tender a aumentar mais rapidamente do que o IGP-DI. O Superior Tribunal de Justiça – STJ anulou a decisão anterior e sustentou o uso pela Anatel do IGP-DI, conforme estipulado nos contratos de concessão. Não foi permitido às companhias, no entanto, recuperar a diferença em relação ao período em que o IPCA havia sido usado.

O segundo caso de interferência governamental a ser analisado aqui aconteceu em janeiro de 2004, pouco depois da decisão do STJ a favor das companhias de telefonia. O Presidente da Anatel, Luis Schymura, que havia sido originalmente nomeado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, foi forçado a sair do cargo e substituído por novo conselheiro com fortes laços com o Sindicato dos Trabalhadores em Telecomunicações e, conseqüentemente, com o Partido dos Trabalhadores. Embora houvesse alguma controvérsia na época, eventualmente ficou claro que a lei não permitia que o Presidente, que tem o poder de nomear os conselheiros, sujeitos a aprovação do Senado, também os removesse. Esse aspecto da governança das agências regulatórias havia sido propositalmente desenhado para insular as agências contra o oportunismo governamental e é uma característica comum em muitas agências regulatórias em todo o mundo. Foi essa falta de controle direto que levou o Presidente Lula, no auge do imbróglio sobre o índice de reajuste, a afirmar que as agências haviam terceirizado o governo. Discutivelmente, o máximo que o presidente da república poderia fazer seria remover Schymura do posto de presidente do conselho de cinco conselheiros, mas não tirá-lo totalmente do conselho. Porém, embora não houvesse nenhum mecanismo formal para afastar Schymura, o governo tinha diversas formas de pressioná-lo a se demitir, tornando sua situação no cargo insuportável. Esse evento indica a intenção do governo de ter participação mais direta e ativa no processo de formulação de políticas que formalmente pertence às agências, o que levantou sérias preocupações sobre a autonomia destas.

O terceiro evento analisado aqui envolve a tentativa do governo Lula de mudar o arcabouço legal do sistema regulatório. Já em março de 2003, somente três meses após assumir a presidência, o Presidente estabeleceu um grupo de trabalho encarregado de apresentar propostas para “o aperfeiçoamento institucional das agências regulatórias” (BRASIL, 2003). Isso gerou duas propostas de lei que foram levadas a consulta pública no começo de 2004. Embora as propostas mantivessem as grandes linhas do modelo anterior, diversos detalhes causaram apreensão no mercado. A primeira proposta focava o alcance da jurisdição das agências e a segunda tratava de questões de organização, governança e controle social.⁴ Talvez a proposta de mudança mais controversa tenha sido a transferência das agências ao ministério da área do poder de concessão, isto é, do poder de decidir quem poderia explorar os serviços públicos. Idealmente, essa seria uma decisão técnica tomada com base em critérios objetivos, tais como um leilão. Embora a proposta tenha apresentado restrições sobre como as concessões poderiam ser feitas, é razoável supor que há mais incentivos para perseguir motivações políticas quando este poder está nas mãos de um ministério executivo em vez de uma agência regulatória. A proposta enfatizava que o locus de planejamento e decisão sobre quais concessões deveriam ser realizadas e quando deveria, por direito, estar nas mãos do Executivo e seus ministérios. Note-se, no entanto, que isso não é o mesmo que ter o processo de concessão, uma vez decidido, sendo implementado por aqueles setores, dada a natural motivação política de oficiais eleitos.

Outra mudança controversa nas propostas do governo foi a criação de um contrato de gestão que estabeleceria metas para as agências, com punições, caso estas não fossem atingidas. A intenção desse mecanismo, segundo a proposta, era fazer que as políticas das agências fossem compatíveis com os programas do governo, o que a princípio pode ser um objetivo legítimo. A preocupação, contudo, era que o contrato poderia vir a ser usado como instrumento para impor a vontade do governo sobre a agência, dado que as punições poderiam conceberivelmente envolver ações como demissão de conselheiros e reduções do orçamento.

4. Para análise detalhada destas propostas e de seus efeitos sobre o setor de telecomunicações, veja Mattos e Mueller (2006).

Neste ponto podemos pausar e resumir os três casos descritos acima para tentar captar qual teria sido a percepção de investidores, consumidores e outros atores no início de 2004. Após pouco mais de um ano no poder, o governo: (i) forçou, por meios informais e não oficiais, a saída prematura do Presidente da Anatel; (ii) tentou reverter a decisão da Anatel de respeitar os contratos de concessão, publicamente sugerindo à sociedade contestar a agência na Justiça; (iii) propôs nova lei para as agências regulatórias que tinha o potencial de severamente reduzir sua autonomia e capacidade de resistir à pressão do governo. É fácil perceber tais eventos, logo no primeiro ano do mandato do novo governo, como atentado alarmante contra o arcabouço regulatório existente. Claramente, essas ações revelam intenções e motivações do governo. Contudo, o mero fato de esses eventos terem acontecido não compõe toda a estória e não corrobora a conclusão de que o arcabouço regulatório havia sido subvertido e que o risco regulatório iria inevitavelmente crescer e mitigar a confiança dos investidores nos setores regulados. Para contar toda a estória, é necessário analisar a segunda e a terceira rodadas desses eventos, isto é, como as salvaguardas institucionais reagiram às ofensivas do governo e como o governo, por sua vez, reagiu à manifestação dessas salvaguardas.

SALVAGUARDAS E RESTRIÇÕES INSTITUCIONAIS

A questão que deve ser colocada não é se o governo tentou mudar a política regulatória e se as mudanças e meios usados para persegui-las foram ou não legítimos, mas sim se estas ações tiveram impacto suficientemente forte na confiança de investidores e consumidores para reduzir o bem-estar social. É claro que as ações do governo tinham o potencial de aumentar a incerteza e o risco regulatório, porém não é condição suficiente para tal. Se houvesse conjunto robusto de restrições e constrangimentos institucionais sobre o oportunismo governamental, investidores e outros *stakeholders* se sentiriam menos suscetíveis e estariam menos inclinados a deixar aqueles eventos interferirem em suas decisões econômicas. Em situação de equilíbrio, o governo perceberia esses constrangimentos e evitaria o comportamento

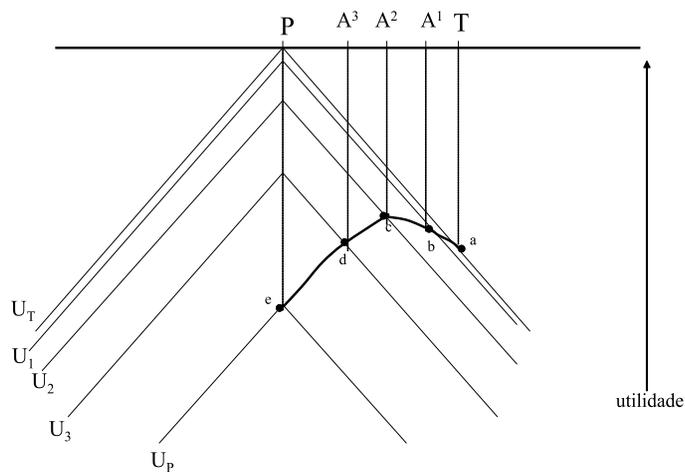
oportunista desde o início. Porém, dada a natureza do momento histórico com o qual estamos lidando, é razoável supor que se tratava de um período de grandes mudanças, em que as salvaguardas institucionais estavam sendo testadas. Nenhum dos atores tinha informação suficiente para prever quais resultados emergiriam da tensão entre as ações do governo e as restrições institucionais, dado que estes jamais haviam colidido de tal maneira antes. O propósito desta subseção é, portanto, analisar o desenvolvimento dos casos descritos acima nas segunda e terceira rodadas. Para realizar essas análises, será apresentado modelo espacial simples que permite compreender melhor os três casos. Esse modelo será usado primeiro para analisar a escolha de conselheiros para as agências pelo governo. Em seguida, ele será usado para analisar a interferência no conteúdo da regulação pelo governo, como no caso da tentativa de mudança de índice no preço-teto dos serviços de telecomunicações. Finalmente, a questão do desenho das agências e sua governança serão analisadas por meio desse modelo.

A figura 2 representa a escolha estratégica que o Presidente deve fazer ao decidir quem nomear para conselheiro de uma agência regulatória.⁵ A linha horizontal representa a posição de cada ator ao longo de dimensão única que pode ser pensada como esquerda *versus* direita, pró-consumidor *versus* pró-indústria, etc. O ponto *P* mostra o ponto preferido do Presidente, que é determinado por ideologia e incentivos políticos. O Presidente deve escolher um conselheiro para uma agência regulatória levando em conta onde o conselheiro se localiza ao longo dessa dimensão horizontal. As linhas inclinadas partindo do ponto *P* mostram a utilidade que o Presidente receberia se o conselheiro escolhido se localizasse a diferentes distâncias de *P*. Assim, quanto mais longe for a posição do conselheiro escolhido, menor será a utilidade do Presidente. O ponto *T* é a escolha técnica ou não-política. Se o Presidente escolher um conselheiro com este perfil, o mercado consideraria isso uma escolha puramente técnica e o Presidente não sofreria nenhum custo de credibilidade. O custo de credibilidade são perdas que o Presidente sofreria

5. Este modelo vem de Mueller e Pereira (2002). Embora a escolha sendo modelada é de um único conselheiro, ao invés de um conselheiro em um colegiado de cinco membros, a questão básica é a mesma.

devido a temores do mercado por conta de incertezas, risco regulatório e oportunismo governamental. Esses custos se manifestariam principalmente por meio de menores níveis e qualidade de investimento, maiores prêmios de risco, menores ágios em privatizações futuras, maior risco Brasil, etc. Esses custos são representados na figura por meio de um deslocamento para baixo da curva de utilidade do Presidente. Se, em vez de realizar a escolha ‘técnica’ de conselheiro, o Presidente escolher um indivíduo com o perfil do ponto A^1 , a curva de utilidade original – associada ao ponto T – iria cair para o segundo conjunto de curvas. Desse modo, a escolha de A em vez de T iria implicar dois efeitos sobre a utilidade do Presidente. O primeiro seria um benefício marginal de ter um conselheiro mais perto do seu ponto preferido. O segundo é o custo de credibilidade incorrido por escolher A^1 em vez de T . Dado que A^1 é relativamente perto de T , este custo ainda é pequeno, de modo que, conforme mostrado na figura 2, o efeito líquido é positivo – b é mais alto verticalmente do que a . Sendo assim, o Presidente irá considerar escolher um conselheiro ainda mais perto de seu ponto preferido do que A^1 , tal como A^2 , o que novamente implica custos e benefícios marginais correspondentes. Enquanto o efeito líquido de pontos mais próximos de P forem positivos, o Presidente considerará sempre tais conselheiros. O ponto ótimo na figura 2 é o ponto A^2 , dado que qualquer mudança subsequente para mais perto de P leva a perdas maiores que os ganhos. De maneira mais geral, o resultado final irá depender, de maneira crucial, do tamanho e da natureza do custo de credibilidade.

Figura 2. Escolha estratégica de conselheiro



Fonte: Mueller e Pereira (2002).

A principal mensagem desse modelo é o *trade-off* entre controle e credibilidade, que é o ponto central deste trabalho. O novo governo tinha preferências distintas para a forma de governança no sistema regulatório e buscou forçosamente atingir estas preferências assim que assumiu o poder. Isso sugere que, àquela altura, o governo percebia que os custos de credibilidade de tal linha de ação seriam baixos. Ao se analisar o comportamento do governo com relação à escolha de conselheiros após o evento narrado acima, há pouca evidência de o governo continuar adotando a mesma tática. Dada a torrente de críticas que o governo recebeu por defenestrar o Presidente da Anatel no início de 2004, seu comportamento nessa área passou a ficar bem dentro das regras do jogo a partir de então. Dois conselheiros ligados à Federação Interestadual em Telecomunicações – Fitel foram nomeados durante o primeiro mandato do Presidente Lula, cuja representação na figura 2 seria em pontos próximos de P, e estariam, portanto, associados a grande custo de credibilidade. Já no segundo mandato, o governo preferiu não indicar imediatamente novos nomes para os assentos que ficaram vagos, o que foi interpretado por alguns como estratégia para enfraquecer as agências

regulatórias.⁶ Essa interpretação parece pouco verossímil, pois, para atingir tal fim, seria mais prático nomear conselheiros leais ao Executivo e, assim, assegurar maior controle sobre as agências. Mais provável é que o Presidente, no segundo mandato, tenha optado por abordagem menos intervencionista com relação às agências, agora levando em consideração o custo de credibilidade e reconhecendo tanto benefício adicional como outro custo, que não haviam sido inteiramente compreendidos anteriormente. O novo custo advém do fato que nomear conselheiros baseados em suas compatibilidades políticas, mas ignorando sua capacidade técnica, pode levar a perdas devido à ineficiência da regulação.⁷ Já o benefício que antes não havia sido reconhecido era o uso das nomeações como patronagem em troca de apoio no Congresso. Alston e Mueller (2006) argumentam que a troca de patronagem por apoio entre o Executivo e o Legislativo é característica central do processo de formulação de políticas no Brasil, com ganhos para ambos os lados. No começo de 2007, foi considerado um nome para uma vaga no conselho da Anatel que era fortemente associado ao PMDB e às operadoras de telefonia fixa, ou seja, do lado oposto dos conselheiros anteriores associados aos sindicatos. Esta foi uma das primeiras indicações do uso das vagas nos conselhos das agências nas trocas entre Executivo e Legislativo.⁸ Isso ocorreu em uma época na qual o Presidente Lula estava reformando seus ministros para o segundo mandato, envolvendo complexa equação para incluir todos os partidos aliados e assegurar maioria confortável e poder, assim, perseguir a sua agenda de reformas. A conclusão a ser tirada de tudo isso é que a intervenção forçosa do governo no processo de nomeação de conselheiros no começo do primeiro

6. Um exemplo dessa interpretação é um *blog* popular – <http://blog.estadao.com.br/blog/josemarcio/?m=20070320> – associado ao jornal Estado de São Paulo, que afirmou o seguinte em 27 de março de 2007: “As ações do governo Lula para reduzir o alcance e poder das agências é bem conhecido. Contingenciamentos, **demora para nomear novos conselheiros** e a escolha de sindicalistas e outros que defendem o controle das agências pelo Executivo.”

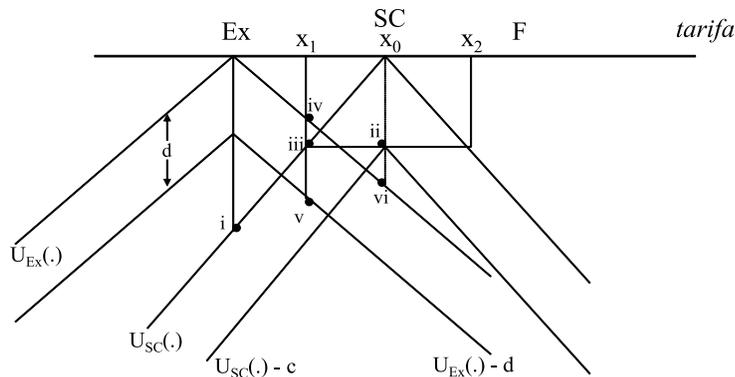
7. Há evidência anetodal de que por volta de 2006 o Executivo havia se arrependido de ter nomeado dois conselheiros que representavam o sindicato dos trabalhadores de telecomunicações para a Anatel. A nomeação de Ronaldo Sardenberg, em março de 2007, como o novo Presidente da Anatel teria sido devida ao reconhecimento da importância de colocar pessoas competentes nestas posições. Sardenberg havia sido ministro no governo Cardoso e era percebido como nome forte e competente, apesar de não ser oriundo do setor de telecomunicações.

8. Esta nomeação acabou não se realizando uma vez que ficou claro que geraria muita controvérsia.

mandato logo foi substituído por atitude mais ponderada e mais de acordo com a existência de custos de credibilidade e outras consequências que talvez não foram percebidas até aquele momento.

A tentativa do governo de alterar o índice usado para reajustar as tarifas, conforme previsto nos contratos de concessão, também pode ser analisado por meio de modelo espacial que enfatiza o comportamento estratégico do governo. A figura 3 mostra uma dimensão de política que, nesse caso, representa a tarifa de serviços de telecomunicações após a revisão realizada pela Anatel em 2003. As preferências dos atores mostram que as firmas preferiam o preço de monopólio (F), o Superior Tribunal Federal (SC) preferia que os contratos de concessão fossem respeitados com a tarifa colocada em x_0 e o Executivo (Ex) preferia um preço mais baixo (Ex). O *status quo* era x_0 , dado que até aquele momento os contratos de concessão haviam sido respeitados. Aqui novamente a utilidade dos atores é medida de baixo para cima, com o ponto mais alto na linha de preço. Se o Executivo impusesse o IPCA como o índice a ser usado em vez do IGP-DI, sua utilidade subiria do nível *iv* para seu ponto preferido Ex . Porém, devido à existência de um judiciário independente tal escolha não seria um equilíbrio, pois a Suprema Corte simplesmente reverteria a mudança e reinstituiria as regras contidas nos contratos de concessão. A Suprema Corte faria isto pois sua utilidade retornaria do ponto *i* para seu ponto preferido em SC .

Figura 3. O Judiciário como salvaguarda institucional



Fonte: Mueller e Pereira (2002).

Uma análise mais realista iria considerar que tanto as ações do Executivo como as do Supremo Tribunal Federal não são sem custo. A Suprema Corte teria o custo político de reverter as ações iniciadas pelo Executivo e que eram altamente populares perante a população. Já o Executivo enfrenta o custo de credibilidade de quebrar os contratos de concessão e mudar as regras do jogo. Uma vez que tais custos são levados em consideração, equilíbrios bem distintos se tornam possíveis. Considere inicialmente a introdução de custos para a Suprema Corte. Nessa situação, o Executivo poderia agir estrategicamente e, em vez de escolher uma tarifa em seu ponto preferido Ex , se contentar com um ponto intermediário como x_t , em que a Suprema Corte estaria indiferente entre deixar as coisas como estão, recebendo assim utilidade igual a iii , ou reverter a ação do Executivo levando a tarifa de volta a x_o . Esta última opção implicaria um custo para a Suprema Corte representado por deslocamento para baixo na sua curva de utilidade, levando ao ponto ii , e uma utilidade igual a que receberia em iii . Ou seja, a presença de custos para a Suprema Corte agir permite ao Executivo maior escopo para controlar a regulação nesses setores. Essa conclusão pode mudar se introduzirmos custo de credibilidade para o governo, representado por um deslocamento para baixo em sua utilidade quando suas ações fossem percebidas pelo mercado como quebra das regras do jogo. Tal como desenhado na figura 3, isso representaria queda da utilidade do Executivo do ponto iv para o ponto v ao mover a tarifa de x_o para x_t . Como essa utilidade seria mais baixa do que aquela que receberia se simplesmente não interferisse no processo tarifário (utilidade em vi), o equilíbrio nesse exemplo seria a manutenção das regras dos contratos de concessão com a tarifa em x_o .

Claramente, diferentes níveis de ambos os tipos de custos no exemplo acima levariam a diferentes resultados. O ponto é que para compreender o processo regulatório nesse caso é importante focar na interação estratégica entre o Executivo e o Judiciário e como isso cria ou deixa de criar salvaguardas contra o comportamento oportunista do governo dentro das instituições regulatórias atuais. O fato de o Executivo ter demonstrado preferências claras por alterar o índice usado nas revisões tarifárias, quebrando assim os contratos de concessão, mas que tenha no final optado por não perseguir esse objetivo diretamente, é consistente com o equilíbrio descrito acima, em

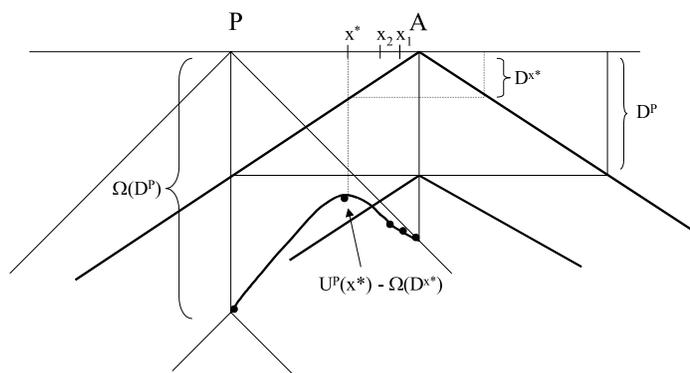
que tal ação acarretaria grande custo de credibilidade. Da mesma forma, é consistente com a noção de salvaguarda institucional o fato de o sistema jurídico ter, no final, mantido os contratos de concessão apesar de várias cortes inferiores terem julgado a favor da mudança de índice e a despeito da pressão do Executivo, de boa parte do Congresso e da sociedade em geral que abominava as tarifas mais altas. Assim, embora no início esse caso possa ter alarmado investidores, seu desenrolar leva a uma conclusão na direção oposta, ou seja, à evidência de que existem no Brasil salvaguardas poderosas para sustentar os contratos e fazer valer as regras, mesmo diante de fortes pressões contrárias.

Finalmente, o terceiro exemplo a ser analisado neste trabalho usa a figura 4 para modelar a tentativa do governo Lula de introduzir maior controle sobre as agências. Assim como na figura 3, a dimensão horizontal representa alguma escolha de política relacionada ao setor regulado – preço, qualidade, regulamento, etc. – e P e A representam as posições preferidas do Presidente e da agência, respectivamente.⁹ Suponha que a agência estivesse inicialmente implementando a política no ponto A . O Presidente poderia tentar puxar a política mais para perto de P por meio de mudanças – formais ou informais – impostas no sistema regulatório. Na figura 4, isso está captado na função D , que mede o tamanho da interferência do Executivo na regulação do setor. Para atingir seu ponto preferido, P , o nível de interferência teria de ser alto, D^P . Contudo, o custo de credibilidade de uma interferência dessa magnitude, $(\Omega(D))$, seria correspondentemente alto. A interferência do Executivo aumenta o custo para a agência de alterar a política de modo que o governo poderia calibrar a política inicial para que a agência optasse por não alterá-la. No caso de D^P na figura 4, o Presidente poderia colocar a política inicial no ponto P e a agência seria indiferente entre deixá-la nesse ponto ou revertê-la de volta para A , dado que esta última ação implicaria queda na sua curva de utilidade devido ao custo de confronto político. Note, porém, que, tal como desenhado na figura 4, o Executivo acabaria pior caso insistisse em

9. Nesse caso, suponha que os conselheiros já foram escolhidos e são tomados como dados. Quando nos referimos à preferência da agência, supomos que algum processo de agregação de preferências entre os conselheiros está atuando, tal como o Teorema do Eleitor Mediano.

intervenção dessa magnitude, pois a perda devido ao custo de credibilidade $\Omega(D)$ não compensaria o ganho de utilidade de mover a política de A para P . O lócus de utilidades líquidas associadas às diferentes políticas entre A e P mostra que, para a configuração de custos nesse exemplo, o equilíbrio se daria no ponto x^* com um nível de intervenção de D^* .

Figura 4. Escolha estratégica de estrutura e processo da agência



Fonte: Mueller e Pereira (2002).

Quando se usa esse modelo para analisar as tentativas do governo Lula de passar nova lei para as agências regulatórias, a primeira impressão que se tem é que, se o modelo está correto, o tamanho do custo de credibilidade ($\Omega(D)$) deve ter sido baixo, dado que o nível de intervenção que essa lei representava era alto.¹⁰ No entanto, quando se examinam os eventos subsequentes e se considera que a proposta do governo era somente o primeiro passo na decisão de qual o tamanho da interferência a ser buscada, uma conclusão diferente emerge. A proposta inicial, em toda sua adstringência, era de certa forma uma tentativa de avaliar a reação dos diversos grupos econômicos e da sociedade em geral àquilo que o governo planejava fazer. A proposta foi discutida em diversos fóruns, incluindo o Congresso. Versões subsequentes da proposta

10. Veja Mattos e Mueller (2006) para análise que segue tal raciocínio.

foram diluídas em muito de seus pontos mais controversos. Eventualmente, a proposta acabou sendo deixada de lado e permanece até hoje engavetada no Congresso, de onde possivelmente jamais emergirá. Esse ostracismo se deveu inicialmente aos problemas do governo no Congresso com o escândalo do Mensalão, porém a forte reação de diversos setores ao que foi visto como tentativa ilegítima de interferência por parte do governo no setor regulatório também foi crucial para esse resultado. Essa reação revelou mais informação ao governo sobre o tamanho do custo de credibilidade, $\Omega(D)$, levando, então, a uma interferência consideravelmente menor no final. Atualmente, uma proposta de emenda constitucional em tramitação no Congresso deixa mais claro o papel e os poderes das agências regulatórias – PEC 81/2003, de autoria do Senador Tasso Jereisatti. Esta já foi aprovada por quase unanimidade no Senado e é vista pelo mercado e especialistas como capaz de mitigar muitas das incertezas prevaletentes e gerar ambiente melhor para os investidores e para as próprias agências.

COMENTÁRIOS FINAIS

Que o governo tenha alterado o escopo e a magnitude de sua política regulatória inicial em cada um dos três casos analisados neste trabalho, sempre se revertendo para posições mais próximas dos contratos de concessão, é evidência da existência de salvaguardas e instituições que, até certo ponto, constroem o comportamento oportunista até de um ator tão poderoso como o Executivo brasileiro. Não se está argumentando aqui que investidores e outros *stakeholders* não precisam estar alerta quando se trata de regulação no Brasil, dado que mesmo nos casos descritos acima, em que o comportamento oportunista foi eventualmente restrito, pode-se acabar com incertezas e perdas. O que está sendo argumentado é que o nível de desenvolvimento institucional no Brasil é mais alto do que comumente se presume e que, em vez de inferir insegurança ao primeiro sinal de comportamento oportunista pelo governo, é importante considerar o desenrolar completo dos eventos para permitir que as reações de segunda e terceira ordem possam se manifestar.

REFERÊNCIAS

- ALSTON, L. J.; MELO, M.; MUELLER, B.; PEREIRA, C. **Political institutions, policymaking processes and policy outcomes in Brazil**. Washington D. C.: Inter-American Development Bank, 2005.
- ALSTON, L. J.; MUELLER, B. Pork for policy: Executive and Legislative exchange in Brazil. **The Journal of Law Economics and Organization**, v. 22, n. 1, spring 2006.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro**. Relatório do Grupo Interministerial. Brasília, dez. 2003.
- CORREA, P.; MELO, M. A.; MUELLER, B.; PEREIRA, C. **Regulatory governance in infrastructure industries: assessment and measurement of Brazilian regulators**. Washington, n. 3, 2006. (The World Bank, Trends and Policy Options Series).
- LEVY, B.; SPILLER, P. T. **The institutional foundations of regulatory commitment: a comparative analysis of telecommunications regulation**. Cambridge: University Press, 1996.
- MATTOS, C. C. A.; MUELLER, B. Regulando o regulador: a proposta do governo e a Anatel. **Revista de Economia Contemporânea**, v. 10, n. 3, p. 517-546, 2006.
- MORAIS, L. E. **Risco regulatório no setor de telecomunicações no Brasil**. Brasília, 2007. Dissertação (Mestrado em Economia). Departamento de Economia, Universidade de Brasília.
- MUELLER, B. Institutions for commitment in the Brazilian regulatory system. **The Quarterly Review of Economics and Finance**, n. 41, p. 621-643, 2001a.
- MUELLER, B. Regulação, informação e política: uma resenha da Teoria Política Positiva da Regulação. **Revista Brasileira de Economia de Empresas**, v. 1, n. 1, p. 9-29, 2001b.
- MUELLER, B.; PEREIRA, C. Credibility and the design of regulatory agencies in Brazil. **Brazilian Journal of Political Economy**, v. 22, n. 3, p. 65-88, jul. 2002.
- PEREIRA, C.; MUELLER, B. Partidos fracos na arena eleitoral e partidos fortes na arena legislativa no Brasil: conexão eleitoral no Brasil. **Dados**, v. 45, p. 265-302, 2003.
- PEREIRA C.; MUELLER, B. A theory of Executive preponderance: the committee system in the Brazilian Congress. **Journal of Legislative Studies**, v. 10, n. 1, p. 9-49, spring 2004.
- PEREIRA FILHO, O. A. Avaliação da autonomia orçamentária da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel. **Working Paper**, Dept. of Economics, Universidade de Brasília, 2006.
- SAVEDOFF, W. D.; SPILLER, P. T. **Spilled Water**. Washington D. C.: Inter-American Development Bank, 1999.

Capítulo 5

Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil

Pedro Ivo Sebba Ramalho

INTRODUÇÃO

A regulação da economia no Brasil remonta às origens do Estado brasileiro. A partir do processo de *state building* da Era Vargas, houve no país vários processos de reforma do Estado. As reformas buscaram, em sentido amplo, aperfeiçoar o arranjo institucional e o funcionamento do Estado brasileiro, construir e organizar sua burocracia, incrementar a capacidade de controle e coordenação das suas mais variadas atividades, visando ao equacionamento de problemas de ordem econômica e de sustentação política do governo.

Nos últimos anos, o Brasil foi palco de uma série de mudanças no sistema de relações do Estado com a sociedade, algumas delas bastante relevantes para a história econômica e política do país. Na década de 1990 e nos primeiros anos do início deste século, a principal mudança no arranjo das funções e organização do Estado no Brasil foi o surgimento de estruturas autônomas de administração para os assuntos de regulação da economia, as agências reguladoras. Inaugurou-se, dessa forma, novo paradigma de intervenção estatal no domínio econômico, notadamente em setores de infraestrutura. Essas novidades institucionais alteraram significativamente o *modus operandi* regulatório, impondo novo padrão de relação do Estado com os agentes econômicos da sociedade capitalista brasileira. O surgimento das agências reguladoras, denominado de “agencificação”, iniciou-se no governo FHC como produto da reforma regulatória implementada no país a partir das privatizações ocorridas ao longo da última década do século passado.

O objetivo deste capítulo é discutir os processos de agencificação e reforma regulatória, bem como caracterizar o desenho institucional das agências reguladoras criadas. Ao fim, são ainda apontados elementos de possível ajuste do desenho institucional e funcionamento das agências reguladoras por meio da proposta legislativa do Poder Executivo, ora em debate no Congresso Nacional.

REGULAÇÃO E AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

No Brasil, a história da atividade de regulação da economia confunde-se com a história de construção estatal no país. Intervenção e regulação no mercado foram realizadas pelo Estado por meio dos conselhos e institutos criados mais intensamente a partir da década de 1930. Santos aponta que a atividade regulatória brasileira começa ainda antes, na Primeira República; já “em 1906, por meio do Convênio de Taubaté, o Estado passa a regular a produção interna do grão de café, administrando a distribuição de cotas aos estados produtores”. O autor sustenta que, embora não espetacular, a atividade regulatória do Estado é a mais saliente e, sem dúvida, crucial na organização da principal atividade econômica da época.¹

De 1930 a meados da década de 1950, houve significativo desenvolvimento da atividade regulatória: “ano após ano observam-se a criação e a diferenciação institucionais acompanhadas de intensa intervenção regulatória”.² Tal criação e diferenciação se verifica pelo surgimento, em 1931, dos Correios e Telégrafos e do Conselho Nacional do Café; em 1933, do Instituto do Açúcar e do Alcool; em 1934, dos códigos de Águas e de Minas e do Plano de Viação Nacional; em 1938, do Colégio Brasileiro do Ar, do Instituto Nacional do Mate e do Conselho Nacional do Petróleo; em 1939, do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica e do Plano de Obras Públicas e de Defesa Nacional; e do Plano Siderúrgico Nacional, em 1940, da Companhia Siderúrgica Nacional, em 1941, da Companhia do Vale do Rio Doce, em 1942, e da Companhia

1. SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *O ex-Leviatã brasileiro: do voto disperso ao clientelismo concentrado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 30.

2. *Ibidem*, p. 31.

Nacional do Alcalis e da Companhia Ferro e Aço de Vitória, em 1943. Outra instituição regulatória – o Conselho Nacional de Política Industrial e Comercial – surge em 1944. Segue-se a proliferação organizacional, com “drástica” interrupção durante o período Dutra, até que, em 1952, cria-se o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDE e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq e, em 1954, o Ministério da Saúde e a Petrobras.

A intensa criação e diferenciação institucionais continua e atravessa as décadas subsequentes, inclusive as da ditadura militar, quando ocorre expressivo espraiamento de entidades da Administração Pública indireta, sob o manto do Decreto-Lei nº 200, de 1967. A descentralização administrativa e a flexibilização gerencial terão muitas e importantes consequências, especialmente no que diz respeito à conformação da burocracia e sua interação com o “mundo externo” ao Estado. As reformas do Estado implementadas na década de 1990 seguem a trilha de certa cadência reformista no Brasil que, de décadas em décadas, promove verdadeiras ondas reestruturantes, marcadas pelos amplos processos levados a cabo no país em 1938 e 1967. O interesse deste capítulo é justamente discutir o processo de reforma mais recente, ocorrido a partir da década de 1990, no que diz respeito à criação de novas estruturas e formas de regulação estatal da economia, as autarquias dotadas de maior independência e autonomia: as agências reguladoras.

AGENCIFICAÇÃO NA REFORMA DO ESTADO DA DÉCADA DE 1990

A primeira agência reguladora brasileira existe há mais de dez anos. Desde a aprovação da lei de criação da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, novas agências foram criadas. Ao fim de 2005, já havia uma dezena delas, nove criadas durante os dois mandatos do presidente Fernando Henrique Cardoso e uma no primeiro governo Lula – quadro 1. Di Pietro chama a atenção ao fato de que tal fenômeno, chamado pela autora de “agencificação”, teve inspiração no direito norte-americano, o que gerou em alguns países a

criação das chamadas autoridades administrativas independentes.³ Nunes, por seu turno, diz que o governo FHC caracterizou-se pelo “agenciamento”, ou seja, apresentou a qualidade de criador de agências.⁴

Quadro 1. Agências reguladoras e respectivos ministérios supervisores e ato de criação

Nº	NOME E SIGLA DA AGÊNCIA	ÓRGÃO SUPERIOR	ATO DE CRIAÇÃO
1	Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel	Ministério de Minas e Energia	Lei nº 9.427, de 26/12/96
2	Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel	Ministério das Comunicações	Lei nº 9.472, de 16/7/97
3	Agência Nacional do Petróleo – ANP	Ministério de Minas e Energia	Lei nº 9.478, de 6/8/97
4	Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa	Ministério da Saúde	Lei nº 9.782, de 26/1/99
5	Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS	Ministério da Saúde	Lei nº 9.961, de 28/1/00
6	Agência Nacional de Águas – ANA	Ministério do Meio Ambiente	Lei nº 9.984, de 17/7/00
7	Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq	Ministério dos Transportes	Lei nº 10.233, de 5/6/01
8	Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT	Ministério dos Transportes	Lei nº 10.233, de 5/6/01
9	Agência Nacional de Cinema – Ancine	Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior	MP nº 2.228-1, de 6/9/01
10	Agência Nacional de Aviação Civil – Anac	Ministério da Defesa	Lei nº 11.182, de 27/9/05

Fonte: Elaboração própria.

3. DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório*: temas polêmicos. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 36. O termo “agenciamento” já havia sido utilizado anteriormente em SANTOS, Luiz Alberto dos. *Agenciamento, publicização, contratualização e controle social*: possibilidades no âmbito da reforma do aparelho do Estado. Brasília: Diap, 2000.

4. NUNES, Edson. O quarto poder: gênese, contexto, perspectiva e controle das agências reguladoras. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE AGÊNCIAS REGULADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS, 2., 2001, Brasília. Brasília: Instituto Hélio Beltrão, 2001, p. 13. Mimeo.

As agências reguladoras surgiram no Brasil na esteira do processo de reforma do Estado na década de 1990. Seu surgimento está intimamente associado à nova forma de atuação estatal brasileira na regulação de determinados mercados, notadamente ao processo de privatizações ensejado pelas reformas constitucionais de 1995. Embora a privatização não tenha relação com a constituição das agências nos Estados Unidos, “na Inglaterra, como no Brasil, os novos entes reguladores, em geral indivíduos subordinados à supervisão ministerial, são produto do massivo processo de privatização”.⁵

O recente processo de privatização brasileiro teve início em 1990, com o Programa Nacional de Desestatização aprovado pela Lei nº 8.031/1990. Entretanto, nessa fase, foram privatizadas empresas “atuantes em mercados que não requerem o estabelecimento de um marco regulatório específico”, sustentam Gesner *et al.* Os setores eram o de siderurgia, petroquímico e de fertilizantes.⁶

Mas foram as Emendas Constitucionais nºs 5 a 9 que permitiram, já em 1995, a oferta de serviços públicos por empresas não-estatais, possibilitando a concessão à iniciativa privada de “diversos ‘monopólios naturais’, ou ‘quase-monopólios’ que antes se encontravam sob a égide das empresas estatais”. As Emendas Constitucionais nºs 5 a 9 trataram, respectivamente, dos mercados de gás canalizado; água; transportes aéreo, aquático e terrestre; telecomunicações; e petróleo e gás natural.⁷

Assim, seriam necessários

[...] organismos constituídos pelo Poder Público para normatizar, aplicar as normas legais, regulamentares e contratuais da atividade sob sua tutela, outorgar e rescindir os contratos de concessão, bem como fiscalizar os serviços concedidos, além de funcionar, em muitos casos, como instância decisória dos conflitos entre as empresas concessionárias e os usuários.⁸

5. *Ibidem*, p. 12.

6. OLIVEIRA, Gesner; FUJIWARA, Thomas; MACHADO, Eduardo Luiz. A experiência brasileira com agências reguladoras. In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (Ed.). *Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer*. Rio de Janeiro: Ipea, 2005, p. 165.

7. BRASIL. *Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro*. Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial. Brasília: Casa Civil, 2003, p. 10. Mimeo.

8. WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. *Revista de Informação*

É bom lembrar que, na época das privatizações ocorridas durante a década de 1990, o Brasil já contava com entidades dotadas de função regulatória, a exemplo do Banco Central do Brasil e da Comissão Nacional de Valores Mobiliários.⁹ Entretanto, tais entes apresentavam-se de maneira distinta do que viria a ser criado na forma das agências reguladoras federais. Dotadas de desenho institucional próprio, as agências foram criadas, no governo FHC, a partir das definições adotadas no processo de reforma regulatória. Esse processo ocasionou o redirecionamento da atuação estatal na economia, bem assim da configuração institucional do aparelho do Estado, apontando para a regulação de mercados.

Argumentos para a reforma do Estado no Brasil, mais especificamente para a reforma administrativa da década de 1990, podem ser encontrados em documentos do então Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – Mare, bem assim na produção acadêmica do ex-ministro Bresser Pereira, ideólogo da reforma à frente daquele Ministério. O objetivo geral dessa reforma administrativa seria o de “transitar de uma administração pública burocrática para a gerencial”.¹⁰

Documento orientador da reforma, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado¹¹ foi apresentado pelo Mare como solução para a chamada “crise do Estado”. Ou seja, o próprio Estado seria a causa do descontrole fiscal, da redução nas taxas de crescimento econômico, do aumento do desemprego e dos elevados índices de inflação. O Plano propõe cinco conjuntos de medidas para a crise do Estado, entre as quais a “reforma do aparelho do Estado, com vistas a aumentar sua ‘governança’”.¹² Aparelho do Estado significando a Administração Pública em sentido amplo e Estado, por sua vez,

Legislativa, Brasília, ano 36, n. 141, p 145, jan.-mar. 1999.

9. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005a, p. 297. O autor cita outros casos que chama de “entidades similares” às agências reguladoras, tais como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, universidades públicas e conselhos profissionais.

10. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 264.

11. BRASIL. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Câmara da Reforma do Estado da Presidência da República. Brasília: 1995.

12. Idem.

compreendendo adicionalmente o sistema constitucional-legal. O reforço à governança do Estado seria realizado pela transição da administração pública burocrática – qualificada como eminentemente rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno – para a administração pública gerencial – flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão. Para Bresser, “a administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos”.¹³

O Plano apresenta ainda outro aspecto importante para o presente trabalho, qual seja, o objetivo de limitar a ação estatal a funções que lhes são próprias – figura 1. Estão incluídas nesse campo as funções relativas ao “núcleo estratégico” e as funções ditas “exclusivas”. O primeiro formado pelos Poderes Legislativo e Judiciário, Ministério Público e Poder Executivo – presidente da República, ministros e seus assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas. O segundo compreendendo as funções de regulamentação, fiscalização e fomento. Este é o caso das agências reguladoras, em cujas competências incluem-se as funções de regulamentação e de fiscalização de produtos e serviços.

13. BRESSER PEREIRA. *Op. cit.*, p. 241.

Figura 1. Setores do Estado, formas de propriedade e de administração

	FORMA DE PROPRIEDADE			FORMA DE ADMINISTRAÇÃO	
	Estatal	Pública não-estatal	Privada	Burocrática	Gerencial
Núcleo estratégico (Legislativo, Judiciário, Presidência, cúpula dos ministérios, Ministério Público)	●				●
Atividades exclusivas (regulamentação, fiscalização, fomento, segurança pública, seguridade social básica)	●				●
Serviços não-exclusivos (universidades, hospitais, centros de pesquisa, museus)	Publicização →	●			●
Produção para o mercado (empresas estatais)	Privatização →		●		●

Fonte: Adaptado de Brasil (1995).

REFORMA REGULATÓRIA: PROPOSTA DE CRIAÇÃO DAS AGÊNCIAS AUTÔNOMAS

Embora o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado enfatize a necessidade de regulação dos mercados, “o modelo de Agências Reguladoras não foi contemplado na sua elaboração. Na realidade, as agências reguladoras surgem, enquanto proposta, em 1996”.¹⁴ Para a implantação da administração

14. SANTANA, Ângela. Agências executivas e agências reguladoras – o processo de agencificação:

pública gerencial era necessária a instituição de agências executivas e de agências reguladoras, chamadas genericamente de “agências autônomas”.¹⁵

Ao se falar em agências autônomas, é preciso estabelecer a diferenciação entre as agências executivas e as agências reguladoras. Segundo Bresser Pereira, as agências executivas diferenciam-se das reguladoras porque são

[...] entes públicos mais autônomos em relação ao governo, uma vez que a elas compete cumprir políticas de Estado, de caráter mais amplo e permanente, em defesa do cidadão, não devendo, por isso, estar subordinadas a prioridades e diretrizes de um governo específico.¹⁶

Dessa forma, no caso das agências reguladoras, os dirigentes detêm mandato e devem ser aprovados pelo Congresso. Isso não ocorre com os dirigentes das agências executivas, que podem ser nomeados livremente pelo presidente da República. Portanto, as “agências reguladoras são mais autônomas do que as agências executivas, na medida em que a autonomia das primeiras deriva do fato de executarem políticas permanentes de Estado, enquanto as últimas devem realizar políticas de governo”.¹⁷ O tema das agências executivas mereceu tratamento em documento homônimo, um dos Cadernos do Mare.¹⁸ A criação das agências reguladoras, por seu turno, comporia importante passo do que se convencionou chamar de reforma regulatória.

Um dos principais documentos oficiais que contém a justificativa para a criação das agências reguladoras é *Construção do Marco Legal dos Entes Reguladores*, recomendação aprovada pelo Conselho de Reforma do Estado – CRE, em maio de 1996. A partir de uma visão sobre aparato regulatório “enorme, obsoleto, burocratizante e, em essência, intervencionista”, a recomendação propugna a “formulação de uma política regulatória que dê

pressupostos do modelo brasileiro e balanço da experiência. In: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Balanço da reforma do Estado no Brasil: a nova gestão pública*. Brasília: MP/Seges, 2002, p. 76.

15. “As atividades exclusivas de Estado deverão ser em princípio organizadas através do sistema de ‘agências autônomas’”. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Op. cit.*, p. 259..

16. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo/Brasília: Ed. 34/Enap, 2002, p. 226.

17. *Ibidem*, p. 225.

18. BRASIL. Agências executivas. *Cadernos Mare da Reforma do Estado*. Caderno n. 9. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília, 1997.

consistência e coerência às propostas de governo, objetivando a definição de um padrão de marco para a criação ou reforma de agências reguladoras”. Para dar cabo a tal proposta, diagnosticou-se a “necessidade de estabelecimento de critérios gerais para a criação de entidades de fiscalização e regulação de serviços públicos”.¹⁹

Assim, essas típicas agências reguladoras de serviços públicos teriam como tarefas precípuas o “controle da qualidade do serviço e da sua regularidade, exercido por meio da fiscalização, assim como assegurar aos usuários o atendimento a seus direitos ao serviço adequado e a uma tarifa módica (ou no mínimo razoáveis)”.²⁰ Tais agências regulatórias de serviços públicos teriam então duplo papel, qual seja, de “estruturar mercados onde antes só havia a atuação estatal, e de garantir que esses mercados se pautem por regras predefinidas”. A garantia de concorrência, segundo Salgado, é o parâmetro que sempre deve guiar a atuação das agências nessas funções.²¹ O incentivo aos investimentos para o desenvolvimento econômico, a promoção do bem-estar dos consumidores e usuários e o estímulo à eficiência econômica seriam as funções da regulação exercida pelas agências.²² A Recomendação do CRE aponta um rol de princípios para atuação de tais entes reguladores, bem como objetivos a serem seguidos para boa função regulatória – quadro 2. O documento dispõe, ainda, sobre a necessidade de definição das características das agências, apontando formatos institucionais a serem utilizados na criação de tais entes por meio de projetos de lei.

19. BRASIL. *Construção do marco legal dos entes reguladores*. Recomendação de 31 de maio de 1996 do Conselho de Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília, 1996.

20. WALD; MORAES. *Op. cit.*, p. 157.

21. SALGADO, Lucia Helena. *Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional*. Rio de Janeiro: Ipea, 2003, p. 21. (Texto para discussão n. 941).

22. *Ibidem*, p. 3.

Quadro 2. Princípios para atuação dos entes reguladores

PRINCÍPIOS PARA ENTIDADES DE FISCALIZAÇÃO E REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	OBJETIVOS DA FUNÇÃO REGULATÓRIA
<ul style="list-style-type: none">• Autonomia e independência decisória do ente regulador.• Ampla publicidade das normas pertinentes ao ente regulador, de seus procedimentos e decisões e de seus relatórios de atividade, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei.• Celeridade processual e simplificação das relações mantidas entre ente regulador e consumidores, usuários e investidores.• Participação de usuários, consumidores e investidores no processo de elaboração de normas regulamentares, em audiências públicas, na forma que vier a ser regulada em lei.• Limitação da intervenção do Estado, na prestação de serviços públicos, aos níveis indispensáveis à sua execução.	<ul style="list-style-type: none">• Promover e garantir a competitividade do respectivo mercado.• Garantir os direitos dos consumidores e usuários dos serviços públicos.• Estimular o investimento privado, nacional e estrangeiro, nas empresas prestadoras de serviços públicos e atividades correlatas.• Buscar a qualidade e segurança dos serviços públicos, aos menores custos possíveis para os consumidores e usuários.• Garantir a adequada remuneração dos investimentos realizados nas empresas prestadoras de serviço e usuários.• Dirimir conflitos entre consumidores e usuários, de um lado, e empresas prestadoras de serviços públicos, de outro.• Prevenir o abuso do poder econômico por agentes prestadores de serviços públicos.

Fonte: Adaptado de Brasil (1996).

A liberalização de mercados e as privatizações ensejaram a defesa da necessidade de um aparato estatal que possibilitasse o planejamento a longo prazo, a coordenação das decisões privadas e o zelo ao cumprimento das regras para o bom funcionamento desses mercados. Tais mecanismos se prestariam a aumentar a confiança no ambiente regulatório, possibilitando a redução do risco regulatório e dos ágios sobre os mercados financeiros.²³

A previsibilidade de regras para garantir a estabilidade do mercado é um dos objetivos da chamada governança regulatória. “É hoje consabido que um dos fatores mais importantes para a atração do investimento direto é a

23. PIRES, José Claudio Linhares; GOLDSTEIN, Andrea. Agências reguladoras brasileiras: avaliação e desafios. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 16, p. 6, dez. 2001.

confiança depositada no ambiente regulatório.” A proposta de constituição das agências cumpriria este papel, ou seja, “melhorar a governança regulatória, sinalizando o compromisso dos legisladores de não interferir no processo regulatório e tranquilizando os investidores potenciais e efetivos”.²⁴ Wald e Moraes ponderam que se devem ter claras e precisas as normas de atuação desses órgãos regulatórios, “de forma a trazer segurança e confiança à coletividade interessada, direta ou indiretamente, na atividade concedida, que lhe compete regular e fiscalizar”.²⁵

Destaca-se que a necessidade de previsibilidade protege tanto os investidores quanto os usuários do serviço de concessão. “Essa estabilidade pressupõe”, portanto, “uma governança regulatória com autonomia e **sem ingerência política ou corporativa**, que faça valer tanto as obrigações como os direitos dos operadores dos serviços concedidos”.²⁶ As agências criadas até então no Brasil, aponta Salgado,²⁷ desempenham funções típicas dos Poderes Executivo – concessão e fiscalização –, Legislativo – criação de regras e procedimentos com força normativa em sua jurisdição – e Judiciário – julgamentos, imposição de penalidades, interpretação de contratos e obrigações. Para Nunes, as agências reguladoras, com tal vastidão de atividades, configuram-se como verdadeiras “entidades híbridas [...] de funções legislativas, executivas e judiciárias, como se fossem um ‘quarto poder’ emergente”.²⁸

Ao questionar a legitimidade das agências reguladoras para exercer a função regulatória no direito brasileiro, Di Pietro argumenta que o surgimento de tais entidades na Administração Pública copiou o modelo norte-americano somente no que respeita a delegação de parcela de poder, não no “procedimento de criação do direito”.²⁹ Resta, assim, às agências reguladoras, uma sombra de dúvida sobre a constitucionalidade para o exercício de sua

24. Idem.

25. WALD; MORAES. *Op. cit.*, p. 152.

26. SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da. Introdução. In: SALGADO, Lucia Helena e MOTTA, Ronaldo Seroa da (Ed.). *Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer*. Rio de Janeiro: Ipea, 2005, p. 5. (grifos nossos).

27. SALGADO, 2003. *Op. cit.*, p. 22.

28. NUNES. *Op. cit.*, p. 10.

29. DI PIETRO. *Op. cit.*, p. 37.

função regulamentar. Nesse aspecto, deve-se considerar que nos EUA, além das decisões judiciais, os regulamentos expedidos pelas agências reguladoras constituem-se como fonte do direito norte-americano.³⁰

Nunes considera que o “legislativo deu-lhes um mandato com contornos imprecisos”.³¹ A imprecisão do mandato das agências reguladoras de serviços públicos tem origem já na Lei das Concessões – Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Embora esta discipline concessões e permissões de serviços públicos, não versa expressamente sobre os princípios, as diretrizes e as regras gerais para a operação das agências reguladoras. Dessa forma, deixou indefinidos aspectos relativos “às suas funções, objetivos e principais atribuições, à sua estrutura organizacional e de custeio, à formatação jurídica do órgão e do seu grau de independência em relação ao Poder Público”.³² Por isso, “há uma premente necessidade de se melhor delimitar as competências, atribuições e posicionamentos, dentro da estrutura do Estado”, como observa Salgado, para quem “mandatos imprecisos e vagos são da natureza das agências regulatórias”.³³ Essa imprecisão seria condição necessária para permitir a independência nas decisões das agências com relação a pressões provenientes do governo ou do mercado. “Nesse sentido, as leis que determinam as competências de agências deixam usualmente em aberto as formas como as agências deverão alcançar os objetivos de eficiência e equidade”.³⁴ Embora considere aceitável que as agências reguladoras exerçam essa miríade de funções de naturezas executiva, legislativa e judicante, a autora ressalva que “o importante é que tais funções sejam exercidas dentro de limites predefinidos e sob o controle da sociedade”.³⁵

É patente que ainda não há no Brasil marco regulatório claro a ser seguido pelas agências reguladoras, uma vez que “a criação das agências prescindiu, até o momento, de um verdadeiro regime regulatório amplo, que

30. CARVALHO, Ricardo Lemos Maia L. de. As agências de regulação norte-americanas e sua transposição para os países da *civil law*. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Org.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 383.

31. NUNES. *Op. cit.*, p. 4.

32. WALD; MORAES. *Op. cit.*, p. 153.

33. SALGADO, 2003. *Op. cit.*, p. 22.

34. *Ibidem*, p. 17.

35. *Ibidem*, p. 18.

desse sentido global à nova instância regulatória”.³⁶ Outro problema é o atual quadro de pessoal diverso e não profissionalizado das agências reguladoras federais brasileiras. Ainda que se reconheça o aumento expressivo de servidores da carreira das agências reguladoras, criada no ano de 2004, e a recente valorização ocorrida em 2009 com a conversão da MP nº 441 em Lei, contratações sem concurso público, por meio de cargos comissionados ou mesmo terceirização, são ainda comuns nas estruturas das agências. A multiplicidade de vínculos e a incerteza da permanência de funcionários precários dificultam as possibilidades de investimento em qualificação e especialização do corpo funcional, prejudicando o desempenho do ente regulador nas suas atribuições.

Tais fatos potencializam o risco de captura pelo estabelecimento de vínculos e compromissos com atores externos à agência, o que põe em xeque a independência do agente regulador, uma das razões de existência das entidades reguladoras na Administração Pública brasileira. Acordos de natureza clientelística e corporativista ocorrem mais comumente em ambientes de menor compromisso e formalização. Como destaca Considera, os cargos das agências reguladoras são ainda hoje preenchidos “atendendo-se mais a pressões políticas do que a qualidades técnicas das pessoas”, o que, muitas vezes, acaba “aparelhando essas instituições com apadrinhados partidários sem qualquer conhecimento técnico na área”.³⁷

DESENHO INSTITUCIONAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

O processo de privatização de serviços públicos, defendem Wald e Moraes,³⁸ gerou a demanda pela criação de órgãos independentes dotados de poder para controlar a execução dos contratos de concessão, fiscalizar

36. NUNES. *Op. cit.*, p. 5.

37. CONSIDERA, Cláudio Monteiro. O início da recente experiência brasileira em regulação econômica. In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (Ed.). *Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer*. Rio de Janeiro: Ipea, 2005, p. 33-4.

38. WALD; MORAES. *Op. cit.*, p. 144.

os serviços e as concessionárias, regulamentar o setor, reprimir condutas abusivas e arbitrar os conflitos entre os agentes envolvidos.

Apesar de diferenças marcadas pelo processo político de criação, bem como diferenças relativas a sua configuração institucional, as agências reguladoras brasileiras seguem mesmo modelo geral, fruto dos objetivos semelhantes da reforma regulatória, apontado para os mercados do setor da infraestrutura. A reforma regulatória teve como principal finalidade “atrair investidores privados e dar-lhes meios e incentivos para operar eficientemente e expandir a capacidade de oferta”. Tal propósito ocorreria basicamente por meio da separação da

[...] concepção de política das atividades regulatórias e comerciais, ficando a política com o ministério responsável pelo setor, a regulação sendo confiada a uma agência independente e as atividades comerciais deixadas com estatais, que deveriam ser privatizadas.³⁹

As agências reguladoras deveriam, então, apresentar um conjunto mínimo de características institucionais que lhes permitisse levar a cabo a reforma regulatória.

Essas agências deveriam gozar de independência administrativa e financeira e se orientar pelos objetivos de incentivar o investimento e a eficiência, transferir os ganhos de produtividade para os consumidores e proteger os investidores privados do risco de expropriação administrativa.⁴⁰

As agências reguladoras brasileiras configuram-se como autarquias públicas federais de caráter especial. Isso implica que tais entes, apesar de se enquadrarem como entidades da Administração Pública indireta, disponham de maior independência em relação ao núcleo do governo. Isso porque têm natureza peculiar, por se tratar de autarquias “especiais”, dotadas de aspectos novos no ordenamento jurídico brasileiro.

39. PINHEIRO, Armando Castelar. Reforma regulatória na infra-estrutura brasileira: em que pé estamos? In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (Ed.). *Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer*. Rio de Janeiro: Ipea, 2005, p. 82.

40. *Idem*.

Tais entes regulatórios têm atribuições administrativas relacionadas à “fiscalização dos serviços e ao cumprimento das condições ditas pelos contratos de concessão, abrangendo desde o controle sobre a fixação de tarifas até as sanções de natureza disciplinar”. Além das atribuições administrativas, às agências compete ampla gama de poderes regulamentares, “tanto em matéria de segurança e de procedimentos técnicos, medição e faturamento dos consumos, controle e uso de medidores, acesso a imóveis de terceiros e qualidade dos serviços prestados, quanto em matéria de aplicação de sanções”.⁴¹

Em outros países, há tendência pela especialização das agências, entendida como “a criação de uma agência para cada atividade, ou a criação de um único órgão para a regulação e fiscalização dos serviços públicos concedidos”.⁴² No Brasil, também se pode falar em especialização das agências reguladoras, na medida em que temos agências atuando em setores econômicos específicos e regulando mercados setoriais – quadro 3.

Quadro 3. Finalidade institucional das agências reguladoras federais brasileiras

AGÊNCIA	FINALIDADE INSTITUCIONAL
Aneel	Regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal (art. 2º da Lei nº 9.427/1996).
Anatel	Regular as telecomunicações (art. 8º da Lei nº 9.472/1997).
ANP	Promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis (art. 8º da Lei nº 9.478/1997, com redação dada pela Lei nº 11.097/2005).
Anvisa	Promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras (art. 6º da Lei nº 9.782/1999).

41. WALD; MORAES. *Op. cit.*, p. 152-3.

42. *Ibidem*, p. 151.

AGÊNCIA	FINALIDADE INSTITUCIONAL
ANS	Promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país (art. 3º da Lei nº 9.961/2000).
ANA	Implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (art. 3º da Lei nº 9.984/2000).
Antaq e ANTT	Implementar, em suas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei. Regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros (incisos I e II do art. 20 da Lei nº 10.233/2001).
Ancine	Fomentar, regular e fiscalizar a indústria cinematográfica e videofonográfica (art. 5º da MP nº 2.228-1/2001).
Anac	Regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária (art. 2º da Lei nº 11.182/2005).

Fonte: Elaboração própria.

Podem-se considerar como características marcantes das agências reguladoras a independência administrativa, a autonomia financeira, a ausência de vinculação hierárquica – subordinação – ao Ministério supervisor e a estabilidade e mandato fixo dos dirigentes. Entretanto, ressalte-se que somente a última característica pode configurar-se como distintiva das agências reguladoras, visto que as demais, em maior ou menor grau, são encontradas em qualquer outra autarquia da Administração Pública brasileira. A nomeação dos dirigentes pelo presidente da República, acompanhada de sabatina pelo Senado, e a vedação para sua demissão *ad nutum* – imotivada – são, pois, os aspectos que possibilitam às agências reguladoras possível *status* de novidades institucionais no Estado brasileiro. Aragão resume que as agências reguladoras são autarquias em regime especial, com considerável autonomia em relação à administração centralizada, “incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo presidente da República, após

prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum*,⁴³ ou seja, em razão da pura e simples vontade do chefe do Poder Executivo.

Embora a qualificação das agências reguladoras como “independentes” tenha uso corrente, Aragão destaca que é mais adequado se falar em autonomia do ente regulador, ou melhor, nas palavras do autor, “autonomia reforçada”.

Podemos afirmar, dessa maneira, que todas as entidades da administração indireta possuem alguma autonomia, ainda que muitas vezes seja uma autonomia quase que apenas nominal. Mas temos uma espécie de entidade da administração indireta – as agências reguladoras – cuja autonomia, se comparada com a das demais, é bem maior, já que as suas leis instituidoras fixam competências próprias e garantias para seu exercício de forma bem mais firme da que faz ordinariamente.⁴⁴

Tal autonomia reforçada visa a “propiciar a persecução estável, mais técnica possível, das políticas públicas estabelecidas em lei; e com a sucessão de vários presidentes da República ao longo do tempo, também o pluralismo no colegiado estará assegurado”.⁴⁵

A constatação da necessidade de autonomia para as agências reguladoras ocorreu inicialmente na experiência norte-americana. A partir de então foi desenvolvido o conceito de “captura”, ou seja, a tendência apresentada pelos órgãos reguladores de responderem aos interesses das empresas prestadoras de serviços públicos. Salgado e Motta lembram que “a origem da idéia de que a regulação econômica deve ser exercida por agências com autonomia técnica e decisória reside na preocupação com o problema da captura”.⁴⁶ A independência decisória das agências, sustentam Oliveira, Fujiwara e Machado, é fruto da independência financeira, estrutural e funcional. Tais características são importantes para “a adoção de soluções técnicas, e não

43. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005a, p. 275.

44. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências reguladoras e governança no Brasil*. In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (Ed.). *Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer*. Rio de Janeiro: Ipea, 2005b, p. 130.

45. *Ibidem*, p. 137.

46. SALGADO; MOTTA. *Op. cit.*, p. 10.

políticas, como frequentemente ocorre com os ministérios e órgãos a eles subordinados”.⁴⁷ Essa separação entre o técnico e o político redundaria na atribuição de *status* de órgãos de Estado às agências.

Vale ressaltar, entretanto, que a independência dos reguladores pode-se configurar como o insulamento deste corpo técnico frente ao setor regulado e ao próprio governo. Oliveira, Fujiwara e Machado defendem que a agência reguladora ideal deveria ser dotada de independência, “exigindo uma mudança da cultura de centralização administrativa que prevalece no país desde os gabinetes do Império”. Dessa forma, os autores concluem que, em se tratando das agências reguladoras, “a independência permite insular as instâncias de decisão técnica das pressões políticas de toda ordem”.⁴⁸

Apesar de sua maior independência, Wald e Moraes⁴⁹ ressaltam que as agências reguladoras são submetidas ao poder de supervisão e tutela do Poder Executivo, pois, na qualidade de pessoas jurídicas de direito público, configuram-se como autênticas autarquias, encontrando-se invariavelmente vinculadas a algum ministério ou secretaria. Apesar disso, o termo “supervisão” não agrada aos dirigentes das agências, que em geral o identificam com a ideia de controle, considerando seu exercício como rompimento da autonomia das agências. A supervisão ministerial está prevista – e ainda em vigor – desde a edição do Decreto-Lei nº 200, em 25 de fevereiro de 1967.

AGÊNCIAS REGULADORAS: DA INFRAESTRUTURA À POLÍTICA SOCIAL

Além das diferenças entre agências executivas e reguladoras, já comentadas, é possível ainda se falar em tipos de agências, conforme sua orientação e campo de atuação. Segundo Salgado,⁵⁰ são agências de governo, ou também denominadas de agências executivas, as que executam políticas e diretrizes de determinado governo. De outro lado, são agências de Estado as que comportam simultaneamente tanto aspectos regulatórios quanto

47. OLIVEIRA; FUJIWARA; MACHADO. *Op. cit.*, p. 169.

48. *Ibidem*, p. 189.

49. WALD; MORAES. *Op. cit.*, p. 163.

50. SALGADO, 2003. *Op. cit.*, p. 36.

programáticos. Estas estariam relacionadas à regulação econômica no setor de infraestrutura enquanto as demais seriam responsáveis pela regulação social.

Gómez-Ibañez⁵¹ explica que o termo “infraestrutura” significa em baixo da estrutura e, em geral, setores que atuam na infraestrutura envolvem serviços e equipamentos que se encontram embaixo do solo, como encanações de água e esgoto, ou mesmo os que estão na superfície, como ruas e estradas. As atividades ligadas à energia elétrica e às telecomunicações também são normalmente incluídas, mesmo que elas frequentemente sejam fornecidas por linhas estendidas em postes e torres, e não no subsolo. Normalmente, serviços e equipamentos oferecidos por indústrias de infraestrutura são chamados de utilidades públicas – *public utilities*. O que é comum à indústria de infraestrutura é elas envolverem redes que distribuem produtos ou serviços em um espaço geográfico e, na maioria dos casos, as redes são intensivas em capital e os investimentos duráveis e imóveis. O envolvimento do Estado na regulação de setores de infraestrutura se dá, segundo Gómez-Ibañez, principalmente em face das seguintes razões: (i) há elevado custo para estabelecer as redes de infraestrutura; (ii) benefícios são estendidos para grandes populações – saneamento e água tratada promoverem saúde pública, iluminação pública promove segurança; (iii) investimentos em infraestrutura promovem crescimento econômico e sua distribuição pode combater a iniquidade; e (iv) pode evitar problemas ambientais e de segurança, especialmente se considerados como externalidades negativas para os consumidores. Entretanto, a razão mais importante para justificar a regulação da infraestrutura é que esses setores tendem a formar monopólios. A natureza monopolística da infraestrutura decorre de fatores associados a inexistência de substitutos perfeitos ou a barreiras de entrada. Estas podem ser fixadas pelo governo, pela necessidade de contratos de longo prazo que estipulem a necessidade de investimentos duráveis e imóveis, ou inerentes à tecnologia da indústria, pela existência de economias de escala. Os setores da infraestrutura têm sido considerados pela literatura como os que mais demandariam criação e atuação de agências reguladoras independentes.

51. GÓMEZ-IBAÑEZ, José A. *Regulating infrastructure: monopoly, contracts, and discretion*. US: Harvard University Press, 2006.

Pode ser identificado conjunto de agências reguladoras ditas de “primeira geração”, criadas em 1996 e 1997, e atuantes em setores da infraestrutura. Trata-se dos casos da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel e da Agência Nacional do Petróleo – ANP. Santana⁵² ressalta que a criação de tais agências objetivou tanto o monitoramento da qualidade dos serviços bem como o cumprimento de metas definidas nos contratos com as respectivas operadoras – principalmente quanto à oferta dos serviços –, quanto o estabelecimento de preços referenciais e tarifas, criando quase-mercado em ambientes de mercados monopolistas. As chamadas agências de “segunda geração” seriam aquelas criadas em 1999 e 2000, mas ligadas a setores em que há características competitivas no mercado: Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa e a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. As agências classificadas como de “terceira geração” são a Agência Nacional de Águas – ANA, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional do Cinema – Ancine, todas criadas no período de 2000 e 2001. Estas também não atuantes em setores de mercado monopolista e destacam-se pela grande heterogeneidade de objetos e naturezas. Por fim, houve mais recentemente a criação da Agência Nacional de Aviação Civil – Anac, já durante o primeiro mandato do Presidente Lula, e que não foi objeto de inclusão em nenhuma dita “geração”. Também no seu caso não há relação com mercado monopolista.

Durante a reforma do Estado dos anos 1990, o governo federal propôs dois modelos de agências autônomas, as reguladoras e as executivas. As reguladoras teriam como principal diferencial sua maior autonomia em relação ao núcleo do governo, ou seja, a Presidência da República e os ministérios. Essa maior autonomia é caracterizada por série de atributos, destacando-se independência decisória, autonomia administrativo-financeira, ausência de vinculação hierárquica – subordinação – ao Ministério supervisor e estabilidade e mandato fixo dos dirigentes. As características relativas ao mandato dos dirigentes, que devem passar por sabatina no Senado

52. SANTANA. *Op. cit.*

Federal e contam com vedação para sua demissão *ad nutum* – imotivada –, são as que diferenciam as agências reguladoras do conjunto dos outros órgãos e instituições da Administração Pública. Essas características podem, portanto, ter funcionado como forte incentivo para a adesão ao modelo de agências reguladoras, em detrimento das executivas. Parece ter havido “efeito carona” das agências de segunda e terceira gerações para emplacar desenho institucional que lhes garantisse certo *status* diferenciado para sua constituição e atuação. Nesse sentido, fala-se na literatura⁵³ na consagração do chamado “kit reguladoras”, que teria sido utilizado para a formatação de agências que não seriam consideradas tipicamente reguladoras. Isso em função tanto de seus objetos de trabalho quanto da estrutura do mercado e do setor em que atuam. A ideia de um isomorfismo organizacional, no caso brasileiro realizado a partir do desenho institucional da Aneel e da Anatel, também é apontada por Melo.⁵⁴

A PROPOSTA DO GOVERNO LULA: MAIS HOMOGENEIZAÇÃO COM A LEI GERAL

A variedade de características no desenho institucional entre as agências, aliada ao descontentamento com a competência dada às agências para celebrar contratos de outorgas, levou o governo Lula a publicar, em 2003, duas consultas públicas sobre anteprojetos de lei que dispunham sobre, respectivamente, a gestão, a organização e o controle social das agências

53. Para Martins, a segunda geração de agências reguladoras representou a flexibilização do modelo de agências independentes. Nas palavras do autor: “Em síntese, já se sinalizava a utilização do modelo de agência reguladora como estratégia de flexibilização (em busca do que se convencionou chamar jocosamente de “kit reguladoras”: mandato, carreira própria, estrutura diferenciada de cargos comissionados, regras diferenciadas de licitação, de provisão de quadros temporários etc.), que explodiu na terceira geração de agências reguladoras (ANA, ANCINE, ANTAQ, ANTT).” MARTINS, Humberto Falcão. Reforma do estado e coordenação governamental: as trajetórias das políticas de gestão pública na Era FHC. In: ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita (Org.). *O Estado numa era de reformas: os anos FHC – Parte 1*. Brasília: MP/Seges, 2002, p. 250.

54. Nas palavras do autor, “a implementação das primeiras agências ocorreu a partir de outubro de 1997 e o modelo observado para a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL foi reproduzido para as demais agências”. MELO, Marcus Andre. Política regulatória: uma revisão da literatura. *BIB*, Rio de Janeiro, 2º semestre de 2000, p. 8.

reguladoras e sobre a restituição aos respectivos ministérios das atribuições relativas às outorgas e licitações para a exploração dos serviços de utilidade pública – relacionados às agências da área de infraestrutura Aneel, Anatel, ANP, ANTT e Antaq.

As propostas foram elaboradas com base no Relatório de um grupo de trabalho interministerial⁵⁵ criado por determinação da Presidência da República em março de 2003. O grupo de trabalho interministerial teve 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. A versão final do Relatório, publicado em setembro de 2003, foi discutida no âmbito do Comitê Executivo da Câmara de Políticas de Infraestrutura e da Câmara de Política Econômica, e se detém em aspectos conceituais, relacionados ao pano de fundo da atuação das agências reguladoras no mercado brasileiro, e em questões institucionais, com destaque para o mandato fixo dos dirigentes. O documento traça também o diagnóstico da relação entre as agências reguladoras e os ministérios supervisores e órgãos de defesa da concorrência, bem como sobre seu grau de controle social. O Relatório tem caráter eminentemente avaliativo do modelo das agências reguladoras. Isso é evidenciado ao longo de todo o documento, em especial na parte 5 – Conclusões e Recomendações, em que são apontadas as principais medidas para a correção de rumos da regulação federal brasileira.⁵⁶

No que diz respeito à relação com os ministérios, o Relatório aponta que “uma das 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

55. BRASIL, 2003. *Op. cit.*

56. Para outras importantes referências sobre avaliação da função desempenhada pelas agências reguladoras brasileiras, cf. SEMINÁRIO AVALIAÇÃO E DESAFIOS DA REGULAÇÃO NO BRASIL. Disponível em: <http://estadoregulador.planejamento.gov.br/palestras/Anais_Seminario_Regulacao.pdf>; CÂMARA dos Deputados. *Agências reguladoras: avaliação e perspectivas*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. 153 p; CAMPOS, Anna Maria; AVILA, Jorge Paula Costa; SILVA JUNIOR, Dércio Santiago da. Avaliação de agências reguladoras: uma agenda de desafios para a sociedade brasileira. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 5, p. 29-46, set.-out. 2000; INSTITUTO de Defesa do Consumidor – Idec. *Avaliação de agências e órgãos reguladores*. São Paulo: Idec, 2004; PIRES; GOLDSTEIN, 2001, *Op. cit.*; SALGADO, 2003, *Op. cit.*

de outorgar e conceder serviços públicos”.⁵⁷ As propostas foram objeto de severas críticas de setores da sociedade que argumentaram basicamente que o governo objetivaria, na verdade, a criação de mecanismos de tutela sobre as agências reguladoras.⁵⁸ O debate público na imprensa girou em torno da necessidade de garantia de autonomia e independência para as agências reguladoras, ponto em que os dois pólos da contenda estavam de acordo.

Em 2004, o governo então envia ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.337.⁵⁹ A proposta tem aspectos que certamente vão, se aprovados, alterar significativamente tanto a natureza quanto o *modus operandi* dessas entidades. Esse PL une em um único texto o conteúdo das duas propostas colocadas em consulta pública. Segundo sua Exposição de Motivos, assinada pelo então Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, José Dirceu, o PL pretende “estabelecer um conjunto homogêneo e estável de regras para orientar a gestão e a atuação das Agências Reguladoras, constituindo-se, de certa maneira, numa ‘Lei Geral’ das Agências Reguladoras”. Para tanto, a proposta legislativa objetiva corrigir as diferenças entre as agências, que, segundo o governo, “não se justificam, apesar das evidentes especificidades tratadas em suas leis de criação”. Além disso, o PL trata de propor medidas que permitam tornar “mais transparente, eficiente, socialmente controlado e legítimo o exercício da função reguladora por essas entidades”.⁶⁰

O PL explicita que os ministérios devem exercer as atividades de planejamento e formulação de políticas setoriais; e as agências, a regulação e a fiscalização. O PL trata, ainda, do poder de outorgas, trazendo de volta aos ministérios a competência para outorgar e conceder serviços públicos. A novidade em relação ao texto colocado em consulta pública é que no caso da Lei nº 9.427/1996 – que institui a Aneel e trata das concessões do setor elétrico – o conflito já havia sido resolvido, como o encaminhamento da Medida Provisória nº 144, de 11 de dezembro de 2003, já convertida na Lei nº

57. BRASIL, 2003. *Op. cit.*, p. 24.

58. ASSOCIAÇÃO Brasileira de Agências de Regulação – Abar. *A organização e o controle social das agências reguladoras*: crítica aos anteprojetos de lei. Porto Alegre: Abar, 2004. Mimeo.

59. BRASIL. *Projeto de Lei nº 3.337/2004, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004.

60. Exposição de Motivos nº 12 da Casa Civil da Presidência da República, de 12 de abril de 2004. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 20 jun. 2007.

10.848, de 15 de março de 2004, não sendo, por isso, contempladas no PL.

No PL nº 3.337/2004, foi ainda concedido destaque especial à questão do controle e da prestação de contas. A proposta trouxe como solução para o *déficit* de legitimidade e o risco da captura dos reguladores a extensão do contrato de gestão e desempenho e da ouvidoria a todas as agências, além da aproximação entre as agências e o Congresso Nacional. A relação das agências com o Congresso se daria por meio da elaboração de um relatório anual de atividades a ser encaminhado ao ministério supervisor, Senado Federal e Câmara dos Deputados e Tribunal de Contas da União, além de apresentado em reunião conjunta das comissões temáticas das duas casas legislativas. Segundo o governo, o PL intenta, no campo do controle e prestação de contas, ampliar

[...] a legitimidade do exercício da função regulatória pelas Agências Reguladoras, de sorte a evitar que elas, pelo excessivo grau de insulamento, possam tornar-se facilmente capturáveis, ou que se distanciem do objetivo maior de atender ao interesse público e dos consumidores e usuários.⁶¹

O governo Lula reconhece que o modelo de atuação das agências reguladoras é o que permite os melhores resultados para o exercício da função regulatória, mas pondera que tal modelo deve ainda ser aperfeiçoado, sofrendo a correção de disfunções e lacunas decorrentes do ineditismo dessas entidades no ordenamento da Administração Pública federal. “A questão fundamental é que as agências são criadas, na verdade, num vazio prévio de definições legais e institucionais. É como se as agências tivessem de suprir tudo o que estava faltando.”⁶² Ou ainda, para o governo, “é fundamental criar mecanismos legais e institucionais [...] definindo com serenidade o papel das agências, preenchendo vácuos e lacunas institucionais”.⁶³

O PL gerou grande movimentação no processo legislativo da Câmara

61. *Idem*.

62. ROUSSEFF, Dilma. *Agências reguladoras: avaliação de performance e perspectivas*. Câmara dos Deputados. Brasília: Coordenação de Publicações, 2003, p. 17.

63. BRASIL, 2003. *Op. cit.*, p. 28.

dos Deputados e intensa atividade de *lobby* de representantes de empresas dos setores regulados pelas agências, assim como das próprias agências e entidades a elas ligadas. Até 2009, o PL recebeu 165 propostas de emendas, tendo sido relatado pelo Deputado Leonardo Picciani, que elaborou dois projetos substitutivos, um apresentado em 2004 à Comissão Especial destinada a analisar a proposta e outro, elaborado em 2007 e não apresentado formalmente, destinado a consultas informais aos mais diferentes setores da sociedade.

Na Câmara também se pôde notar a repercussão dos acidentes aéreos ocorridos em 2006 e 2007, quando a opinião pública, em diversos fóruns potencializados pelos veículos de imprensa, questionou a agência reguladora da aviação civil e colocou novamente o tema da regulação em pauta. No dia 15 de agosto de 2007, a Câmara realizou uma Comissão Geral – sessão em que o Plenário torna-se grande palco de debates – para discutir o tema das agências reguladoras. Com grande visibilidade, o debate foi acompanhado pelos principais especialistas do país.

Também as próprias agências reguladoras mobilizaram-se para acompanhar e propor suas análises e ajustes para o PL do Executivo. Representantes das agências reguladoras reuniram-se em grupo formado em 2007 para analisar e propor aperfeiçoamentos ao texto do substitutivo do deputado relator, o que ensejou aperfeiçoamentos na proposta, a partir da apresentação do resultado à Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais, área da Casa Civil responsável pelo PL. Já em 2008, os presidentes das agências reguladoras federais, de maneira inédita, reuniram-se por três vezes ao fim do ano de 2008 para construir e tratar de pauta comum, sendo a discussão sobre o substitutivo o tema prioritário. Foi construído documento assinado por todos os presidentes, que tratou de apresentar propostas de aperfeiçoamento do texto, que tocou em pontos considerados estratégicos, conforme mostra o quadro 4.

Quadro 4. Propostas dos presidentes das agências reguladoras para o aperfeiçoamento do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 3.337/2004, em 2008

- Garantia da efetividade de autonomia das agências.
- Viabilização da obrigatoriedade de realização de reuniões públicas do conselho diretor.
- Forma de realização das consultas públicas.
- Dificuldade de operacionalização do instituto de financiamento de entidades ligadas à proteção do consumidor.
- Necessidade de simplificação dos instrumentos de planejamento propostos para a prestação de contas.
- Necessidade de se clarear o papel do ouvidor, garantindo sua independência e proporcionando a melhoria da gestão da agência.
- Necessidade de se considerar a definição de mecanismos próprios de interação com órgão de defesa da concorrência em leis de determinadas agências.
- Necessidade de se criar a possibilidade de celebração de termos de ajustamento de conduta pelas agências.
- Flexibilização da obrigação de celebração de convênios com órgãos de defesa do consumidor e do meio ambiente.
- Adequação da descrição relativa à qualificação dos membros do conselho diretor das agências.
- Necessidade de criação de varas especializadas em matéria regulatória no judiciário.

Fonte: Elaboração própria.

É importante destacar que o documento dos presidentes das agências toca em pontos fundamentais, mas aponta a concordância geral com as diretrizes propostas para o ajuste do arranjo institucional vigente para as agências. Tal constatação, aliada ao compromisso do governo, manifestado em diversos documentos do Plano de Aceleração do Crescimento, de aprovar o Projeto de Lei como medida de reforço ao ambiente favorável aos investimentos no país, aponta para perspectiva bastante promissora de avanço legislativo do PL no Congresso no próximo período. Isso terá grande impacto no desenho institucional e no *modus operandi* das agências reguladoras no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo geral seguido para a criação das agências reguladoras configura-se, na prática, em diversidade de desenhos institucionais próprios, que variam em cada uma das agências. Houve para cada agência a edição de uma lei de criação, que aprovou conjunto de características próprias. São exemplos de características relacionadas ao seu desenho institucional a estrutura básica, a existência de contrato de gestão e ouvidoria, a duração do mandato dos dirigentes, a possibilidade de recondução, a definição do presidente da agência, as regras sobre a quarentena dos dirigentes, a previsão para a realização de consultas e audiências públicas, a relação com órgãos de defesa da concorrência. O desenho institucional das agências é, então, o resultado da soma de tais diferentes arranjos próprios de cada agência. O quadro 5 aponta as características gerais do desenho institucional das agências reguladoras brasileiras.

Quadro 5. Características do desenho institucional das agências reguladoras brasileiras

CARACTERÍSTICA	DESCRIÇÃO
Origem das agências	Reforma regulatória da década de 1990.
Atividades regulatórias	Regulamentação e normatização; permissão, autorização e licença; fiscalização e controle; definição de tarifas; imposição de sanções e penalidades.
Direção	Colegiada, com um presidente.
Nomeação	Indicação pelo presidente da República, com sabatina no Senado.
Escolha do presidente	Presidente da República.
Decisões sobre matéria regulatória	Por maioria, em regime colegiado.
Independência técnica e decisória	Baseada no mandato fixo estável e na autonomia administrativa e financeira.
Procedimentalização	Previsões gerais na Lei do Processo Administrativo (Lei no 9.784/1999). Tendência à superprocedimentalização.
Audiências e consultas públicas	Diferentes previsões para realização pelas agências. Uniformização prevista no PL no 3.337/2004.

CARACTERÍSTICA	DESCRIÇÃO
Controle pelo Executivo e Legislativo	Ministérios supervisores com poucas condições para o acompanhamento. Eventuais convites aos dirigentes para participação em comissões do Congresso. Envio formal de relatório de gestão ao Tribunal de Contas da União – TCU. Apresentação de relatórios de atividades em audiências prevista no PL no 3.337/2004.
Revisão externa dos atos	Possibilidade de revisão pelo Judiciário.
Relação com defesa da concorrência	Relação prevista para determinadas agências. Articulação prevista no PL no 3.337/2004.
Reclamações dos agentes e cidadãos	Ouvidorias em algumas agências recebem e encaminham as reclamações aos dirigentes. Independência e extensão a todas as agências previstas no PL no 3.337/2004.

Fonte: Adaptado de Ramalho (2007).

As agências reguladoras surgiram, pois, como produto da reforma regulatória. Apresentam-se, ainda, como instrumento para a atuação do Estado na regulação de mercados, notadamente naqueles casos em que serviços públicos passaram a ser exercidos porque setores haviam sido privatizados.

A criação das agências reguladoras no Brasil, no entanto, foi acompanhada da expectativa de solução para um sem número de questões. A proposta de sua criação foi recebida como resposta para “qualquer problema de desgoverno nas áreas privatizadas, para crises e problemas emergentes, para a solução de qualquer matéria até então não sanada”.⁶⁴

A perspectiva que se afigura para as agências reguladoras é o ajuste estrutural de seu desenho institucional, com expectativa de impacto positivo sobre seu funcionamento, em especial à sua relação com a sociedade. O Projeto de Lei nº 3.337/2004, do Poder Executivo, caminha na direção de aprimorar os processos e mecanismos de *accountability* e transparência das agências reguladoras.

64. NUNES. *Op. cit.*, p.11. A existência das agências pode ser considerada – nos termos de Edson Nunes – como a manifestação de verdadeiro “regime de verdades” impresso pelo Estado. Regime de verdades este absorvido, ou mesmo demandado, pela sociedade. *Ibidem*, p. 9.

Nas agências reguladoras, a ouvidoria e o contrato de gestão são exemplos de instrumentos de *accountability*. Ambos têm relação com a *accountability*, na medida em que podem ser utilizados pela população em geral – isso inclui tantos os cidadãos quanto os agentes do setor regulado –, e também pelos políticos ou pela administração direta do ministério supervisor de cada uma das agências. Os instrumentos variam de agência para agência – nem todas as agências possuem ouvidoria, nem firmam contratos de gestão com a administração central, por exemplo. O PL nº 3.337 propõe a extensão de tais institutos a todas as agências, mas foi justamente tal proposta que gerou celeuma conduzida especialmente pela Associação Brasileira de Agências de Regulação – Abar.⁶⁵ Entretanto, a própria Abar reconhece que “há necessidade de se aprimorar o mecanismo de controle das atividades das Agências”,⁶⁶ embora proponha o reforço por meio do *accountability* horizontal, indicando medidas próprias ao Poder Legislativo – possibilidade de convocação dos dirigentes das agências e sua obrigação de envio de relatórios ao Parlamento.

A previsão do PL de extensão do contrato de gestão a todas as agências reguladoras tem sido contestada por especialistas, sobretudo no tocante às agências de setores da infraestrutura. O principal argumento é que o contrato seria não um meio de reforçar a autonomia das agências, conforme prevê o parágrafo 8º do art. 37 da Constituição Federal, mas, sim, de retirar delas a possibilidade de manter independência em relação ao poder dos governos. Seria, de acordo com os críticos, controle político incompatível com a natureza técnica das decisões dos reguladores, além de que o contrato de gestão inserido na Constituição teria caráter diverso no proposto pelo Executivo às agências reguladoras.⁶⁷

As agências reguladoras foram criadas em ambiente de reformas do

65. ASSOCIAÇÃO, 2004. *Op. cit.*

66. ASSOCIAÇÃO Brasileira de Agências de Regulação – Abar. *Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado*. São Paulo: Abar, 2003, p. 51. Mimeo.

67. Cf., entre outros, os argumentos de JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 403-11; ARAGÃO, 2005b. *Op. cit.*; e BAGATIN, Andreia Cristina. A utilização do contrato de gestão como instrumento de controle das agências reguladoras. In: PECCI, Alketa (Org.). *Regulação no Brasil: desenho, governança, avaliação*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 121-46.

Estado brasileiro orientadas para o mercado. Sua natureza essencialmente técnica, baseada na regulação econômica e social de setores específicos e determinados, enseja insulamento “natural” de suas burocracias. Isso porque a verticalização de suas atividades em determinado setor – energia elétrica, telecomunicações, vigilância sanitária e aviação civil, para citar alguns exemplos –, agregada ao cada vez mais intenso processo de avanço tecnológico da grande parte dos objetos com os quais tais agências trabalham e devem regular, demanda o desenvolvimento de especialização técnica de seus quadros para o desempenho de suas funções. Além disso, pode-se considerar que o próprio desenho institucional das agências reguladoras, que prevê mandatos fixos e não coincidentes para os seus dirigentes, e a impossibilidade de demissão *ad nutum* são fatores condicionantes para maior insulamento das agências, nesse caso, em relação ao governo.

Ainda que haja alguns instrumentos e mecanismos formais nas agências reguladoras visando à ampliação da *accountability*, é comum encontrar críticas segundo as quais ainda inexitem mecanismos efetivos de responsabilização e controle dos reguladores. As debilidades do exercício do controle ou, mais amplamente, da *accountability* sobre as burocracias favorece o insulamento das agências. A especialização das funções dos reguladores seria um tipo de restrição à possibilidade de acompanhamento e controle dos atos dos reguladores, ampliando o *déficit* democrático.⁶⁸

Entretanto, é necessário reconhecer que são várias as iniciativas para a ampliação ao acesso a informações e ao estímulo à participação da sociedade nas decisões tomadas pelas agências reguladoras.

Consultas e audiências públicas, por outro lado, são mecanismos de *accountability* que têm ganhado cada vez mais força e legitimidade e são bastante característicos das agências reguladoras. São estratégias claramente utilizadas pelas agências para seu reconhecimento perante a sociedade e ao próprio governo e encontram guarida e reforço no PL do Executivo.

68. Melo lembra que o déficit democrático, no caso das agências reguladoras independentes, poderia ser minimizado se adequada estrutura de governança for criada e permitir a responsabilização das decisões – por meio de revisão judicial, requisitos procedimentais, supervisão por comitê, participação pública e exercício dos poderes de nomeação do Executivo. MELO, 2000, *Op. cit.*, nota 4, p. 31.

São encontrados outros exemplos de direcionamento das ações das agências para a transparência, ainda que conformado em arranjo de iniciativas não compulsórias e com desenho incipiente. Além de audiências e consultas públicas, outros exemplos de mecanismos e instrumentos de *accountability* das agências são o contrato de gestão, a ouvidoria, os conselhos de participação social, as reuniões públicas da diretoria, o acesso a informações diversas no sítio eletrônico da agência e a disponibilidade de relatórios e balanços da agência.

Assim, a *accountability* das agências pode ser identificada como contrafluxo da tendência ao insulamento burocrático, ao mesmo tempo em que se pode configurar esforço de afirmação ou reconhecimento pela sociedade e governo da chegada de novo aparato institucional no Estado brasileiro: as agências reguladoras. Nesse aspecto, é importante ressaltar que as agências carregam necessidade de justificação de sua natureza independente, o que enseja reforço da explicitação dos seus mecanismos de controle para a sociedade. Isso porque o controle e a responsabilização da burocracia, via mecanismos definidos de *accountability*, são requisitos para a delegação de competências decisórias pelos políticos.

As agências, com seu desenho institucional ainda em construção, encontram-se em dilema entre sua afirmação como estrutura protegida da apropriação pelos interesses privados ou de políticos clientelistas – *rent seeking* –, e sua descaracterização como instituição diferenciada do Estado pela sua dissolução em vínculos de captura de seus quadros pelos “compradores” de regulação.⁶⁹

É possível observar que a criação das agências representou aproximação entre as estruturas estatais e a sociedade, notadamente do setor econômico por elas regulado, o que pode ser evidenciado pela sua “posição espacial” mais distante do núcleo do Estado e mais próxima dos atores diretamente afetados pela sua atividade reguladora. Esse arranjo institucional incipiente, misto de insulamento tecnocrático e responsabilização via *accountability*, certamente ensejará muitos debates e, possivelmente, mudanças nos próximos anos.

69. RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. *A gramática política das agências reguladoras: comparação entre Brasil e EUA*. Brasília, 2007. Tese (Doutorado). Centro de Pesquisa e Pós-graduação sobre as Américas, Universidade de Brasília.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005a.
- _____. Agências reguladoras e governança no Brasil. In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (Ed.) **Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer**. Rio de Janeiro: Ipea, 2005b, p. 125-61.
- ASSOCIAÇÃO Brasileira de Agências de Regulação – Abar. **Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado**. São Paulo: Abar, 2003, 78 p. Mimeo.
- _____. **A organização e o controle social das agências reguladoras: crítica aos anteprojotos de lei**. Porto Alegre: Abar, 2004, 63 p. Mimeo.
- BAGATIN, Andreia Cristina. A utilização do contrato de gestão como instrumento de controle das agências reguladoras. In: PECCI, Alketa (Org.). **Regulação no Brasil: desenho, governança, avaliação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 121-46.
- BRASIL. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Câmara da Reforma do Estado da Presidência da República. Brasília, 1995.
- _____. **Construção do marco legal dos entes reguladores**. Recomendação de 31 de maio de 1996 do Conselho de Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília, 1996.
- _____. **Agências executivas**. Cadernos Mare da reforma do Estado. Caderno n. 9. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília, 1997.
- _____. **Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro**. Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial. Brasília: Casa Civil, 2003, 43 p. Mimeo.
- _____. Projeto de Lei nº 3.337/2004. Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo/Brasília: Ed. 34/Enap, 2002, 365 p.
- _____. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.
- CÂMARA dos Deputados. **Agências reguladoras: avaliação e perspectivas**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. 153 p.
- CAMPOS, Anna Maria; AVILA, Jorge Paula Costa; SILVA JUNIOR, Décio Santiago da. Avaliação de agências reguladoras: uma agenda de desafios para a sociedade brasileira. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 5, p. 29-46, set.-out. 2000.
- CARVALHO, Ricardo Lemos Maia L. de. As agências de regulação norte-americanas e sua transposição para os países da civil law. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- CONSIDERA, Cláudio Monteiro. O início da recente experiência brasileira em regulação econômica. In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (Ed.). **Marcos**

regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer. Rio de Janeiro: Ipea, 2005, p. 29-40.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Regulatório:** temas polêmicos. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004, 659 p.

GÓMEZ-IBÁÑEZ, José A. **Regulating infrastructure:** monopoly, contracts, and discretion. US: Havard University Press, 2006.

INSTITUTO de Defesa do Consumidor – Idec. **Avaliação de agências e órgãos reguladores.** São Paulo: Idec, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002, 639 p.

MARTINS, Humberto Falcão. Reforma do Estado e coordenação governamental: as trajetórias das políticas de gestão pública na era FHC. In: ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita (Org.). **O Estado numa era de reformas:** os anos FHC – Parte 1. Brasília: MP/Seges, 2002.

MELO, Marcus Andre. Política regulatória: uma revisão da literatura. **BIB**, Rio de Janeiro, 2º semestre 2000.

NUNES, Edson. O quarto poder: gênese, contexto, perspectiva e controle das agências reguladoras. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE AGÊNCIAS REGULADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS, 2., 2001, Brasília. Brasília: Instituto Hélio Beltrão, 2001. Mimeo.

OLIVEIRA, Gesner; FUJIWARA, Thomas; MACHADO, Eduardo Luiz. A experiência brasileira com agências reguladoras. In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (Ed.). **Marcos regulatórios no Brasil:** o que foi feito e o que falta fazer. Rio de Janeiro: Ipea, 2005, p. 163-97.

PINHEIRO, Armando Castelar. Reforma regulatória na infra-estrutura brasileira: em que pé estamos? In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (Ed.). **Marcos regulatórios no Brasil:** o que foi feito e o que falta fazer. Rio de Janeiro: Ipea, 2005, p. 41-90.

PIRES, José Claudio Linhares; GOLDSTEIN, Andrea. Agências reguladoras brasileiras: avaliação e desafios. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 16, p. 3-42, dez. 2001.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. **A gramática política das agências reguladoras: comparação entre Brasil e EUA.** Brasília, 2007. Tese (Doutorado). Centro de Pesquisa e Pós-graduação sobre as Américas, Universidade de Brasília.

ROUSSEFF, Dilma. **Agências reguladoras:** avaliação de performance e perspectivas. Câmara dos Deputados. Brasília: Coordenação de Publicações, 2003.

SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da. Introdução. In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (Ed.). **Marcos regulatórios no Brasil:** o que foi feito e o que falta fazer. Rio de Janeiro: Ipea, 2005, p. 1-27.

SALGADO, Lucia Helena. **Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional.** Rio de Janeiro: Ipea, 2003. (Texto para discussão n. 941).

SANTANA, Ângela. Agências executivas e agências reguladoras – o processo de agencificação: pressupostos do modelo brasileiro e balanço da experiência. In: MINISTÉRIO do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Balanço da reforma do Estado no Brasil: a nova gestão pública**. Brasília: MP/Seges, 2002.

SANTOS, Luiz Alberto dos. **Agencificação, publicização, contratualização e controle social**: possibilidades no âmbito da reforma do aparelho do Estado. Brasília: Diap, 2000.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **O ex-Leviatã brasileiro**: do voto disperso ao clientelismo concentrado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, 277 p.

SEMINÁRIO AVALIAÇÃO E DESAFIOS DA REGULAÇÃO NO BRASIL. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <http://estadoregulador.planejamento.gov.br/palestras/Anais_Seminario_Regulacao.pdf>.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 141, jan.-mar. 1999.



Capítulo 6

Evolução institucional da defesa da concorrência no Brasil: a reforma do Cade

César Mattos

INTRODUÇÃO

Em 2004, o Deputado Carlos Cadoca apresentou o Projeto de Lei – PL nº 3.937, introduzindo alterações na Lei nº 8.884/94 sobre defesa da concorrência. A este Projeto foi apensado o PL nº 5.877 do Poder Executivo de 2005. Este último apresenta escopo mais amplo que o primeiro, dadas as competências de iniciativa privativa do Presidente da República definidas no inciso II do art. 61 da Constituição.

O PL nº 5.877/2005 reestrutura institucionalmente o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, consolidando o atual Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, que passa a ser o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica acrescido da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE/MJ, a Superintendência Geral, no que seria o “novo Cade”.

Ademais, são redefinidas as atribuições da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – Seae/MF, no sentido de concentrar seus esforços para a chamada “advocacia da concorrência” dentro do setor público. O novo Cade – Tribunal mais Superintendência – e a Seae comporiam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

Tendo passado a integrar o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC em 2007, aqueles PLs passaram a ser examinados por uma Comissão Especial na Câmara dos Deputados, com a relatoria do Deputado Ciro Gomes. Em maio de 2008, após intenso período de debates, um Substitutivo consolidando as duas propostas foi aprovado na Comissão Especial, tendo

sido aprovado no Plenário da Câmara em dezembro de 2008 e encaminhado para o Senado no início de 2009.

Nosso objetivo neste artigo é apresentar e discutir os principais pontos do Substitutivo enviado ao Senado e seu papel na evolução institucional da defesa da concorrência ora em curso no Brasil.

Após esta introdução, o texto discorre sobre a introdução do exame prévio na análise dos Atos de Concentração – ACs no Cade. Na seção 3, discute-se a racionalização burocrática viabilizada com a mudança, o que se espera resultar, além da maior eficiência do SBDC, em diminuição de custos tanto para o setor público como para o privado. A seção 4 dispõe sobre a mudança nos critérios de notificação dos ACs. Os aperfeiçoamentos na política de combate aos cartéis são discutidos na seção 5, enquanto a seção 6 comenta algumas alterações conceituais do ponto de vista econômico na lei. A seção 7 conclui a discussão.

INTRODUÇÃO DO EXAME PRÉVIO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Uma das principais alterações do PL é certamente a introdução do exame prévio de ACs, o que está em linha com os procedimentos de todas as agências relevantes de defesa da concorrência no mundo. Atualmente, a notificação ocorre apenas após quinze dias do momento da operação. O objetivo desse novo regramento é evitar os custos associados à eventual determinação do Cade em favor da desconstituição posterior de atos já consumados. Afinal, após certo tempo, as fronteiras entre duas ou mais empresas fundidas tendem a desaparecer, tornando operacionalmente complicada uma separação de negócios. Também do ponto de vista político é naturalmente mais difícil reverter uma fusão que já ocorreu do que evitar que ela aconteça em primeiro lugar, quando a operação ainda não passa de cartas de intenções. Esse problema foi identificado, por exemplo, no caso da operação Nestlé-Garoto, no qual se determinou a desconstituição da operação dois anos após sua concretização.

Apesar de haver consenso razoável sobre a funcionalidade dessa medida, há temor – justificado – de que o exame prévio pode acarretar atrasos na concretização das operações, não condizentes com a necessidade de celeridade usualmente observada nessas reestruturações.

Nesse contexto, são definidas regras de transição, pelo prazo de um ano, com o objetivo de permitir que operações mais simples possam prosseguir, mesmo sem decisão final. O Cade poderá ainda prorrogar este “regime especial” por mais um ano, a depender de como será implementado o incremento dos recursos humanos e financeiros do órgão consistentes com o novo arranjo institucional, que estão previstos no PL.

RACIONALIZAÇÃO BUROCRÁTICA E FORTALECIMENTO DA INDEPENDÊNCIA DO NOVO CADE

Um dos principais objetivos do projeto é a racionalização burocrática do SBDC. Se este já constitui objetivo fundamental hoje, no momento em que se introduzir o exame prévio examinado na seção anterior, a importância da celeridade da análise se torna crucial.

De fato, no sistema atual, há uma *via crucis* de até quatro “balcões” diferentes para a análise de processos: SDE/MJ, Seae/MF, Ministério Público e o próprio Cade. Ainda dentro do Cade, a Procuradoria do órgão ainda dá seu próprio parecer. Não há dúvida acerca da ineficiência desse processo que implica multiplicação de pareceres, independentemente de sua relevância para a concorrência, completamente anacrônica e excessivamente burocrática. E o custo dessa estrutura recai tanto sobre os recursos públicos escassos como sobre os administrados, que, além da contratação de advogados, necessitam desviar o trabalho de seus funcionários, especialmente os de hierarquias superiores, o que envolve naturalmente custo de oportunidade no uso do tempo que poderia ser gasto em atividades mais produtivas.

Nesse contexto, com o PL, os chamados Atos de Concentração – ACs passam a ser analisados inicialmente apenas pela Superintendência, que pode aprová-los sem consulta ao Tribunal. Este último apenas será acionado quando a Superintendência concluir que a operação gera dano à

concorrência, sendo necessária intervenção por parte do Estado. Nesse caso, o Ato de Concentração será encaminhado ao Tribunal para a decisão final. No entanto, mesmo no caso de a Superintendência decidir pela aprovação incondicional do Ato de Concentração, é facultado a qualquer membro do plenário do Tribunal avocar o Ato de Concentração para análise.

O mesmo vale para a análise de condutas potencialmente anticompetitivas, que serão analisadas, preliminarmente, como “inquéritos administrativos” – IAs, passando a estágio superior de “processos administrativos” – PAs quando os indícios se tornarem mais robustos e merecerem análise mais aprofundada. Enquanto todos os PAs, com ou sem indicação final da Superintendência para a condenação dos representados, devem ser apreciados pelo Tribunal, os IAs que não passarem para o próximo estágio serão arquivados. Mais uma vez, qualquer conselheiro pode questionar o arquivamento de um IA e avocá-lo para análise mais detida. A Superintendência, portanto, se constituiria como que um “filtro” para o trabalho do Tribunal.

Esse formato do papel do Superintendente foi alvo de críticas que denunciavam o que seriam os “superpoderes” conferidos pelo escopo da decisão monocrática deste agente dentro do arcabouço do novo Cade, em detrimento da decisão colegiada do Tribunal. A premissa por trás dessa crítica é de que na defesa da concorrência toda decisão colegiada é superior à decisão monocrática. Aqui, no entanto, constatamos *trade-off* básico entre esses dois tipos de decisão. De um lado, decisões colegiadas tendem a ser mais corretas pelo simples fato de que sete cabeças pensando juntas têm maior potencial de acertar do que uma, além de serem mais democráticas e transparentes. De outro lado, decisões colegiadas também tendem a ser mais morosas. O assunto é discutido em sessão – no caso do Cade, pública –, ainda com a possibilidade de pedidos de vista de conselheiros que não o relator da matéria. Entendemos que este *trade-off* é tratado no PL da forma mais eficiente possível. Os casos mais difíceis, nos quais se discute a intervenção do Estado, nunca são decididos monocraticamente, requerendo discussão e votação no Tribunal. Já para aqueles considerados mais fáceis, a expedita decisão monocrática do Superintendente é a mais adequada. E isso não impede que membros do Tribunal entendam de forma diversa, avocando o processo e aprofundando a análise.

No Projeto de Lei original do Poder Executivo remanesciam funções residuais de escrutínio tanto de Atos de Concentração como de condutas para a Seae/MF. Ao longo do processo de discussão, acabou por se entender que seria desejável enviar mensagem inequívoca à sociedade de que a análise desses processos seria, de fato, unificada dentro do novo Cade, implicando substancial redução do “custo Cade”. Sendo assim, foram removidas aquelas “funções residuais”, com a Seae/MF passando a concentrar seu trabalho na introdução da cultura da concorrência dentro do próprio setor público, o que constitui vertente-chave da chamada “advocacia da concorrência”. Constatase que há conjunto substantivo de problemas concorrenciais que surgem pela criação de barreiras a entradas artificiais no mercado, em virtude de regulamentações anticompetitivas emanadas pelo próprio Estado, sem justificativas que sejam econômico ou socialmente razoáveis. Assim, faz sentido ter um órgão especializado que tenha a incumbência, também dentro do próprio Estado, de exercer contrapeso a esse tipo de ineficiência. Não há dúvida de que a Seae, que já tem redirecionado seu trabalho para essa função, dispõe de especialização cada vez mais refinada nesse papel, além de estar em posição privilegiada dentro da burocracia do governo brasileiro para o exercício de influência mais significativa sobre a máquina pública, e é o órgão talhado para esta missão.

Tal como no caso da Seae, o papel do Ministério Público Federal – MPF na defesa da concorrência também foi alterado de forma a desonerar a tramitação de ACs, para os quais a participação do MPF deixa de ser obrigatória, evitando a duplicação de trabalho com a Procuradoria do Cade. Naturalmente, isso não inviabiliza a participação do MPF em ACs que julgar de influência decisiva nos interesses difusos da sociedade, o que já constitui prerrogativa intrínseca desse órgão.

Cabe ainda ressaltar que maior celeridade do processo de análise de ACs, se já é fundamental hoje, o será mais ainda em um contexto de exame prévio de ACs. As mudanças de papel, tanto para a Seae como para o MPF, se tornam peças-chave dessa transformação.

Já no caso de condutas potencialmente anticompetitivas, garantiu-se no PL que o MPF mantivesse sua posição de destaque nas investigações e na

implementação do programa de leniência, no qual o órgão tem participado, de forma bastante eficaz, em vários dos casos já analisados.

Por fim, destaca-se também a criação do Departamento de Estudos Econômicos no Cade, que servirá tanto à Superintendência quanto ao Tribunal e que responde à crescente demanda de sofisticação da análise econômica na defesa da concorrência, inclusive em relação ao uso de econometria. Afinal, o Cade lida com análises prospectivas de mercado em um campo da teoria econômica, a organização industrial, que se encontra em rápida evolução analítica e tem gerado sempre inovadoras prescrições para o antitruste, o que inclui a interface com métodos econométricos.

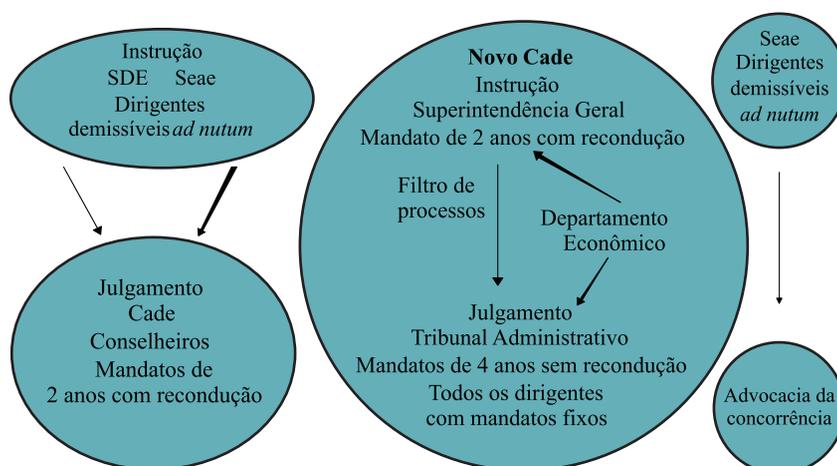
O PL reforça a independência dos membros do Tribunal e do Superintendente. Os mandatos do Presidente e dos Conselheiros do Tribunal são ampliados de dois para quatro anos, removendo-se a possibilidade de recondução. O Superintendente-Geral – que representaria o atual Secretário da SDE/MJ – passa a deter mandato de dois anos.

A ampliação dos mandatos dos membros do Tribunal otimiza a experiência adquirida por estes no exercício da função, o que aproxima o órgão de seus congêneres internacionais. O prazo de dois anos é usualmente considerado como insuficiente, dado o natural período de aprendizado que os conselheiros devem ter nessa função de “juízes administrativos”. Não é por outra razão que se mantém no PL a previsão de que os mandatos dos conselheiros serão não coincidentes, de forma a permitir que as substituições ocorram preservando ao máximo a inteligência institucional e a trajetória – que se pretende – ascendente do órgão. Este argumento, no entanto, também indicaria que o Superintendente-Geral deveria contar com mandato igual ao dos membros do Tribunal, e não apenas dois anos. Aqui mais uma vez há *trade-off* que merece reflexão. O maior problema da extensão de mandatos diz respeito à possibilidade de que uma escolha de conselheiro que se revele *ex post* claramente equivocada perdue por período excessivo de tempo. No Plenário do Tribunal, esse é um problema menor, dado que a capacidade de um membro gerar prejuízos à qualidade das decisões é diluída, pois há mais seis membros para corrigir possíveis erros. Já no que tange à Superintendência, não há essa possibilidade de correção, dado se tratar de decisão monocrática. De outro lado, pode-se argumentar que o *check and*

balance da Superintendência já é o próprio Tribunal, especialmente em função da prerrogativa dos conselheiros em avocarem processos em caso de desacordo com o Superintendente. Ademais, o instituto da recondução constitui um dos fatores que mais comprometem a desejável independência dos mandatários. Enfim, esse ponto certamente demandará detida reflexão do Senado ponderando prós e contras. O quadro a seguir retirado do voto do relator na Comissão Especial da Câmara sumaria as mudanças pretendidas examinadas nesta seção.

Quadro 1. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – reestruturação institucional

Atual Lei nº 8.884/1994 **Projeto de Lei enviado ao Senado**



O PL, por fim, institui quarentena de quatro meses após o término dos mandatos, o que é desejável para evitar eventual utilização indevida de informações obtidas no exercício do cargo.

CRITÉRIOS DE NOTIFICAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Outra mudança que deve atenuar bastante os problemas de atraso da análise de ACs diz respeito à alteração dos critérios de notificação no sentido de reduzir o volume de atos submetidos ao Cade. Isso é positivo dado haver razoável consenso de que os parâmetros atuais têm levado a um número excessivo de notificações desnecessárias. Na Lei atual, as operações nas quais qualquer participante tenha faturamento superior a R\$ 400 milhões ou que gerem concentração de mais de 20% do mercado relevante devem ser submetidas.

Em tese, a variável “participação de mercado” captura de forma mais precisa o poder de mercado das empresas do que a variável “faturamento”. No entanto, o PL remove este último critério, dado que o que se entende como o mercado relevante da operação é algo ainda a ser definido pela autoridade de concorrência após a notificação, e não pela parte *a priori*. Ademais, naturalmente a empresa possui incentivos para dimensionar o mercado de forma a reduzir ao máximo sua própria participação de mercado.

De outro lado, o critério de faturamento é mais claro e direto do que o de participação no mercado relevante, o que reduz a insegurança jurídica do critério de notificação.

E o PL adiciona “segunda trava” no critério do faturamento, requerendo que a outra parte da operação detenha faturamento de pelo menos R\$ 30 milhões. Na situação atual, qualquer operação realizada por uma “empresa grande” – faturamento superior a R\$ 400 milhões anuais –, mesmo em se tratando de fusões ou aquisições com empresas bem pequenas, tem de ser notificada. Com a mudança pretendida, várias operações sem qualquer impacto no mercado deixarão de ser notificadas, poupando recursos privados e públicos.

Vale comentar outra questão importante sobre o critério do faturamento. Há algum tempo, o Cade entendia que o valor do faturamento deveria englobar não apenas as receitas da empresa ou grupo no país, mas também as no exterior. Isso ampliou bastante o conjunto de operações de multinacionais que, mesmo sem produzir no país, tinham de notificar. Recentemente, o Cade alterou esse entendimento, adotando o critério de faturamento no país, o que se encontra explicitamente contemplado no Projeto de Lei enviado ao Senado.

De qualquer forma, não se pode negar que contar exclusivamente com critérios de faturamento e remover o critério dos 20% do mercado relevante embute risco de permitir que determinadas operações com efeitos anticompetitivos não sejam nem notificadas. Afinal, a despeito de o poder de mercado estar realmente mais correlacionado com o tamanho da empresa, tal correlação não é perfeita. Se o mercado relevante geográfico for regional ou mesmo local, é possível que empresas com baixo faturamento tenham efetivo poder de mercado e sua fusão traga implicações anticoncorrenciais.

A forma encontrada de levar em conta tal problema foi introduzir salvaguarda importante que faculta ao Cade, no prazo de um ano a contar da data de consumação da operação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem nos critérios de faturamento.

CARTÉIS

Não há dúvida de que a conduta com maior potencial de dano à concorrência é o cartel. No entanto, ao SBDC faltavam os instrumentos adequados para coibir tal prática. O primeiro cartel condenado após a Lei nº 8.884/1994 foi o do aço em 1999, detectado de forma totalmente casual: as empresas, acostumadas dentro do paradigma anterior a discutir conjuntamente seus reajustes com o governo, foram à Seae e informaram sua intenção de realizar reajustes de preços paralelamente, o que acabou acontecendo posteriormente com intervalos de no máximo uma semana entre as remarcações.

Já nesta década, o SBDC tornou-se muito mais ativo na persecução de cartéis. Basicamente dois fatores explicam essa melhoria de desempenho: as novas prerrogativas da SDE e da Seae¹ na busca e apreensão de documentos em empresas suspeitas e a introdução do programa de leniência. Este último constitui um dos principais instrumentos de identificação e punição de um

1. Ver Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000.

cartel em outras jurisdições, inclusive Estados Unidos e União Europeia, com resultados muito positivos. O propósito da leniência é basicamente instabilizar os cartéis, estimulando comportamentos não cooperativos dos agentes entre si.

O PL traz alterações importantes no que diz respeito ao programa de leniência. Primeiro, na Lei atual, os líderes do cartel nunca poderiam fazer parte de acordo de leniência. A ideia é a de que o líder do arranjo não pode ser menos penalizado do que os outros, até como forma de sinalizar a disposição da autoridade em não atenuar as penas para quem organizou o arranjo.

Há, entretanto, alguns problemas com tal abordagem. Primeiro, há muitas vezes dificuldade em se inferir quem é o líder. Segundo, é possível que aquele que porventura seja considerado o líder seja aquele com mais informações disponíveis para a autoridade. A desconsideração desses potenciais lenientes pode fazer toda a diferença no que diz respeito à condenação do cartel. São estendidos os efeitos do programa de leniência para crimes conexos, como, por exemplo, fraude de licitação pública. Tais aperfeiçoamentos geram mais incentivos à adesão ao programa, incrementando a política de combate a cartéis.

A proposta enviada ao Senado também estende os efeitos do acordo de leniência às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos empregados envolvidos na infração. A extensão pretendida garante ao leniente que ele não será punido por meio de empresas de seu grupo ou empregados, reduzindo a incerteza do denunciante quanto ao alcance da leniência. O único problema aqui é que dentro da empresa, entre os executivos que ajudaram na coordenação do cartel, tal como entre as empresas participantes, é preciso manter o incentivo a ser o primeiro a denunciar. Se um diretor comercial, por exemplo, sabe que também será incluído nos benefícios da leniência assinada pela empresa, ele naturalmente terá menos incentivos a realizar a denúncia antes da própria empresa. Este é mais um ponto a merecer maior reflexão por parte do Senado.

Um dos pontos destacados no Relatório dos Pares da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE² é que uma lei acessória à Lei nº 8.884/1994, a Lei nº 8.137/1990, define como crimes contra a ordem

2. BANCO MUNDIAL; OCDE. *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002 (original em inglês de 1998).

econômica um conjunto excessivo de condutas. Dada a aplicação da regra da razão em que o potencial anticompetitivo de cada conduta não pode ser avaliado fora do contexto econômico em que se insere, fica nítido que tal generalização não é apropriada, porque pode estar restringendo um número de práticas que, ao fim do dia, sejam salutares do ponto de vista do mercado. Sendo assim, o PL encaminhado ao Senado descaracterizou criminalmente várias dessas condutas, apenas mantendo os casos dos cartéis, para os quais dificilmente se configuram eficiências compensatórias que impliquem efeito líquido positivo da conduta. Essa mudança se constituiu em medida saneadora importante do Projeto enviado ao Senado.

MUDANÇAS RELEVANTES DE CONCEITOS ECONÔMICOS NA LEI

Algumas mudanças de conceitos econômicos são dignas de menção. Primeiro, a Lei atual relaciona posição dominante unicamente com a variável “participação de mercado”. É presumida a posição dominante quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% do mercado relevante. A moderna teoria do antitruste cada vez mais conta com outras variáveis, que não a participação de mercado, para efetuar a análise de concorrência. Afinal, é sabido que, mesmo quando uma concentração gerar participação de mercado muito alta, é ainda possível se concluir pela ausência de problemas concorrenciais, quando se constatar que o mercado em questão seja suficientemente contestável, com baixas barreiras à entrada. Nesse caso, a mera ameaça de entrada que ocorreria, caso os preços e, por conseguinte, a rentabilidade aumentassem acima do custo de oportunidade da economia, já disciplinaria o comportamento dos incumbentes. Nesse contexto, adicionou-se ao critério dos 20% uma definição mais precisa sobre posição dominante, que ocorrerá quando uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado. Ou seja, verificada tal condição, significa que uma empresa ou conjunto de empresas é capaz de definir suas variáveis estratégicas fundamentais, como preço, qualidade de produto e inovação, sem levar em conta o comportamento de

qualquer outro *player* na economia. E é nesse contexto que cabe a ação da autoridade antitruste.

Outra alteração conceitual importante diz respeito ao campo das eficiências compensatórias. Toda vez que a análise da fusão indicar a presença de efeitos anticompetitivos, que usualmente estão associados com perda de eficiência alocativa no setor, ainda sim é possível sua aprovação pela autoridade de concorrência, quando se constatarem eficiências que impliquem melhorias nas eficiências produtiva e/ou dinâmicas. O art. 54 da Lei nº 8.884/1994 define como eficiências a serem consideradas o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade de bens ou serviço, a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico. Tais dispositivos foram mantidos na proposta enviada ao Senado.

De outro lado, a Lei atual também define que operações com efeitos potencialmente anticompetitivos requeiram, para serem aprovadas, que os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre seus participantes e os consumidores. Esse requerimento de equanimidade na distribuição de benefícios é dificilmente exigido na prática, pois sua eventual aplicação a ferro e fogo provavelmente levaria ao bloqueio de operações com efeito líquido largamente positivo ao bem-estar social. Dessa forma, passou a ser requerido que parte, e não metade, dos benefícios – em qualquer proporção – sejam repassados aos consumidores.

Também se previa como motivação para a aprovação de operações potencialmente anticompetitivas “motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum”. Além de se constituir em elemento estranho aos objetivos da política de concorrência, tal dispositivo é excessivamente subjetivo.

7. CONCLUSÕES

As políticas de defesa da concorrência integram, atualmente, o conjunto fundamental de instituições necessárias à promoção do crescimento econômico. E tais instituições não são resultados obrigatórios do que seria natural busca das sociedades por arranjos eficientes. Devem ser construídas

inclusive caminhando muitas vezes na direção contrária das forças naturais da sociedade. Tal constatação foi captada no clássico de Douglas North (1990),³ no qual se conclui que boa parte da estagnação na história econômica mundial, em especial nos países do terceiro mundo, é explicada pelo fato de essas sociedades “favorecerem em grande medida atividades que promovem atividades redistributivas e não produtivas, que criam condições de monopólio ao invés de competitivas e que restringem oportunidades ao invés de expandi-las”. Uma política de defesa da concorrência bem desenhada, evidentemente, ataca diretamente o núcleo desse problema.

De 1994 até hoje, o SBDC passou por intenso período de aprendizado e evolução institucional. A análise econômica ficou mais refinada.⁴ Pode-se dizer hoje que a aplicação da legislação de defesa da concorrência está em linha com o *benchmark* internacional. Nesse sentido, Relatório dos Pares da OCDE de 2005⁵ constata que: “Apesar das sérias deficiências, o SBDC realizou progressos substanciais durante os últimos cinco anos, implementando uma sólida política de concorrência no Brasil”.

O debate sobre a reestruturação do SBDC vem da década passada, tendo amadurecido ao longo de todo esse período por meio de várias composições do Cade e de secretários da Seae e da SDE. No entanto, mudanças institucionais mais profundas não acontecem nem devem acontecer da noite para o dia. Mais do que qualquer coisa, as reformas institucionais com maior probabilidade de êxito são aquelas cujo objetivo e regras são razoavelmente bem-aceitas e compreendidas pela grande parte dos agentes afetados direta e indiretamente e tal grau de consenso apenas é obtido após um período suficientemente grande de tempo. Como destacado por North (1990), “instituições tipicamente mudam de forma incremental e não descontinuada”. Acreditamos que este é o caso do Projeto de Lei em comento.

3. NORTH, Douglas. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: University Press, 1990.

4. Para coletânea de casos concretos de concorrência no Brasil em que se fez utilização de instrumental econômico, ver MATTOS, C. C. A. *A revolução antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003 e MATTOS, C. C. A. *A revolução antitruste no Brasil II: o papel da teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2008.

5. OCDE. *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão dos pares*. Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2005.



PARTE 3

GOVERNANÇA REGULATÓRIA NO BRASIL: FORTALECIMENTO DA CAPACIDADE PARA GESTÃO EM REGULAÇÃO



Capítulo 7

Desafios da governança regulatória no Brasil¹

Luiz Alberto dos Santos

Aproveitando a ocasião e a oportunidade de voltar ao tema da governança regulatória no Brasil, e nessa perspectiva há pouco aqui mencionada por Francisco Gaetani, é importante, primeiro, contextualizar a evolução desse debate, à medida que esse é um tema que vem ao longo dos anos assumindo configuração diferente daquela que até muito recentemente era dada quando se entendia a questão da regulação especificamente sobre a lógica da teoria econômica.

Hoje, temos uma situação em que a discussão sobre regulação se dá cada vez mais crescentemente no campo da governança pública, como um dos temas que dizem respeito à própria questão da eficiência da atuação do Estado. No entanto, é um tema muito complexo, que envolve uma multiplicidade de aspectos, como foram aqui colocados com muita propriedade e profundidade na exposição de Stephane Jacobzone, e alguns desses aspectos envolvem diferentes visões, pelas quais podemos então avaliar suas possibilidades de desenvolvimento.

Por exemplo, na questão do acesso à informação. Se temos, por um lado, uma tensão vinda da sociedade, do mercado, enfim, de que é preciso ampliar o acesso à informação; por outro lado, existe uma tensão natural, interna à burocracia, e isso tanto faz se são nas agências ou fora das agências, que reside, ainda, na cultura do segredo no âmbito da Administração Pública, de tratar todas as informações como sigilosas.

1. Capítulo baseado em palestra proferida pelo autor no Seminário Internacional de Avaliação do Impacto Regulatório: experiências e contribuições para a melhoria da qualidade da regulação, realizado em outubro de 2007.

No âmbito da consolidação normativa, há o problema da excessiva quantidade e fragmentação de normas, que torna essa tarefa em alguns casos inadministrável, desafio absolutamente hercúleo no sentido de começar uma tarefa que não se sabe quando irá terminar, na medida em que a herança que se tem em termos de quantidade e diversidade de normas é assustadora.

Na questão da judicialização dos processos no âmbito do Poder Judiciário, e da discussão sobre a qualidade da Justiça, em que medida, ao se buscar reduzir a judicialização, pode se estar também afetando a facilidade ou o acesso dos cidadãos e das empresas ao Poder Judiciário e sua manifestação?

Na questão da transparência e da participação da sociedade, estes elementos se tornam cada vez mais centrais e requerem postura muito nítida no sentido de se abrir espaços a essa participação e de se estabelecer instrumentos institucionais que a viabilizem.

Finalmente, temos o desenho das instituições regulatórias e sua criação, que introduz, em alguns casos, como o brasileiro, variável fundamental na divisão do poder e que, apesar de a nossa experiência não ter começado em 1996, quando foi criada a primeira agência, com esse desenho institucional de agências autônomas e com garantias para seus dirigentes no que se refere a mandatos, etc., é inovação muito importante, mas ainda em fase de elaboração e implementação.

A própria discussão dos marcos regulatórios é um tema presente na agenda da governança regulatória, à medida que são inúmeros os setores que ainda estão em processo de transição entre um modelo de regulação estatal para monopólios estatais e para setores em que a competição entre empresas no mercado ou mesmo monopólios privados requer diferente visão dessa função. E, enfim, há necessidade de que essa regulação, em qualquer cenário, seja uma regulação de qualidade, o que envolve inúmeros outros insumos.

O desenho do Estado no Brasil é também, de fato, muito complexo, o que muitas vezes coloca como dificuldade a comparação internacional. O Brasil é uma República Federativa composta por 27 unidades, inclusive o Distrito Federal, com três poderes constitucionalmente harmônicos e independentes entre si, em que não se admite a delegação de competências legislativas, exceto no que se refere às leis delegadas e às medidas provisórias.

Temos um Poder Executivo bastante fragmentado internamente, pela existência de ministérios e secretarias no âmbito da Administração direta em razoável quantidade e, quando comparamos com outros países, vemos uma quantidade significativa de órgãos nessa estrutura: fundações, autarquias e empresas, beirando mais de duas centenas de entidades diferentes; um setor “quase estatal”, parte dele oriundo da estrutura corporativa do Estado Novo – como os serviços sociais autônomos que giram em torno do sistema sindical, as organizações sociais, um tipo institucional novo que alguns estados implantaram em maior número do que a União; e instituições de controle no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público, que atuam, frequentemente, tensionando a forma como o Executivo se comporta.

Comparar o Brasil, nesse contexto, com outros países, é tarefa bastante delicada. Ainda assim, temos alguns avanços e medidas de caráter institucional e normativo recentes aos quais gostaríamos de chamar a atenção para que possamos avaliar as possibilidades de outros avanços.

De pronto, gostaria de abordar a questão do aumento da transparência e do acesso à informação. É inegável que no Brasil, nos últimos dez anos, houve avanço muito grande no que se refere ao aumento da transparência e do acesso à informação. Por exemplo, as iniciativas de governo eletrônico são bastante ilustrativas, na medida em que o uso cada vez maior dessas tecnologias propicia o acesso a todo e qualquer cidadão brasileiro em qualquer ponto do país a normas, leis e regulamentos.

Temos hoje, no âmbito do Poder Legislativo, toda a legislação e todo o processo legislativo em todas as suas fases disponibilizado na internet, *online*, ou seja, praticamente em tempo real, para qualquer cidadão. Também o Tribunal de Contas da União divulga informações bastante atualizadas e completas sobre processos e decisões.

No Poder Judiciário, temos praticamente a totalidade das decisões judiciais dos Tribunais Superiores, particularmente do Supremo Tribunal Federal, mas também do STJ, do TSE, do TST, e de quase todos os órgãos do Poder Judiciário, disponibilizadas em instrumentos de consulta e acompanhamento de suas decisões, permitindo a qualquer cidadão a qualquer momento consultar a jurisprudência e saber o caminho que está se trilhando.

No Poder Executivo, essas tecnologias viabilizaram aumento significativo do emprego de consultas públicas por meio da internet, de que são exemplo as consultas feitas por agências reguladoras, mas também por ministérios e outras instituições. A legislação federal é também disponibilizada *on-line* por intermédio dos *sites* da Casa Civil, da Presidência da República, e dos ministérios. Inúmeros ministérios têm espaços específicos para a disponibilização de sua legislação.

O próprio Diário Oficial, que há até muito pouco tempo era de difícil acesso – um cidadão no Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, levava uma semana ou mais para saber que uma medida provisória ou uma lei foi publicada –, hoje é disponibilizado instantaneamente e qualquer cidadão tem acesso à versão do dia, e de dias, meses e anos anteriores por meio da internet. O amplo uso dessa tecnologia tem, portanto, propiciado a ampliação do acesso à informação pública e isso, além das questões puramente regulatórias, normativas e legais, envolve também as ações de governo em várias áreas e serviços públicos que são cada vez mais disponibilizados.

Diversas páginas do governo, na internet, ilustram essa tendência de uso da tecnologia. Por exemplo:

- Senado Federal disponibiliza legislação completa desde os tempos do Império.
- Câmara dos Deputados oferece *site* em permanente atualização.
- Interlegis, projeto conduzido pelo Senado Federal, disponibiliza informações sobre as legislaturas estaduais.
- Supremo Tribunal Federal, com *site* modernizado recentemente, possui página de pesquisa extremamente eficiente; hoje os arquivos já são disponibilizados em formato PDF, arquivos em formato de documento portátil, portanto sem perda de qualidade da documentação.
- Tribunal Superior Eleitoral divulga informações sobre eleições, candidatos, partidos, financiamento de campanhas, extremamente úteis para o exercício da cidadania.
- Superior Tribunal de Justiça, na mesma direção.
- Mais recentemente, a partir de 2005, a implantação, por meio de

decreto presidencial, do Portal da Transparência passou a propiciar informações sobre dados e contas públicas, execução de convênios, enfim, uma série de informações disponíveis *on-line* que permitem a fiscalização da Administração Pública.

Também há páginas de vários órgãos da Administração Pública, tais como:

- Receita Federal.
- Ministério do Planejamento, que propicia acesso *on-line* a uma série de informações de interesse dos próprios servidores públicos.
- Ministério da Saúde, com conjunto riquíssimo de informações sobre saúde pública no Brasil.
- Previdência Social, que propicia acesso inclusive a requerimentos de benefícios previdenciários.

Enfim, trata-se de avanços que há até pouco tempo existiam apenas no campo da ficção científica.

O acesso à informação tem, no plano legislativo, avançado também à medida que várias leis aprovadas desde a Constituição de 1988 propiciaram essa ampliação, assegurando o direito à informação. Ainda que nossa Lei de Processo Administrativo não seja a ideal, várias leis a complementam para propiciar maior acesso e facilidade do cidadão em seu relacionamento com a Administração Pública, no sentido de requerer e obter informações de seu interesse.

É o caso, por exemplo, da Lei nº 8.159, de 1991, que trata do acesso a documentos e arquivos públicos e informações de posse dos órgãos públicos; da Lei nº 9.051/1995 que assegura a cada cidadão o direito de requerer certidões para defesa de seus direitos e esclarecimento de situações; da Lei de Acesso a Informação Ambiental, de 2003, que permite a qualquer interessado o acesso a dados e informações ambientais existentes nos órgãos do Sistema Nacional de Meio Ambiente – Sisnama. Há também a Lei nº 11.111, de 2005, que flexibiliza as regras de acesso a informação da Lei nº 8.159, de 1991, e que restringiu o uso da prerrogativa de atribuição de sigilo, no grau

de ultrassecreto, por parte da Administração. Hoje, essa rubrica só pode ser atribuída por intermédio de deliberação da Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas, coordenada pela Casa Civil, da Presidência da República. Essas medidas vêm permitindo avanços importantes.

Por sua vez, o Decreto nº 5.482, de 2005, que institucionalizou o já referido Portal da Transparência, permite e torna obrigatório que se disponibilizem, em linguagem acessível e simplificada, informações sobre gastos públicos, repasses, operações de descentralização de recursos, etc.

O governo vem discutindo já há alguns meses no âmbito de um conjunto de ministérios, incluindo a Controladoria-Geral da União, a Casa Civil, o Conselho de Transparência e Combate à Corrupção, o Gabinete de Segurança Institucional, o Ministério das Relações Exteriores, o Ministério da Justiça, o próprio Ministério Público, além do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a construção de proposta a ser enviada ao Congresso Nacional consolidando as normas sobre acesso a informação e avançando no sentido de proporcionar acesso mais efetivo e ampliar o escopo desse direito para que as informações utilizadas pela Administração Pública em seu processo decisório se tornem efetivamente disponíveis e acessíveis ao cidadão.

Como paradigma dessa experiência, destacam-se os casos do México e dos Estados Unidos, particularmente o caso mexicano, à medida que se criou lá uma instituição, o Instituto Federal de Acesso à Informação, para dar conta dessa tarefa.

No campo da governança democrática, viabilizando maior nível de participação da sociedade na gestão pública, o governo do Presidente Lula tem fortalecido as instâncias de participação. Atualmente, existem no âmbito do governo federal cerca de noventa diferentes órgãos, como conselhos, comitês e instâncias consultivas, deliberativas e de aconselhamento, dos quais participa efetivamente a sociedade civil ou suas representações.

As audiências públicas e as consultas públicas são cada vez mais empregadas, como mencionou Dirceu Raposo de Mello – só na Anvisa são mais de oitocentas consultas públicas já realizadas –, e frequentemente esses instrumentos são utilizados como parte do processo de tomada de decisão sobre as políticas públicas e o exercício do poder normativo e regulamentar, não apenas nas agências reguladoras, mas no conjunto da administração.

Esse é um compromisso que o governo vem buscando honrar e implementar, tendo inclusive adotado medidas concretas buscando fortalecer a participação da sociedade civil no próprio processo de elaboração do plano plurianual, como ocorreu em 2003 e 2007, e deve ser futuramente regulamentado. Em todo o país, inclusive, essa tem sido uma marca da Administração Pública no Brasil em nível municipal. As experiências de orçamento participativo têm sido extremamente importantes para oferecer aos cidadãos a oportunidade de participar das decisões quanto à alocação de recursos.

No que se refere à judicialização dos conflitos, uma das mais importantes medidas adotadas foi a adoção da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a Reforma do Judiciário, que foi uma das consequências imediatas da prioridade dada pelo governo a esse tema, inclusive com a criação de uma Secretaria, pela primeira vez, para tratar do tema. Depois de mais de quinze anos, graças a esse impulso, a Emenda restou aprovada, assim como o novo Código Civil foi aprovado, tendo sido sancionado em 2004.

O conjunto de medidas adotadas nessa direção visa exatamente a promover melhoria do controle externo da atividade do Poder Judiciário e dar maior eficiência, celeridade, qualidade, confiabilidade e transparência ao processo. Com a introdução da súmula vinculante, assegura-se ainda maior coerência no âmbito das decisões do Poder Judiciário, permitindo que o Supremo Tribunal Federal possa estabelecer entendimentos a serem observados pelas instâncias inferiores em casos especiais, reduzindo, assim, a judicialização do conflito.

No âmbito específico das agências reguladoras, o Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, não responde, e não poderia responder, pela totalidade das soluções dos problemas da agenda regulatória do Brasil. Temos hoje, ainda, um conjunto grande de instituições que exercem funções regulatórias, mas não são, formalmente, agências reguladoras. Daí, o alerta feito por Jacobzone, quando diz que a análise de impacto regulatório não pode ser exclusiva para as agências reguladoras, mas abordagem integral do processo regulatório como um todo.

Há quantidade muito grande de instituições que exercem essas funções e que não são, legalmente, agências reguladoras. As próprias

agências reguladoras ainda têm nível de disparidade institucional naquilo que poderíamos chamar de isomorfismo institucional imperfeito, ou seja, o modelo foi copiado, mas não foi adequadamente adaptado, e naquilo que foi copiado, mas implantado de forma diferenciada, sem razoabilidade suficiente, entre as dez agências reguladoras que foram criadas a partir de 1996. Daí a necessidade de alguns ajustes e adequações nesse modelo.

Quando, em 2003, foi criado grupo de trabalho interministerial coordenado pela Casa Civil com essa finalidade, tivemos o cuidado de buscar identificar no modelo e na sua implementação suas virtudes e defeitos. Entre os problemas identificados, verificamos a precariedade dos instrumentos utilizados na implementação das agências, inclusive a incompletude e a improvisação do modelo; o baixo uso pelas agências dos instrumentos de transparência e consulta pública, que não era ainda uma prática tão disseminada; o baixo grau, no geral, de *accountability*, diante de seus *stakeholders* e, particularmente, diante da sociedade; e o elevado risco de captura, o que era uma consequência do baixo nível de autonomia técnica e decisória e da ausência de quadros profissionalizados no âmbito dessas agências naquela ocasião.

Verificamos, ainda, um nível de qualidade da regulação insuficiente em relação aos parâmetros internacionais usualmente considerados; uma absorção indevida de competências de formulação de políticas pelas agências, em alguns casos, decorrente, em parte, da omissão dos ministérios e da adoção de perspectiva de esvaziamento ministerial; uma disponibilidade de recursos humanos ainda insuficiente tanto nas agências quanto nos ministérios; e uma impropriedade do uso do poder concedente conferido por lei às agências reguladoras.

Essa estruturação funcional incompleta não poderia produzir os melhores resultados e um dos elementos nesse processo que mais chamou a atenção foi a inadequação dos quadros de pessoal nas agências e nos ministérios, o que exigiu medidas mais rápidas e mais urgentes, já que é questão fundamental. Também outras questões foram observadas, como a falta de cooperação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência e a insuficiência dos instrumentos de controle social e de controle de gestão.

Isso tem um preço: a qualidade da regulação não é ainda e não era a ideal, quando se olha em perspectiva comparada. Como Jacobzone demonstrou por meio de alguns gráficos, isso fica evidente à medida que, por exemplo, na escala de análise de impacto regulatório, não temos pontuação e, no que se refere a consultas públicas, estamos no meio da escala.

Em abordagem mais abrangente, feita a cada ano pelo Banco Mundial e que classifica os países de acordo com indicadores de governança, o Brasil está ainda em situação inferior a de países latino-americanos, como a Colômbia e o México, e bem distante do Chile, que, peculiarmente, não tem agências reguladoras autônomas, nos modelos que nos acostumamos a entender como adequados.

O modelo de agências reguladoras vem, portanto, sendo objeto de revisão no âmbito do Projeto de Lei nº 3.337, enviado ao Congresso em 2004, e que busca, exatamente, resolver alguns desses problemas, entre eles a redefinição das competências das agências, uma redefinição e uma qualificação do conceito de autonomia, buscando atender o princípio de que a agência deve ter autonomia técnica e capacidade para exercer as funções de regulação e fiscalização que lhe são típicas; portanto, as funções de definição de políticas não são funções de agências reguladoras.

É preciso, ainda, estabelecer vinculação mais clara entre receitas e orçamento e desempenho para que as agências sejam legitimadas no sentido de receber recursos que, inclusive, se originam em suas atividades, como também a melhoria da participação social e da prestação de contas.

Chamo a atenção, ainda, para o Projeto de Lei nº 7.528, de 2006, que trata das questões relativas a conflito de interesses. Em tramitação no Congresso, e já aprovado pela Comissão de Trabalho, de Administração e de Serviço Público da Câmara dos Deputados, o Projeto trabalha a questão de forma mais abrangente, estabelecendo, inclusive, um prazo maior para inibir o *revolving doors*, passando de quatro meses para um ano o período de quarentena.

As perspectivas atuais do Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, buscam concluir sua negociação e votação com a maior brevidade possível, a depender, evidentemente, do calendário da Câmara dos Deputados, que tem sido bastante difícil de prever, porque, além de ser um projeto prioritário no âmbito do governo, incluído entre as propostas do Programa de Aceleração

do Crescimento, o PAC, é um projeto que já foi exaustivamente negociado, inclusive mediante a incorporação de sugestões e contribuições oriundas de diversos setores, tais como Câmara Americana de Comércio, Federação da Indústria de São Paulo e outros segmentos.

Mas ainda há alguns ajustes que o Relator deverá propor, voltados, especialmente, à melhor definição do escopo das agências, melhor conceituação do que é regulação e de sua abrangência, a questão da autonomia orçamentária, entre outros problemas que ainda precisam ser mais bem equacionados no campo da redação.

Por fim, temos a já votada em primeiro turno no Senado Federal Proposta de Emenda à Constituição nº 81, de 2003, que trata de introduzir na Constituição novo artigo, o art. 175-A, a fim de colocar no âmbito constitucional a previsão da existência de agências reguladoras como entidades sujeitas a regime autárquico especial, destinadas ao exercício de atividades regulação e fiscalização e aplicação de sanções com vistas ao funcionamento adequado dos mercados e da estruturação de serviços e bens públicos.

Os princípios que essas instituições deveriam observar em seu funcionamento, definidos pela Emenda, são aqueles que, tradicionalmente, já identificamos como os que respondem a essa natureza, como a proteção do interesse público, a defesa da concorrência e do direito do consumidor, a promoção da livre iniciativa, a prestação de contas, a impessoalidade, transparência e publicidade, a autonomia decisória, administrativa e financeira, a decisão colegiada, a notória capacidade técnica e reputação ilibada para o exercício das funções de direção, a estabilidade e previsibilidade das regras, enfim, um conjunto de princípios que são inquestionáveis naquilo que respondem ao interesse da sociedade.

E, por último, merece destaque o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG, objeto de negociação mantida há quase dois anos com o Banco Interamericano de Desenvolvimento com a participação de diversos ministérios e agências reguladoras. O PRO-REG busca formatar um conjunto de iniciativas que atendam a objetivos tais como o fortalecimento do sistema regulatório, da capacidade de formulação e análise de políticas públicas nos setores regulados, a melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre políticas

setoriais e processo regulatório, o fortalecimento da autonomia, transparência e desempenho das agências, o desenvolvimento e aperfeiçoamento dos mecanismos para o exercício do controle social e transparência, etc.

Esse programa, que terá horizonte inicial de três anos para sua implementação, será conduzido por duas instâncias: um comitê gestor, composto pela Casa Civil, Ministério do Planejamento e Ministério da Fazenda, e um comitê consultivo, composto pelos ministérios que têm agências reguladoras sob a sua supervisão, como os Ministérios das Minas e Energia, das Comunicações, Transportes, Saúde, Cultura, Defesa e Meio Ambiente, além do Ministério da Justiça, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e todas as dez agências reguladoras.

No que se refere aos componentes que esse Programa visa a desenvolver, destaca-se o fortalecimento da capacidade de formulação e análise de políticas e a melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico; nesse, especificamente, a ação prevista é o desenho de estratégia de implementação e institucionalização da análise de impacto regulatório. É exatamente aqui que entra o escopo deste Seminário, que é introduzir na agenda do governo e no debate que se fará as possibilidades dessa ferramenta para a melhoria da qualidade da regulação no país.

O componente fortalecimento da autonomia, transparência e desempenho das agências deve, precisamente, contemplar um programa de capacitação em análise de impacto regulatório, o desenvolvimento e implementação de um sistema de seleção de diretores, formulação e implementação de programa de capacitação em processos administrativos e gestão por resultados, enfim, questões absolutamente centrais para que se tenha qualidade maior, aumento da transparência e melhoria do desempenho das agências. Destaca-se também como componente-chave o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle social.

Quais são os principais desafios identificados pelo governo identifica que devam ser enfrentados para que se possa melhorar a governança regulatória no Brasil? Primeiramente, o aumento da legitimidade, capacidade e transparência das instituições regulatórias, de modo que a sociedade disponha dos melhores instrumentos para que seus interesses sejam atendidos. Segundo, a clareza de papéis, limites e responsabilidades das instituições reguladoras, nos termos

da Constituição Federal, evitando-se, assim, os conflitos que frequentemente ocorrem, como mencionou Ronaldo Seroa da Motta.

É também fundamental a definição clara e precisa da extensão e dos limites da autonomia das agências reguladoras naquilo que elas efetivamente precisam para bem exercer as suas funções e compatíveis com o sistema constitucional. Precisamos buscar, ainda, o aperfeiçoamento dos mecanismos de coordenação e supervisão e a implementação da análise de impacto regulatório, desafios e discussão inevitáveis, e que somente podem ser viabilizados como resultado de um processo de envolvimento e parceria entre as instituições de governo e a sociedade.

Por fim, é preciso buscar o aperfeiçoamento e a consolidação normativa, de modo a reduzir a obsolescência dos marcos regulatórios e do conjunto normativo, e a ampliação dos esforços para que se promova a simplificação administrativa e a redução dos excessos burocráticos.

Com o enfrentamento desses desafios, poderemos alcançar novo patamar de desenvolvimento da governança regulatória no Brasil e superar gargalos institucionais para que a qualidade da regulação no Brasil atinja patamares superiores e compatíveis com o grau de desenvolvimento de nossa democracia. No entanto, o aperfeiçoamento das instituições, inclusive no campo da regulação, é tarefa que jamais se dará por concluída, pois sua evolução deve acompanhar o desenvolvimento econômico, político e social do Brasil.

Capítulo 8

Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória¹

Francisco Gaetani
Kélvia Albuquerque

A ASCENSÃO DO ESTADO REGULADOR

Os governos buscam atingir o objetivo de promover o bem-estar social e econômico dos seus cidadãos por meio da adoção de ampla gama de políticas públicas. Nesse âmbito, a regulação tem desempenhado papel fundamental para permitir a gestão de economias e sociedades cada vez mais complexas.

A ascensão e consolidação do Estado Regulador é tendência generalizada que se observa nos países desenvolvidos nas três últimas décadas. Seja em países que implementaram significativas iniciativas privatizantes, seja em países em que a atuação direta do Estado como provedor de bens e serviços públicos permanece dominante, a questão da regulação colocou-se de forma irreversível na agenda do desenvolvimento social e econômico.

A regulação como forma de intervenção do Estado na vida econômica e social ganhou popularidade gradativamente nos países europeus e emergentes, embora fosse modelo institucionalizado nos Estados Unidos desde o fim do século XIX. Restrita inicialmente ao setor de infraestrutura, a abordagem reguladora foi se espalhando para áreas como saúde, meio ambiente e finanças públicas. Hoje há exemplos de agências reguladoras em quase todos os setores da economia.

1. Capítulo baseado em palestras proferidas pelos autores no Seminário Internacional de Avaliação do Impacto Regulatório: experiências e contribuições para a melhoria da qualidade da regulação, realizado em outubro de 2007.

A globalização e a constituição dos grandes blocos macrorregionais como a União Europeia e o Nafta colocaram a questão da regulação no plano internacional. Não surpreendentemente, a questão da regulação no plano mundial ocupa lugar central em agendas globais as mais variadas como a do comércio, a das patentes e a da energia atômica.

O processo de aprendizado na formulação de políticas regulatórias transformou-se em uma das principais áreas de intercâmbio de experiências entre países, por meio de diversos mecanismos de transferência e de transplante de políticas públicas. No âmbito dos países desenvolvidos, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE vem se transformando no mais respeitado *think tank* na área de políticas comparadas e vem acumulando expertise em relação ao tema desde o início da década de 1990. Instituições como o Banco Mundial, o Banco Europeu de Investimento, o Banco Interamericano de Desenvolvimento, o Banco Asiático de Desenvolvimento e outras agências de fomento passaram também a funcionar como cadeias de transmissão da difusão de políticas regulatórias junto a países pobres e em desenvolvimento.

Hoje não há país indiferente ao debate sobre as vantagens e desvantagens de se adotar abordagem para a provisão de serviços públicos baseada em políticas regulatórias. Isso não significa que a ascensão da abordagem regulatória nos mais diversos países esteja se dando de forma linear e desprovida de problemas. Pelo contrário, os fracassos, bem como os avanços e os retrocessos, têm se constituído em preciosa fonte de massa crítica para o estudo do tema e para a identificação de boas práticas e exercícios de *benchmarking*.

No entanto, o debate em torno da necessidade de se buscar contínuas melhorias nas modelagens de arranjos regulatórios não é de simples equacionamento. Parte dos problemas são explicados, em boa medida, pela maneira como foram se constituindo os marcos regulatórios na maioria dos países: subprodutos de processos de privatização que foram se institucionalizando *ex-post*.

O caso do Brasil, por exemplo, seguiu esse padrão. As privatizações não foram precedidas de organização mais elaborada, nem do marco regulatório dos setores em que as estatais atuavam, nem do marco regulatório genérico para todos os setores, nos moldes da iniciativa que hoje se encontra sob

apreciação do Congresso Nacional. O esforço de consolidação das agências reguladoras ocorreu somente a partir de 2003, paradoxalmente em um governo que não tinha empatia com as políticas privatizantes do antecessor.

O DIÁLOGO EM TORNO DE POLÍTICAS REGULATÓRIAS

Ideias e políticas públicas viajam pelo mundo, mas são fortemente condicionadas pelos contextos em que são aplicadas. As políticas regulatórias tiveram origem no mundo anglo-saxão e nunca tiveram o mesmo apelo nos países da chamada Europa Continental, de origem latina e mediterrânea, até décadas atrás, o mesmo podendo ser dito dos países asiáticos cujo desenvolvimento foi historicamente alavancado por forte participação direta do Estado.

A regulação não produz benefícios ao interesse público *per se*. Depende de seu manejo. A regulação pode se transformar em obstáculo para que sejam atingidos os objetivos de bem-estar social e econômico para os quais ela foi desenhada. Pode ser excessiva, impedir a inovação ou criar barreiras desnecessárias ao comércio, à concorrência, ao investimento e à eficiência econômica. Não é à toa que muitos agrupamentos políticos e entidades empresariais costumam identificar a regulação com processos de regulamentação do funcionamento do mercado, objeto de suas frequentes críticas.

Assim, é importante que a adoção de abordagens relacionadas à provisão dos serviços públicos que favoreçam a via regulatória seja continuamente problematizada com vistas a sua contínua melhoria, até porque a maioria dos setores objeto de ação regulatória são caracterizados por intenso dinamismo tecnológico e por frequentes reorganizações de mercado – em geral via movimentos de concentração, inclusive de caráter transnacional.

Em linhas bastante gerais, a adoção da política regulatória tem como principal motivação a crença de que se trata da melhor forma de promover a institucionalização da busca por eficiência em determinado mercado, ao mesmo tempo em que se asseguram investimentos, preços cadentes, ganhos de produtividade contínuos, serviços públicos de qualidade e instâncias para o equacionamento de conflitos que não dependem da via judicial.

A construção desse arranjo institucional e a sua manutenção, no melhor interesse das sociedades em que se ancoram, não é tarefa trivial em nenhum país do mundo, notadamente após a aceleração do processo de globalização intensificar a transnacionalização dos grupos econômicos.

O diálogo em torno da melhoria das práticas regulatórias situa-se no contexto do esforço de governos assegurarem fóruns, instâncias e mecanismos que possibilitem o contínuo aprimoramento das instituições públicas encarregadas desta tarefa.

O aprendizado em políticas públicas pode ocorrer de várias formas. Uma diferenciação comum é em primeira mão e em segunda mão. No primeiro caso, o aprendizado se dá pelos próprios envolvidos, diretamente. No segundo caso, o aprendizado se dá por meio de lições tiradas das experiências de outros.

O aprofundamento do diálogo em torno de boas práticas regulatórias visa a minimizar os custos do aprendizado direto por meio da incorporação de elementos extraídos do aprendizado indireto.

O PAPEL DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Organizações internacionais de diversos matizes têm cumprido importante papel na catarse da circulação das ideias, boas práticas e análises de experiências relevantes – exitosas e fracassadas. Entre estas organizações destacam os bancos de desenvolvimento – Banco Mundial e regionais, como o Banco Interamericano de Desenvolvimento –, as comunidades acadêmicas – por exemplo, o Centro de Análise de Risco e Regulação na London School of Economics and Political Science –, as entidades de profissionais organizadas mundialmente – como o IEEE –, as agências das Nações Unidas, agências bilaterais – como o DFID –, *think tanks* e instituições como a OCDE, que tem se destacado como importante *hub* de produção e disseminação de conhecimento aplicado nas mais diversas áreas de conhecimento.

O caso da OCDE é particularmente interessante, como se observa pela popularização dos mecanismos de *peer review* como forma de alavancagem de aprendizado comparado entre países. O histórico desse novo posicionamento da instituição começa em 1995, quando foi aprovada pelo Conselho de

Ministros da OCDE recomendação aos países-membros sobre a melhoria da qualidade da regulação governamental. Em 1997, a OCDE concluiu relatório sobre as iniciativas de melhoria regulatória nos países-membros, no âmbito do qual algumas recomendações de política foram propostas por meio de conjunto de “princípios para a boa regulação”.

As recomendações do relatório serviram de base para o lançamento oficial do Programa de Melhoria Regulatória da organização, em 1997, que tinha como objetivo a melhoria da qualidade das políticas regulatórias dos governos associados, isto é, a revisão da regulação que implicasse obstáculos desnecessários à concorrência, à inovação e ao crescimento e, ao mesmo tempo, a atenção para que a regulação servisse eficientemente a importantes objetivos sociais.

A expressão “melhoria regulatória” refere-se a mudanças que aumentam a qualidade da regulação, isto é, melhoram o desempenho, o custo/efetividade ou a qualidade legal da regulação e das formalidades burocráticas associadas.

A experiência nos países da OCDE tem demonstrado que a melhoria regulatória contribui para o bom desempenho dos governos e da economia. Os efeitos positivos advindos de programas com esse objetivo têm sido, normalmente, o estímulo à inovação, a criação de empregos, o aumento da produtividade, a queda do nível de preços, o aumento da qualidade dos produtos, o aumento da competitividade e, por consequência, o crescimento econômico.

O DESAFIO DE MELHORAR A QUALIDADE DA REGULAÇÃO NO PAÍS

O Brasil não conta com programa articulado de melhoria regulatória, mas é possível afirmar que existe consenso crescente sobre a necessidade de se aprimorar o sistema regulatório brasileiro. O governo vem adotando, desde 2003, série de medidas que se situam na linha da tendência internacional mencionada, cabendo chamar atenção para o fato de que o aprimoramento do sistema regulatório brasileiro já faz parte da estratégia para a aceleração do

crescimento do país. Com esse fim, inclusive, o Projeto de Lei nº 3.337/2004, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, foi incluído no Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, lançado pelo governo no início de 2007.

Também em 2007 foi instituído, pelo Decreto nº 6.062, o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG, que tem a finalidade de contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório, dos mecanismos de prestação de contas e de participação e monitoramento por parte da sociedade civil e da qualidade da regulação de mercados.

O tema da melhoria regulatória é absolutamente relevante e oportuno para o Brasil. Isso porque o país entrou há algum tempo em novo ciclo de desenvolvimento: uma vez vencida a guerra contra a hiperinflação e alcançada a estabilidade macroeconômica, o Brasil encontra-se justamente discutindo como alavancar o crescimento.

Nesse sentido, o tema é pragmaticamente importante porque existe relação muito clara entre ambiente institucional-legal e investimento. É exatamente disso que estamos falando quando tratamos de melhoria regulatória.

Alavancar o crescimento significa criar ambiente de investimento estável e atrativo, incentivar o empreendedorismo e apostar no fortalecimento da governança. Isso quer dizer fortalecer o sistema de gestão da capacidade reguladora e apostar no seu desenvolvimento, bem como na melhoria da qualidade das políticas regulatórias setoriais e sistêmicas, no fortalecimento das instituições e na confecção de ferramentas adequadas e inovadoras.

O Brasil precisa desenvolver capacidades para melhor formular, implementar, monitorar e implementar políticas públicas que incorporem a dimensão regulatória. Os déficits de capacidade são assimétricos. Há áreas em que já se observa certo acúmulo, como em energia, telecomunicações e água. Mas em outras, como transportes, meio ambiente e mídia, há muito por fazer.

Na esfera de construção institucional – *institutional building* –, os desafios são imensos. Mesmo em setores em que as agências se encontram razoavelmente consolidadas, o mesmo não se pode dizer, necessariamente, dos seus ministérios supervisores. E há agências em que o povoamento e a consolidação correm contra o tempo – como no caso da área de aviação civil.

Há de se verificar também se os órgãos envolvidos estão adequadamente estruturados, se há coordenação entre eles, se existe transparência e *accountability*. A dimensão de coordenação é vital para a mudança de patamar das instituições que moldam o ambiente regulatório nacional.

E é justamente no campo das ferramentas para a melhoria regulatória que se insere a análise de impacto regulatório, instrumento para informar o processo decisório, verificando custos e benefícios das decisões de política. Análises comparativas, processos de *peer review* e práticas de *benchmarking* são exemplos de ferramentas que precisam ser incorporadas ao portfólio de instrumentos de que cada vez mais países fazem uso para melhorar o desempenho de suas agências.

A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: FERRAMENTA DE GESTÃO

A análise de impacto regulatório é instrumento formal que permite a explicitação dos problemas regulatórios, das opções disponíveis de política e das consequências das decisões regulatórias, em cada caso concreto, mediante a utilização de dados empíricos.

Trata-se, portanto, de ferramenta que tem o condão de conferir estrutura, consistência, rigor e transparência à revisão regulatória e vem sendo amplamente utilizada no contexto internacional em programas de melhoria regulatória.

Tudo isso para se ter como produto final regulação de alta qualidade, que não distorça desnecessariamente a concorrência, que seja simples, proporcional, consistente e transparente, ou seja, que atenda os objetivos de política a que ela se destina, ao menor custo possível para a sociedade.

O tema da melhoria regulatória é, ainda, pertinente do ponto de vista institucional do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – Mpog, haja vista a missão da Secretaria de Gestão – Seges do Ministério, que é desenvolver políticas transformadoras de gestão para fortalecer e otimizar a capacidade de governo.

Tomando-se em conta a relevância do modelo institucional da gestão da regulação para o crescimento econômico sustentado do país, a Seges tem

apoiado o fortalecimento institucional do sistema regulatório brasileiro por meio da interlocução articulada com os atores envolvidos em nível federal e tem feito disso uma de suas prioridades.

Parte desse esforço envolve a provisão da autorização de concursos públicos para as agências reguladoras. Outra parte implica a exploração das possibilidades oferecidas por programas de cooperação internacional.

CONCLUSÃO

O momento, como já foi mencionado, é conveniente e um seminário como o que hoje está sendo realizado é oportunidade de alinhar os atores institucionais envolvidos. O governo conhece a importância dessas questões, que têm sido discutidas em outros eventos; existem ações concretas sendo conduzidas pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais – SAG da Casa Civil da Presidência da República; e é nesse clima de parceria construtiva que vamos conseguir avançar no processo de aperfeiçoamento institucional do sistema regulatório brasileiro, de forma a alavancar o crescimento econômico do país.

O Estado Regulador é realidade que veio para ficar. Mais cedo ou mais tarde, a abordagem regulatória vai ser introduzida em vários outros setores da ação governamental, como meio ambiente, educação, assistência social, cultura. É fundamental que o país aposte no desenvolvimento de capacidades para construir alternativas que qualifiquem o processo decisório governamental da melhor forma possível.

A Casa Civil coordenou a elaboração de projeto que dota o país de política global para a abordagem regulatória. A Seges e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão unem-se ao governo no esforço de fazer avançar esta agenda e de potencializá-la. Este é, no entanto, um desafio que transcende as autoridades governamentais. O aprimoramento do marco regulatório do país depende também do comprometimento de outros poderes, de outras instâncias governamentais, do setor produtivo e dos cidadãos.

Capítulo 9

Governança regulatória: experiências e contribuições para uma melhor qualidade regulatória¹

Marcelo Ramos

INTRODUÇÃO

Nos anos recentes cresceu o interesse, promovido por governos dos países centrais e instituições multilaterais, em buscar regulação mais eficiente do domínio econômico, em grande medida a partir da constatação de que a excessiva regulação pode causar custos evitáveis ao ambiente econômico. Esse movimento tem-se consolidado sob a rubrica *better regulation* ou melhoria regulatória. O presente texto procura, portanto, discutir, ainda que brevemente, as iniciativas internacionais mais significativas, bem como a visão da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – Seae do Ministério da Fazenda – MF, sobre o assunto.

Este capítulo se organiza da seguinte forma: após esta breve introdução, remete-se a alguns dos principais temas da reforma regulatória. Em seguida, aborda-se a visão da Seae/MF quanto a este tema e as mudanças por que este órgão vem passando nos últimos anos, a fim de melhor adequar-se às novas realidades do paradigma regulatório vigente.

1. Capítulo baseado em palestra proferida pelo autor no Seminário Internacional de Avaliação do Impacto Regulatório: experiências e contribuições para a melhoria da qualidade da regulação, realizado em outubro de 2007.

TEMAS DA REFORMA REGULATÓRIA

A partir dos anos 1980, culminando nos anos 1990, o avanço das concepções liberais na condução da política econômica favoreceu a privatização, a redução da intervenção direta do Estado na economia e, portanto, o advento do chamado Estado Regulador – fenômeno que ocorreu nos países desenvolvidos, mas também em desenvolvimento, incluindo a América Latina.

Logo se tornou patente, entretanto, que o Estado Regulador era muito mais complexo que o Estado Mínimo proposto por algumas correntes liberais mais ortodoxas. Tornava-se necessário conceber teórica e praticamente formas de governar este novo papel do Estado – em particular, nos países desenvolvidos de tradição democrática. Atenção especial foi dispensada à necessidade de minorar o chamado déficit de legitimidade percebido devido à ação de órgãos relativamente autônomos e não eleitos – as agências reguladoras – concebidos para regular a atividade econômica em contexto de previsibilidade e respeito a contratos. É dessas preocupações que emana o conceito de governança regulatória: “[...] é o desenvolvimento sistemático e a implementação de políticas gerais sobre como o governo utiliza seus poderes regulatórios”² e “[...] envolve mecanismos que restringem o comportamento discricionário dos governos: a criação de um sistema regulatório transparente e previsível que seja sustentável no tempo.”³

Outra camada de preocupações, além do tema legitimidade, tem a ver com a competitividade. O Estado Regulador pode ceder à tentação de regular em excesso, ou sem a apropriada reflexão sobre as consequências da regulação sobre o ente regulado e a sociedade em geral, impondo, assim, custos desnecessários à atividade econômica. Dessa constatação emergiram os vários conceitos de *smart regulation* – regulação apropriada – e

2. OECD. *Review of Regulatory Governance in South East Europe*, 2003.

3. GUTIÉRREZ, Luis H. *Regulatory governance in the Latin American telecommunications sector*. Universidad del Rosario, [s/d].

reforma regulatória em geral, definida pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE como: “Mudanças que melhorem a qualidade regulatória, isto é, que aumentem seu desempenho, custo-efetividade ou qualidade legal da regulação.”⁴

Com o tempo, organismos internacionais como a OCDE procuraram sintetizar todas essas vertentes em princípios gerais de governança. Bom exemplo é o catálogo dos Princípios da Boa Governança Regulatória publicados pela instituição em 2004:⁵

- *Accountability* – o governo é capaz de mostrar em que medida suas ações e decisões são consistentes com objetivos claramente definidos e legitimados.
- Transparência – ações, decisões e o próprio processo decisório governamental estão abertos a um nível apropriado de escrutínio por outras partes do governo, da sociedade civil e, em algumas ocasiões, por governos e instituições estrangeiros.
- Eficiência/efetividade – o governo busca produzir serviços públicos de qualidade, ao menor custo, e zela para que o desempenho esteja de acordo com as intenções originais dos formuladores de política.
- Responsividade – o governo tem capacidade e flexibilidade para responder rapidamente às mudanças sociais, levando em conta as expectativas da sociedade civil para identificar o interesse público geral e disposto a reexaminar criticamente o papel do governo.
- Visão de futuro – o governo é capaz de antecipar problemas futuros baseado em dados correntes e tendências e de elaborar políticas que levem em conta custos futuros e mudanças antecipadas – de ordem demográfica, econômica e ambiental, por exemplo.
- Império da lei – o governo aplica isonomicamente e de modo transparente leis, regulações e códigos.

4. OECD. *Indicators of regulatory management systems*, 2007.

5. JACOBZONE, S.; CHOI, C.; MIGUET, C. *Indicators of regulatory management systems*. OECD, 2007. (Working Papers on Public Governance).

Tais princípios terminaram por cristalizar-se em norma global que incorpora discurso metarregulador, isto é, que visa a estabelecer os parâmetros fundamentais de uma boa prática regulatória. Esta norma global, hoje, está plasmada no que os organismos internacionais acordaram chamar de Regulatory Impact Analysis – RIA, ou seja, Análise de Impacto Regulatório – AIR, definida pela OCDE como: “O processo sistemático de identificação e quantificação de benefícios e custos importantes que provavelmente serão consequência da adoção de uma regulação proposta ou de uma opção de política.”⁶

Mais do que um método, a AIR é um processo para a tomada de decisões regulatórias, baseado em exame sistêmico e consistente de impactos potenciais derivados da regulação governamental. Em termos propriamente metodológicos, pode-se basear em diversas técnicas comparativas, como a análise de custo-benefício, a análise de custo-efetividade, a análise de impacto nos negócios, entre outras.

A AIR já tem uma história relativamente longa em alguns países e nos últimos anos tem sido adotada em várias jurisdições, reflexo talvez da emergência de certo consenso sobre a necessidade de se adotarem bons princípios regulatórios.

Nos Estados Unidos, por exemplo, as agências pertencentes ao Poder Executivo devem reportar-se ao Office of Information and Regulatory Affairs – OIRA, entidade criada em 1980 por meio do Paperwork Reduction Act. O OIRA é parte do Office of Management and Budget – OMB, *bureau* ligado à Casa Branca – Presidência, e sua missão é rever a regulação federal segundo os princípios da análise custo-benefício. Sua competência emana de sucessivas ordens executivas:

- EO 12.291 (Reagan, 1982) – exigência de uso de análise custo-benefício pelas agências reguladoras.
- EO 12.498 (Reagan, 1986) – exigência de que as agências reguladoras apresentem Plano Regulatório Anual e abracem aos princípios da análise custo-benefício.

6. Idem.

- EO 12.866 (Clinton, 1994) – exigência de que as agências reguladoras também avaliem as condições custo-benefício de normas alternativas.
- EO 13.422 (GW Bush, 2007) – exigência de que reguladores federais demonstrem a existência de falha de mercado antes de propor nova regulamentação.

Na Europa, a *better regulation* emerge como proposta do encontro europeu de Edimburgo em 1992. Em julho de 2001, White Paper sobre governança da Comissão Europeia estabelece a melhoria da qualidade da regulação como objetivo.

Em seguida, a Comissão Prodi adota o Action Plan for Better Regulation, em junho de 2002, sendo que, em março de 2005, a União Europeia relança a melhoria regulatória sob a égide da “estratégia de Lisboa” e adota como política o texto *Better regulation for growth and jobs in the European Union*, que define três objetivos:

- A utilização de avaliações de impacto na análise de novas propostas regulatórias.
- Revogação ou readequação de algumas normas vigentes.
- Simplificação da legislação vigente.

Finalmente, em 2006, procedeu-se revisão estratégica da melhoria regulatória no âmbito comunitário. Ao fim desse ano, foi criado o Impact Assessment Board – IAB, na Secretaria Geral da Comissão Europeia, e foram atualizadas as normas gerais para a avaliação de impacto regulatório publicadas em 2003. A função principal do IAB é supervisionar a qualidade das análises de impacto produzidas pelos demais órgãos da Comissão durante a proposição de novas políticas públicas.

Outros países logo seguiram o exemplo, implementando também processos de análise de impacto regulatório. Essa corrida é estimulada por

“casos de sucesso”, como o relatado em um relatório preparado em 2007 pelo OIRA norte-americano. Alguns detalhes do relatório:

- Estima-se que os benefícios anuais propiciados pelas normas regulatórias revisadas pelo Office of Management and Budget – OMB de 1996 a 2006 alcancem entre 99 bilhões a 484 bilhões de dólares, com custos anuais estimados entre 40 bilhões a 46 bilhões de dólares.
- O custo médio anual das normas regulatórias que entraram em vigor nos últimos seis anos anteriores ao relatório caiu 47% nos últimos vinte anos.
- Os benefícios médios anuais das normas regulatórias que entraram em vigor nos últimos seis anos anteriores ao relatório mais que dobraram nos últimos oito anos.
- Os benefícios das normas regulatórias que entraram em vigor entre 2002 e 2006 excederam os custos em mais de três vezes.

A serem críveis, tais dados realmente mostram que a adoção da análise de impacto regulatório realmente tem o potencial de incrementar razoavelmente a competitividade de um país.

PAPEL DA SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO – SEAE

A Secretaria de Acompanhamento Econômico foi criada em 1º de janeiro de 1995, por meio da Medida Provisória nº 813, como resultado do desmembramento da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda. Tendo em vista seu papel em questões relativas ao acompanhamento de preços e ao reajuste de tarifas públicas, a Seae herdou parte de sua estrutura de unidades do Executivo responsáveis, no passado, pelo controle de preços da economia, a exemplo do extinto Conselho Interministerial de Preços – CIP. A tarefa primordial naquele momento era o acompanhamento dos preços da economia. Desde então, porém, a economia brasileira sofreu

grandes transformações: o controle de preços deixou de existir e um sistema de preços livres passou a coexistir com estrutura que visa a coibir abusos de poder de mercado, com a entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência, em outubro de 1994.

Hoje, a missão da Seae, definida no Decreto nº 6.193, de 22 de agosto de 2007, é a seguinte:

Art. 12. À Secretaria de Acompanhamento Econômico compete:

I - propor, coordenar e executar as ações do Ministério, relativas à gestão das políticas de regulação de mercados, de concorrência e de defesa da ordem econômica;

II - assegurar a defesa da ordem econômica, em articulação com os demais órgãos do Governo encarregados de garantir a defesa da concorrência (...);

III - acompanhar a implantação dos modelos de regulação e gestão desenvolvidos pelas agências reguladoras, pelos ministérios setoriais e pelos demais órgãos afins (...);

VII - promover o funcionamento adequado do mercado (...);

IX - acompanhar o desenvolvimento de setores e programas estratégicos de desenvolvimento (...);

X - promover a articulação com órgãos públicos, setor privado e entidades não-governamentais também envolvidos nas atribuições mencionadas nos incisos I a VIII deste artigo.

Na prática, a Seae atua em três esferas: promoção e defesa da concorrência, regulação econômica e acompanhamento de mercados.

Como veremos a seguir, entretanto, a Seae vem modificando sua forma de atuação para aderir aos objetivos de política econômica do Ministério da Fazenda em termos de melhoria do ambiente competitivo no país.

DESENVOLVIMENTOS RECENTES: REESTRUTURAÇÃO ORGANIZACIONAL

A Seae passou por ampla reestruturação organizacional em outubro de 2004, já em preparação para as mudanças que ocorrerão quando da

aprovação dos Projetos de Lei que reorganizam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência⁷ e o que moderniza o regime das Agências Reguladoras.⁸ Como resultado dessa reorganização, houve:

- Centralização da análise de Atos de Concentração na Coordenação Geral de Produtos Industriais – COGPI/RJ.
- Criação de Coordenações Gerais temáticas, como a de energia, a de transportes, a de saúde, a de telecomunicações etc.
- Criação de representação em São Paulo.

Nesse processo, a Seae adotou, ainda experimentalmente, um Roteiro de Análise Concorrencial de normas regulatórias, que vem sendo usado na análise de algumas normas propostas por agências reguladoras, mormente nos setores de saúde e telecomunicações. Segundo o Roteiro, análise concorrencial deve ser implementada se a proposta regulatória tiver ao menos um dos seguintes efeitos:

1. Limite o número ou a gama de ofertantes.
2. Limite a capacidade dos ofertantes de competir.
3. Reduza os incentivos dos ofertantes em competir de maneira vigorosa.

Na prática, portanto, a Secretaria de Acompanhamento Econômico já vem desempenhando componente da análise de impacto regulatório. Como diz documento da própria OCDE:⁹

Evidentemente, há uma relação muito forte entre a avaliação da política de concorrência e a AIR: os objetivos de ambos os instrumentos de política reflectem um elevado grau de congruência. Os Princípios Orientadores para a

7. A Seae passará a centralizar suas atenções na discussão *ex ante* dos marcos regulatórios, elaborará estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos e poderá propor a revisão de normativos que afetem a livre concorrência.

8. A Seae passará a opinar previamente, de maneira consultiva, sobre as minutas de normas e regulamentos das Agências Reguladoras no que tange aos impactos nas condições de concorrência dos setores regulados.

9. OCDE. *Guia de avaliação da concorrência*. Versão 1.0, 2007.

Qualidade e Desempenho da Regulamentação, da OCDE, estabelecem que os impactos na concorrência devem ser incorporados nos processos de revisão da regulamentação em vigor e de avaliação de nova regulamentação. Contudo, na prática, a responsabilidade pela realização da AIR e da avaliação de política de concorrência é atribuída a diferentes departamentos da administração. Daí resulta, com frequência, uma coordenação insuficiente na realização destas duas formas interligadas de análise.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda espera contribuir para a melhoria da qualidade da regulação no Brasil ao incorporar a análise concorrencial à revisão das regras regulatórias como primeiro passo para a elaboração de política de análise de impacto regulatório no Brasil.



Capítulo 10

Mejorando la gestión de la regulación: la experiencia del Banco Interamericano de Desarrollo – BID en Brasil¹

Pedro Farias

INTRODUCCIÓN

La mayor parte de los países de América Latina ha estado emprendiendo reformas de sus administraciones públicas enfrentando distintas circunstancias y logrando resultados bastante heterogéneos. Por ende, desde la década pasada, el BID viene apoyando el desarrollo y uso de nuevas herramientas de gestión para mejorar la calidad de los gastos públicos y el desempeño de las entidades gubernamentales en la región.

Más recientemente, el apoyo del Banco se ha enfocado a reformas orientadas al fortalecimiento de los mecanismos de responsabilización, transparencia, control social y mejoría del desempeño de las organizaciones públicas. La aplicación de herramientas de gestión que apoyen la fijación de objetivos estratégicos y el manejo de los recursos organizacionales en función del logro de esos objetivos está siendo diseminada a los gobiernos de la región latinoamericana, siguiendo el ejemplo de los países desarrollados. La llamada Gestión por Resultados se puede definir como una estrategia de gestión centrada en el desempeño y que utiliza herramientas técnicas para la

1. Trabalho originalmente apresentado no XII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, realizado na República Dominicana, de 30 de outubro a 2 de novembro de 2007.

planificación estratégica, el alineamiento de los recursos organizacionales, la gestión de riesgos, el monitoreo y la evaluación de los resultados, además de la retroalimentación permanente del proceso con información sobre el desempeño.

La Administración Pública moderna ha incorporado y difundido largamente esos conceptos.

Sin embargo, la aplicación de esos instrumentos en las entidades que disfrutaban de autonomía diferenciada en el contexto de la administración pública ha generado controversias. Particularmente, en Brasil, donde diversas agencias autónomas fueron creadas para regular mercados de bienes o servicios específicos, se ha instalado un gran debate sobre la conveniencia y adecuación del uso de determinados instrumentos de gestión del desempeño institucional que, supuestamente, podrían afectar la autonomía decisoria de las agencias.

En la búsqueda de asistencia técnica para el tratamiento del tema, el Gobierno de Brasil solicitó al BID, a fines de 2005, la preparación de una operación de préstamo que financiaría un programa de fortalecimiento institucional de las actividades regulatorias. Durante el diseño de la operación, el equipo de proyecto² ha buscado incorporar el estado del arte de los temas de reforma regulatoria y modernización del Estado a nivel internacional. Además, fue realizado un gran trabajo de discusión y recolección de ideas con una multitud de actores del sector público y privado y generados productos que pueden ser útiles a otros países que enfrentan dilemas similares en la construcción de sus marcos institucionales para la regulación.

Este estudio se propone presentar esa experiencia y el estado de avance de su implementación. Las informaciones y opiniones presentadas no representan necesariamente la opinión del BID ni del Gobierno de Brasil.

2. El equipo de proyecto del BID ha contado, además del autor, con la valiosa participación de Juan Carlos Cortázar, Fátima Cartazo, Nybia Laguarda, Natalia Laguyas y Daniela Felcman.

EL MARCO INSTITUCIONAL PARA LA REGULACIÓN: EQUILIBRANDO AUTONOMÍA, CONTROL Y DESEMPEÑO

LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL

Los procesos de privatizaciones que tuvieron lugar extensamente en un número significativo de países en los últimos veinte años dieron impulso al ejercicio de la regulación por parte del Estado y estimularon la creación de nuevas instituciones y regímenes regulatorios, los cuales subrayaban la importancia de generar mecanismos que evitaran la captura y garantizaran la independencia del regulador. En ese contexto, el modelo de las “*independent agencies*” de Estados Unidos e iniciativas centralizadas en la desregulación se han difundido. No obstante, la evolución de la agenda ha continuado para incluir también los vínculos entre política regulatoria, instrumentos e instituciones, y más recientemente, acentuar la importancia de centrarse en el concepto de calidad de la regulación.

La evidencia analítica sugiere que la regulación puede ser tanto una herramienta que contribuya a incrementar el bienestar general, como también puede generar costos económicos y sociales de importancia. Asimismo, cada vez en mayor medida se considera que regulación de alta calidad es aquella que produce los resultados esperados de una manera efectiva en términos de costo, balanceando adecuadamente efectividad y eficiencia y teniendo en consideración los efectos sobre la innovación, la competitividad y el comercio.

De hecho la experiencia de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) sugiere que una política regulatoria efectiva descansa sobre tres componentes que se refuerzan mutuamente: su respaldo al máximo nivel de gobierno, la inclusión explícita de estándares de calidad regulatoria y el fortalecimiento de las capacidades de gerenciamiento del proceso regulatorio en el tiempo. Adicionalmente, la OCDE sostiene que también debe prestársele atención a la coherencia de las políticas, a la coordinación de políticas y procesos regulatorios, a la apreciación ex ante de las medidas

regulatorias, la política de competencia y el grado de apertura del mercado, el análisis de riesgos y la adecuada implementación.

Por lo tanto, para producir regulación de buena calidad, hay que abordar los procesos y aplicar indicadores que permitan evaluar sistemáticamente los resultados alcanzados por la regulación y asegurar una implementación efectiva. De tal manera, el concepto de calidad regulatoria es multidimensional, comprendiendo el diseño del proceso regulatorio, las actividades y los resultados de la regulación. Para abarcar tales dimensiones, se cuenta entre los principales instrumentos disponibles con el análisis de impacto regulatorio (AIR), los procedimientos de consulta y la capacitación permanente tendiente a la formación de cuadros técnicos en los entes de regulación³.

El análisis de impacto regulatorio (AIR) es un proceso sistemático de identificación de problemas a abordar y de objetivos a perseguir que se ha difundido con rapidez entre los miembros de la OCDE. AIR identifica las principales opciones para alcanzar el objetivo y analiza sus potenciales impactos. Existen diversas técnicas que AIR puede utilizar, tales como análisis de costo-beneficio, análisis de efectividad (*cost effectiveness*) y el impacto sobre las empresas. Mediante su ejecución, el ente regulador debe demostrar que los beneficios esperados por la regulación que se propicia superan los costos esperados, es decir, que la misma produce un beneficio neto para la sociedad en su conjunto.

Ya los mecanismos de consulta permiten conocer la visión y opiniones de expertos, de aquellos que serán afectados por la regulación y de otras partes interesadas. De hecho, AIR normalmente incluye la utilización de mecanismos de consulta que contribuyan a evaluar la necesidad de la regulación y los costos y beneficios probables de diferentes alternativas a la medida propuesta.

En el diseño del Programa propuesto, se buscó adecuar al contexto político e institucional de Brasil las lecciones de países más desarrollados en la

3. Sin perjuicio de reconocer la dificultad en elaborar indicadores relevantes respecto de las tres dimensiones de la calidad regulatoria, la Comunidad Europea recomienda procurar establecer indicadores para cada una de las mismas. (Commission of European Communities, 2004).

modernización de sus procesos regulatorios. Asimismo, fueron consideradas experiencias importantes de algunos países de la región, como los convenios de gestión y el sistema de alta administración de Chile y el papel ejercido por la Comisión Federal para Mejoría Regulatoria y por los análisis de impacto regulatorio en México.

Particularmente, el tratamiento de los temas relacionados al desempeño y rendición de cuentas de las entidades regulatorias se beneficiaron del conocimiento de las experiencias británica y chilena en el desarrollo de instrumentos que formalizan la relación entre ministerios y reguladores, proveyendo directrices, objetivos y recursos para el logro de los resultados deseados.

LA EXPERIENCIA DE BRASIL

ES importante tomar en cuenta que Brasil empezó a delinear su actual sistema regulatorio a comienzos de la década de 1990 con el “Programa Nacional de Desestatización”, que sentó las bases para la transformación del sector público mediante la privatización de empresas públicas en sectores que requerían de la inversión privada para su expansión y modernización tales como siderurgia y petroquímica. Posteriormente, tuvieron lugar privatizaciones en varios sectores de servicios públicos y la habilitación para el ingreso de nuevos competidores, profundizándose, de esa manera, los procesos de reducción de la actividad empresarial directa del Estado y de construcción de un Estado regulador.

En el modelo institucional brasileño, el Poder Legislativo establece el marco normativo y el Poder Ejecutivo formula las políticas a través de los ministerios sectoriales. A su vez, las agencias ejecutivas implementan las políticas definidas por el gobierno y las agencias reguladoras, de carácter autónomo, se orientan a la corrección de fallas de mercado, influyendo de manera decisiva tanto en la atracción de inversiones, la expansión de la oferta y la mejora de los servicios y productos regulados, como en los precios en esos mercados.

Como criterio general, las agencias reguladoras fueron creadas en mercados que presentaban fallas como monopolios naturales, asimetrías de información y existencia de bienes públicos y externalidades, para que aplicaran reglas que pautaran el comportamiento de los agentes económicos en los mercados regulados. Inicialmente, se crearon agencias reguladoras en sectores de infraestructura, tales como energía, telecomunicaciones y agua, con el fin de que actúen como instancias de decisión técnica y normativa autónoma. Con el tiempo se establecieron también en otros sectores, como salud y cine. Actualmente, el sistema regulatorio federal de Brasil está constituido por diez agencias reguladoras, las que se detallan en el cuadro siguiente:

AGENCIA REGULADORA	MINISTERIO SECTORIAL	LEGISLACIÓN BÁSICA
ANEEL: Agencia Nacional de Energía Eléctrica	Ministério de Minas e Energia	Ley 9.427, 26/12/96
ANP: Agencia Nacional de Petróleo	Ministério de Minas e Energia	Ley 9.478, 6/8/97
ANATEL: Agencia Nacional de Telecomunicaciones	Ministério de Comunicações	Ley 9.472, 16/7/97
ANVISA: Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria	Ministério da Saúde	Ley 9.782, 26/1/99
ANS: Agencia Nacional de Salud Suplementaria	Ministério da Saúde	Ley 9.961, 28/1/00
ANA: Agencia Nacional de Aguas	Ministério do Meio Ambiente	Ley 9.984, 17/7/00
ANTAQ: Agencia Nacional de Transportes Marítimos	Ministério dos Transportes	Ley 10.233, 5/6/01
ANTT: Agencia Nacional de Transportes Terrestres	Ministério dos Transportes	Ley 10.233, 5/6/01
ANCINE: Agencia Nacional de Cine	Casa Civil da Presidência da República	MP 2.228, 6/9/01
ANAC: Agencia Nacional de Aviación Civil	Ministério da Defesa	Ley 11.182, 27/9/05

Fuente: Casa Civil. Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro. Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial. Brasília, sept. 2003.

Sin embargo, el derecho administrativo brasileño todavía carece de un marco institucional general que regule las funciones y roles de los distintos actores del proceso regulatorio. De hecho el régimen jurídico que rige a las agencias se caracteriza por su dispersión. La diversidad normativa, las especificidades de los mercados en los que actúan y el momento en que cada una fue creada coadyuvan a que las agencias presenten una gran heterogeneidad, en particular, en cuanto a tamaño, estructura, presupuesto, modelos de gestión y requerimientos de rendición de cuentas. No obstante ello, los marcos legales determinan que las agencias reguladoras deben tener autonomía administrativa y financiera, abarcando la gestión patrimonial, de recursos humanos y capacidad decisoria, entendida como la ausencia de subordinación jerárquica para las decisiones que afectan el funcionamiento de los mercados. También presentan un sistema de toma de decisiones colectivas (directorios y/o instancias colegiadas) y mecanismos de participación de la sociedad civil. La autonomía financiera se ejerce a través de fuentes propias y/o recursos asignados por el Gobierno Federal.⁴

Respecto de la autonomía de sus procesos decisorios, las agencias presentan mandatos fijos de los directores no coincidentes con el mandato del Presidente de la República y el establecimiento expreso del carácter autónomo de sus decisiones en sus leyes de creación. Sin perjuicio de ello, la experiencia no es uniforme, registrándose ciertos problemas propios de la naturaleza mixta de su régimen jurídico, en función de presiones políticas que recaen sobre el proceso de selección de directores.

Los mecanismos de coordinación entre las agencias y los ministerios sectoriales no se encuentran generalizados, si bien el contrato de gestión y desempeño negociado y celebrado entre agencias y sus respectivos ministerios constituye el instrumento utilizado por algunos entes en su relacionamiento con el Poder Ejecutivo. Así por ejemplo, la legislación de creación de ANEEL, ANVISA y ANS prevé la suscripción de contratos de gestión con los respectivos ministerios supervisores.

4. La estructura organizativa de las agencias reguladoras federales, con sus propias particularidades, responde al diseño de agencia reguladora existente en el marco de los países de la OCDE. OECD Economic Surveys. Brazil. Volume 2005/2 – Febrero, 2005.

En lo atinente a los controles institucionales, las agencias se encuentran sujetas al control de los tres poderes del Estado. El control judicial es efectuado mediante la revisión de las decisiones del ente por la instancia judicial. El control del Poder Ejecutivo es efectuado por medio de mecanismos contenciosos (proceso administrativo disciplinario contra los Directores, pudiendo el Presidente determinar la suspensión del funcionario) y no contenciosos (contratos de gestión, competencia en la formulación de la política sectorial, autorización para gastar). Además, el control por parte del Poder Legislativo es efectuado a través de la aprobación de los directores designados y mediante la verificación de los estados financieros efectuada por el Tribunal de Cuentas (órgano vinculado al Congreso).

El cuadro institucional descrito ha propiciado avances en el marco regulatorio de varios sectores los últimos años⁵. Sin embargo, en el sistema de regulación de Brasil todavía se identifican las siguientes limitaciones que entorpecen su buen funcionamiento y con ello afectan las posibilidades de crecimiento: (i) ausencia de un ejercicio pleno de competencias y responsabilidades por parte de los diferentes actores que intervienen en el proceso regulatorio; (ii) falta de coordinación con los ministerios y de articulación entre las agencias y con las autoridades de defensa de la competencia; (iii) demora en los procesos decisorios por la falta de directrices de políticas; (iv) carencia de procedimientos que resguarden la calidad en la adopción de nuevas regulaciones; (v) falta de claridad respecto a los objetivos estratégicos y de instrumentos que apoyen la gestión del desempeño; y (vi) debilidades en la aplicación de los mecanismos que garantizan la autonomía decisoria de las agencias.

Con el objetivo de perfeccionar el modelo de regulación existente, el Gobierno Federal empezó una revisión de sus mecanismos institucionales, buscando el fortalecimiento de las agencias reguladoras y la creación de mecanismos que aseguren la mejora de la calidad y de la gestión del sistema regulatorio. En 2003, la Presidencia de la República, bajo la coordinación

5. De acuerdo al indicador de calidad de la regulación construido por Kaufmann, Kraay, y Mastruzzi (<http://www.worldbank.org/wbi/governance/pubs/govmatters4.html>), en 2004 Brasil se ubicaba en mejor posición que el 58% de los países comprendidos en el estudio.

de la Casa Civil, estableció un Grupo de Trabajo Interministerial que analizó, discutió y propuso medidas para el perfeccionamiento del modelo institucional vigente.

En 2004, el Poder Ejecutivo envió al Congreso el proyecto de ley de marco general de organización y funcionamiento de las agencias reguladoras (Proyecto de ley No. 3.337/04), con las siguientes características: (i) la creación de reglas generales que unifiquen el régimen legal de las agencias; (ii) el establecimiento de mecanismos de transparencia y rendición de cuentas; (iii) medidas para la coordinación con agencias regulatorias estatales y locales y órganos de defensa de la competencia; y (iv) el establecimiento de mecanismos de evaluación del desempeño de los entes. El proceso de discusión del proyecto de ley en la Cámara de Diputados ha propiciado importantes debates con la participación de todos los actores involucrados en el tema de regulación, como ministerios, agencias reguladoras, expertos, empresarios, consumidores y usuarios de bienes y servicios regulados. Sin embargo, a la fecha, no ha sido posible lograr un consenso en el Congreso que permitiera su aprobación.

LA ESTRATEGIA DEL PROGRAMA

El Banco aprobó, a principios de 2005, una cooperación técnica intrarregional que permitió a una misión de oficiales del gobierno brasileño conocer *in situ* experiencias de supervisión de agencias reguladoras, mecanismos de evaluación del desempeño, eficiencia y rendición de cuentas en Estados Unidos, México y Bolivia. Ese conocimiento ha despertado el interés del Gobierno en tener el apoyo del BID en un proyecto que fortaleciera la institucionalidad de los procesos de gestión en Brasil.

Sin embargo, cuestionamientos levantados desde 2003 por autoridades del Gobierno Federal respecto al modelo institucional y al desempeño de algunas agencias reguladoras habían generado un ambiente de desconfianza entre actores involucrados en el tema. Por consiguiente, la preparación de

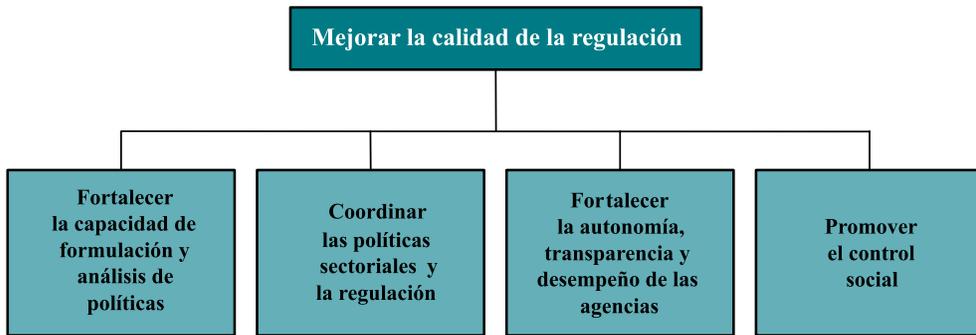
la operación debió basarse en una metodología que permitiría construir “ownership” tomando en cuenta ese ambiente institucional, además de la complejidad generada por las dimensiones política, económica y jurídica que caracterizan el tema de la regulación.

Desde el principio del proceso de elaboración de la operación, el equipo del BID y las contrapartes gubernamentales acordaron que el Programa debería apoyar al Gobierno de Brasil en la mejora de la calidad de la regulación, por medio de acciones que fortaleciesen la autonomía decisoria de las agencias, mejorasen su desempeño y promoviesen una mejor formulación, coordinación y gestión de las actividades que impactan el proceso regulatorio.

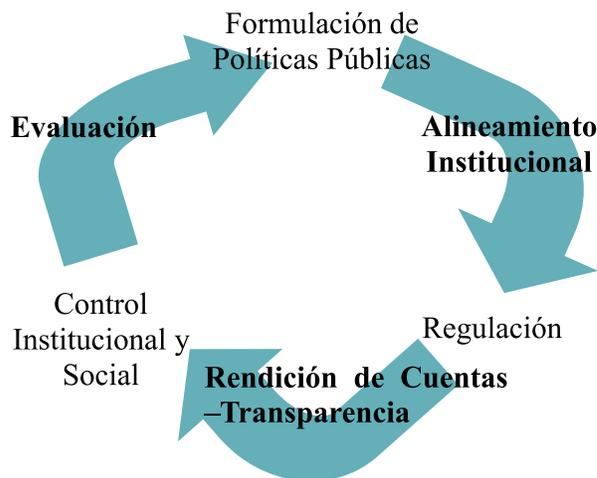
Para esto, la metodología de trabajo establecida previó lo siguiente:

- a) La consolidación de apoyo político y liderazgo institucional para el Programa, con la constitución de un Comité de Coordinación de alto nivel, integrado por representantes de los Ministerios de Planificación, Presupuesto y Gestión y de Hacienda, y presidido por la Casa Civil de la Presidencia de la República.
- b) La recolección de insumos y búsqueda de consensos entre los actores clave: Gobierno central (Presidencia de la República y ministerios), agencias reguladoras y usuarios/consumidores y empresarios. Con ese objetivo, fueron realizadas reuniones con dirigentes de todas las 10 agencias y los 7 respectivos ministerios sectoriales, representantes de 3 entidades empresariales y 3 de defensa de consumidores, además de muchos académicos y expertos en temas regulatorios.
- c) El enfoque restringido a los temas institucionales transversales que influyen la calidad de la regulación, el logro de resultados y el desempeño de las entidades regulatorias sin distinción del mercado donde actúen. Los temas específicos de cualquier sector regulado no serían tratados en el ámbito del Programa.
- d) El supuesto básico del Programa es que la consolidación de capacidad institucional permanente para el manejo de los temas regulatorios en el Gobierno Federal propiciará la definición de una estrategia institucional de calidad en regulación, que incorpore las experiencias

internacionales reconocidas y considere las particularidades del contexto económico, político, jurídico y administrativo brasileño. La implementación de tal estrategia conducirá al logro de resultados y a una mejor calidad de la regulación.



e) La estructura de intervención debe contemplar acciones a partir de las diferentes etapas que componen el ciclo regulatorio desde la generación de insumos, a partir de la formulación de políticas, pasando por la gestión de las entidades reguladoras y hasta el control de los resultados por la sociedad y los poderes constituidos, que retroalimenta el proceso.



EL PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO DE LA CAPACIDAD INSTITUCIONAL PARA GESTIÓN EN REGULACIÓN: PROPÓSITOS Y DESCRIPCIÓN

OBJETIVO Y COMPONENTES

El objetivo del Programa es mejorar la calidad de la regulación de mercados ejercida en el ámbito del Gobierno Federal de Brasil. Para tal efecto, se espera fortalecer el sistema regulatorio de modo de facilitar el pleno ejercicio de funciones por parte de todos los actores y mejorar la coordinación entre las instituciones participantes, los mecanismos de rendición de cuentas y de participación y monitoreo por parte de la sociedad civil.

El Programa financiará la ejecución de cuatro componentes:

Componente 1. Fortalecimiento de la capacidad de formulación y análisis de políticas (US\$765.000). El objetivo de este componente es fortalecer la capacidad de los ministerios para formular, monitorear y evaluar políticas públicas que afectan aquellos sectores en donde actúan las agencias reguladoras; así como realizar un seguimiento y evaluación de la implementación y resultados de las mismas. Se financiará el diagnóstico de la formulación y análisis de políticas públicas en mercados regulados, el diseño de una metodología e indicadores para el seguimiento y evaluación de políticas públicas en mercados sujetos a regulación y la capacitación dirigida a los profesionales de los ministerios y funcionarios de los Poderes Legislativo y Judicial en cuestiones de formulación, monitoreo y evaluación de políticas sectoriales en mercados regulados.

Componente 2. Mejora de la coordinación y alineamiento estratégico entre políticas sectoriales y proceso regulatorio (US\$1.264.000). El objetivo de este componente es promover la coordinación y alineamiento entre las políticas públicas sectoriales y los procesos de regulación. Para ello se apoyará la creación de instancias institucionales para la coordinación de acciones en el ámbito del gobierno central, fortaleciendo la cooperación interinstitucional, el intercambio de

información y la retroalimentación en las decisiones que afectan la calidad regulatoria, así como la obtención y formalización de consensos y acuerdos respecto de los resultados esperados de las políticas sectoriales, el desempeño de las agencias y la autonomía financiera de estas últimas.

Componente 3. Fortalecimiento de la autonomía, transparencia y desempeño de las agencias reguladoras (US\$1.983.000). El objetivo de este componente es fortalecer la autonomía de las agencias reguladoras federales, contribuir a la mejora de su desempeño y promover la implantación de instrumentos que apoyen el mejoramiento de la calidad de la regulación. Se financiará: (i) diseño, desarrollo e implementación de un programa de capacitación en análisis de impacto regulatorio (AIR); (ii) desarrollo e implementación de un sistema de reclutamiento y selección de directores y personal gerencial superior de las agencias; (iii) definición y aplicación de metodologías para la prevención de irregularidades en los procesos regulatorios; y (iv) diseño e implementación de un programa de capacitación en procesos administrativos y gestión por resultados dirigido a los funcionarios de las agencias.

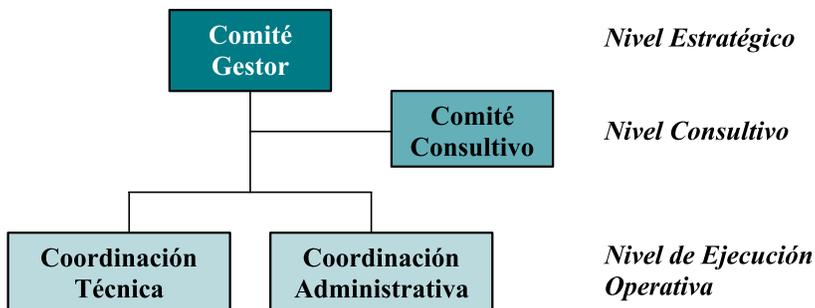
Componente 4. Desarrollo de mecanismos para el ejercicio del control social (US\$1.744.000). El objetivo de este componente es promover los mecanismos de control social respecto de las actividades regulatorias, tanto en lo relativo a facilitar el acceso de las organizaciones de la sociedad civil en el proceso regulatorio, como mejorar el monitoreo de las mismas sobre dicho proceso. Se financiará: (i) diseño e implementación de un programa de capacitación en cuestiones básicas de regulación, orientado a entidades y organizaciones de defensa del consumidor, tanto públicas como no gubernamentales; (ii) diseño e implementación de una campaña de comunicación institucional de educación en regulación; (iii) diagnóstico de las capacidades institucionales de los Servicios de Protección al Consumidor (PROCON) estatales para atender las demandas de los usuarios; (iv) asistencia técnica a la gestión de información del Departamento de Protección y Defensa del Consumidor (DPDC); y (v) capacitación y asistencia técnica a las agencias reguladoras para la facilitación del control social.

MECANISMO DE EJECUCIÓN

El Organismo Ejecutor del Programa es la Casa Civil de la Presidencia de la República de Brasil. La Casa Civil es responsable por la asistencia y asesoramiento directo e inmediato del Presidente de la República, en especial en los asuntos relacionados con la coordinación y la integración de las acciones de gobierno. A esta institución le compete la verificación previa de la constitucionalidad y legitimidad de los actos presidenciales, la evaluación y el monitoreo de la acción gubernamental y de los órganos y entidades de la administración pública federal, de la compatibilidad de las propuestas, de la evaluación de la acción gubernamental y de los resultados de la gestión.

La ejecución del programa ha sido estructurada en tres niveles, que se ilustran y detallan a continuación: i) nivel estratégico: Comité Gestor; ii) nivel técnico consultivo: Comité Consultivo; iii) nivel de coordinación operativa: Coordinadores Técnico y Administrativo.

Como forma de apoyar la ejecución de la operación, el Ministro Jefe de la Casa Civil nombrará como Coordinador Técnico a un funcionario de la Subjefatura de Análisis y Acompañamiento de Políticas Gubernamentales y a un Coordinador Administrativo de la Secretaría de Administración (SA), cuyas designaciones constituyen condición previa para el primer desembolso de la operación. En la estructura organizacional de la Casa Civil, la Subjefatura de Análisis y Acompañamiento de Políticas Gubernamentales (SAG) asesora directamente al Ministro de Estado en el seguimiento de la formulación y ejecución de proyectos, el análisis del mérito de las propuestas sometidas al Presidente de la República y en la coordinación e integración de las acciones gubernamentales.



- **Comité Gestor.** A ser constituido por el Gobierno Federal a través de correspondiente acto legal, el mencionado Comité estará compuesto por representantes del Ministerio de Hacienda, del Ministerio de Planificación, Presupuesto y Gestión y de la Casa Civil, quién lo presidirá. El Comité será la instancia responsable por: i) otorgar el direccionamiento estratégico del Programa; ii) definir las prioridades, coordinar y supervisar la marcha general de cada componente; iii) articular los organismos involucrados en la operación; iv) aprobar los Planes de Adquisiciones, Programas Operativos Anuales (POA) e informes semestrales de avance a ser presentados al Banco; y v) resolver aspectos controversiales relacionados con la ejecución del Programa.
- **Comité Consultivo.** Compuesto por representantes de todas las agencias reguladoras y los respectivos ministerios a los cuales están vinculadas, además del Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) y la Secretaría de Derecho Económico del Ministerio de Justicia. El Comité será responsable de: i) presentar y discutir propuestas que puedan apoyar y mejorar la ejecución del proyecto; ii) perfeccionar los contenidos técnicos de las acciones implementadas; iii) brindar asesoría y orientación al Comité Gestor; y iv) velar por la integridad técnica del Programa.
- El **Coordinador Técnico** del programa será un funcionario de la SAG con dedicación exclusiva al Programa. Ejercerá las siguientes funciones: (i) preparar y someter el POA del programa al Comité Gestor; (ii) levantar y sistematizar las informaciones y preparar los informes relacionados al seguimiento, evaluación y auditoría de la ejecución del programa; (iii) mantener un registro actualizado de información que permita el cálculo de los indicadores de seguimiento del programa; (iv) definir los requisitos técnicos de los bienes y servicios a ser adquiridos o contratados con recursos del programa. El **Coordinador Administrativo** del programa estará vinculado a la SA y ejercerá, entre otras, las siguientes funciones: (i) gestionar la selección y contratación de los bienes y servicios

requeridos por el Programa; (ii) mantener registros contables y sistemas de información para la administración de contratos, flujo financiero y control interno de los recursos del financiamiento y de la contrapartida local; (iii) preparar las solicitudes de desembolso y los estados financieros auditados del programa.

EL SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN DEL PROGRAMA

La supervisión de la operación se llevará a cabo con base en los siguientes instrumentos: (i) Planes Operativos Anuales; (ii) Marco Lógico; e (iii) informes semestrales de avance.

Para el seguimiento y evaluación del Programa se tomarán en cuenta las metas y los indicadores de avance y de éxito definidos con las entidades participantes en el Programa indicados en el Marco Lógico, en el que se incluyen los indicadores de resultados de cada uno de los componentes y productos y las líneas de base para los mismos. El mismo se adjunta como Anexo I. En especial, con el fin de acompañar el cumplimiento del propósito del Programa se ha desarrollado un Indicador de Calidad Regulatoria (ICR)⁶, que medirá los avances en la calidad de la regulación que implementan las agencias del Gobierno Federal. El indicador procurará capturar atributos de las distintas dimensiones que hacen a la calidad regulatoria y que son relevantes en el contexto del programa.

El seguimiento y la supervisión general del Programa estarán a cargo del Comité Gestor con base en los planes anuales a ser elaborados para cada componente. El Ejecutor deberá preparar y presentar al Banco informes

6. *El Indicador de Calidad Regulatoria desarrollado, considera tres dimensiones de análisis, expresadas en tres subíndices. Las dimensiones consideradas son: Coordinación Institucional y Monitoreo; Autonomía y Transparencia; y Mecanismos de Consulta y Rendición de Cuentas. Se ha realizado un ejercicio para estimar la línea de base para el ICR la cual se recomienda sea revisada por el Comité Gestor dentro de los primeros meses de vida del Programa.*

semestrales de avance. El Programa incluirá una evaluación final donde se analizarán los logros alcanzados. Asimismo, tres meses después de terminada la operación se preparará un Informe de Terminación de Proyecto en donde se detallarán los resultados del proyecto y las lecciones aprendidas durante su ejecución.

BALANCE FINAL: LAS LECCIONES APRENDIDAS Y PERSPECTIVAS DEL PROGRAMA

El proceso de elaboración de la operación reafirmó una constatación común a muchos proyectos del Banco: la capacidad del BID de actuar como un agente catalizador y facilitador en ambientes de gran complejidad política o institucional. La percepción del BID como un agente neutro en los procesos de toma de decisión nacionales le confiere la credibilidad para interactuar directamente con todas las partes interesadas.

Además, la asistencia técnica que el Banco comúnmente agrega a los proyectos y la experiencia que acumula en sus diseños e implementaciones le permite producir e identificar instrumentos que pueden ser útiles a otros países. Un ejemplo de esos productos en el Programa en cuestión son el estudio “Evaluación de Experiencias Internacionales en Agencias e Instrumentos de Regulación Económica: Recomendaciones para Brasil”, diseñada por la consultora Claudia Silva. La misma consultora fue responsable por la metodología de Indicador de Calidad Regulatoria, a ser utilizado en el seguimiento de los avances del Programa. Esos productos pueden, oportunamente, servir a otros países que busquen perfeccionar sus marcos institucionales para regulación.

El éxito del Programa estará directamente relacionado al liderazgo institucional y a la capacidad de coordinación del ejecutor, la Casa Civil de la Presidencia de la República, y los demás organismos de coordinación central del gobierno asociados, los Ministerios de Hacienda y de Planificación, Presupuesto y Gestión. Ese liderazgo deberá ser ejercido de manera de lograr

el compromiso de los demás actores gubernamentales (agencias y ministerios) con los objetivos de Programa. La cantidad de entidades involucradas puede dificultar la coordinación entre las mismas, pero el buen funcionamiento del Comité Consultivo del Programa debe reducir posibles resistencias y estimular la participación y apropiación del Programa.

Asimismo, será esencial que esos objetivos sean comprendidos por los formadores de opinión en la sociedad. Una lección de la experiencia internacional es que sólo la participación de la sociedad civil, a través de un mejor acceso a la información y de la mejora de los mecanismos de rendición de cuentas, puede asegurar la consolidación de los procesos de reforma institucional. En especial, la consolidación de los procesos de gestión por resultados en el sector público se asienta en el establecimiento de una demanda permanente por informaciones relacionadas al desempeño del gobierno y a los logros y problemas de sus principales proyectos y actividades.

Particularmente en los procesos de reforma regulatoria, la propia sociedad civil debe ser capaz de efectivizar sus demandas y actuar como regulador del regulador. Dado que estas capacidades muchas veces no surgen en forma espontánea, es importante capacitar a los actores sociales para que contribuyan, mediante el conocimiento y el ejercicio de sus derechos, al perfeccionamiento de las instituciones regulatorias.

Adicionalmente, los recientes problemas con los servicios de transporte aéreo en Brasil han despertado nuevas críticas y desconfianzas respecto a la capacidad de los reguladores nacionales de resolver los problemas de funcionamiento de los sectores de infraestructura. En ese contexto político, puede advenir el riesgo de una revisión del modelo institucional de regulación que lleve a un retroceso capaz de afectar el ambiente de negocios en el país. Por otro lado, la implementación del Programa puede mitigar ese riesgo, proveyendo al Gobierno instrumentos que le permitan perfeccionar el modelo, avanzando en el sentido de la profesionalización de la gestión de las actividades regulatorias y de la mejoría del desempeño de los reguladores.

La evolución reciente del proceso de implementación del Programa refleja las características del proceso político y administrativo brasileño. Al fin de 2006, el Senado Federal ha aprobado la Resolución No 46, que autoriza la operación de préstamo. Un Decreto del Presidente de la República instituyendo el Programa y creando sus Comités Gestor y Consultivo está en vigencia desde marzo de este año.

Con respecto a la tramitación del proyecto de Ley N° 3.337/04, que tiene como objetivo crear un nuevo marco legal para la actuación de las agencias reguladoras, el proceso de discusión legislativa ha involucrado a muchos actores del gobierno y de la sociedad. Sin embargo, no ha sido posible llegar a un consenso que permitiera la aprobación de un texto que preserve los avances del sistema regulatorio brasileño y contribuya a su perfeccionamiento. Cumple resaltar que, si bien algunos objetivos y actividades del Programa podrían beneficiarse de cambios introducidos por el proyecto de ley, el Programa es completamente autónomo y su desempeño no está condicionado a la aprobación del proyecto de ley.

Concluyendo, Brasil hoy tiene un marco institucional vigente que ha permitido avances en la regulación de mercados. Sin embargo, persisten deficiencias cuyo tratamiento contribuirá a la mejoría de las condiciones para la atracción de inversiones y el incremento de la competencia. La búsqueda de mejor calidad de la regulación en Brasil es un proceso largo, que seguramente será impulsado por la implantación de un moderno modelo de gestión basado en el logro de resultados, que utilice herramientas modernas y aproveche las lecciones de las reformas regulatorias a nivel internacional. El Programa de Fortalecimiento de la Capacidad Institucional para la Gestión en Regulación tiene instrumentos que ayudarán al Gobierno Federal en el perfeccionamiento de ese marco, introduciendo productos y mecanismos que apoyarán la modernización de la gestión de actividades que afectan los mercados regulados.

BIBLIOGRAFÍA

AZUMENDI, Sebastián. **Evaluación de experiencias internacionales en agencias e instrumentos de regulación económica**: recomendaciones para Brasil. Washington, 2006.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). **Fortalecimiento de la Capacidad Institucional para la Gestión en Regulación**. Propuesta de Préstamo, sept. 2006.

CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro. **Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial**. Brasília, sept. 2003.

FARIAS, Pedro. Desempenho, transparência e regulação: o mito das incompatibilidades congêntas. In: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD, 9, Madrid, 2004.

FARIAS, Pedro; RIBEIRO, Sheila. Regulação e os novos modelos de gestão no Brasil. **Revista do Serviço Público**. Brasília: ENAP, jul.-set. 2002.

JACOBS, Scott. **Building credible regulators for liberalized utility sectors**. APEC-OCDE Co-operative Initiative on Regulatory Reform. Proceedings of the First Workshop. Beijing: sept. 2001.

OECD. Regulatory policies in OECD countries: from interventionism to regulatory governance. **Reviews of Regulatory Reform**, 2002.

OECD. **Guiding principles for regulatory quality and performance**. Council of the OECD, 2005.

SARAVIA, Enrique. La regulación de los servicios públicos: elementos para un análisis comparativo de los modelos argentinos y brasileiros. In: CONGRESO ARGENTINO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SOCIEDAD, ESTADO Y ADMINISTRACIÓN, 2.

SILVA, Claudia. Fortalecimiento de la Capacidad Institucional para la Gestión en Regulación. **Informe Final**, Washington, 2006.

ANEXO

MARCO LÓGICO

PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO DE LA CAPACIDAD INSTITUCIONAL PARA GESTIÓN EN REGULACIÓN

RESUMEN NARRATIVO	INDICADORES	MEDIOS DE VERIFICACIÓN	SUPUESTOS
FIN			
Fortalecer las condiciones generales para la competencia e inversión privada en Brasil.	Brasil mejora 10% y 8% en los Pilares Institucional y de Infraestructura, respectivamente, del Basic Requirements Subindex del Global Competitiveness Index del World Economic Forum. ¹ Línea de Base: En 2005, Brasil presentaba valores de 3.38 y 3.20 para los Pilares Institucionales e Infraestructura, respectivamente, con lo cual, se encontraba en las posiciones 12, 10 y 8 en el Subíndice de Requerimientos Básicos y en los Pilares Institucional e Infraestructura, respectivamente.	Global Competitiveness Report del World Economic Forum.	El Gobierno de Brasil mantiene el interés en la implementación de medidas de perfeccionamiento de los marcos regulatorios sectoriales y moderniza sus instrumentos de defensa de la competencia.
PROPOSITO			
La mejora de la calidad de la regulación realizada por las agencias del Gobierno Federal.	Las agencias reguladoras federales logran un valor de 0.65 en el Indicador de Calidad Regulatoria Ampliado (ICRA) desarrollado para el Programa, al año siguiente de la finalización del mismo. ² Línea de Base: 0.353	Informe del Comité Gestor del Programa.	El Gobierno de Brasil sigue apoyando políticas de implantación de mecanismos que contribuyen al mejoramiento de la calidad de la regulación y el control social en el proceso regulatorio, previstos en la operación.

RESUMEN NARRATIVO	INDICADORES	MEDIOS DE VERIFICACIÓN	SUPUESTOS
COMPONENTES			
Fortalecer la capacidad de los ministerios para formular políticas sectoriales que afectan mercados sujetos a regulación y monitorear y evaluar su implementación.	Al menos 80% de los 550 funcionarios capacitados en formulación, monitoreo y evaluación de políticas públicas en mercados regulados, aprueban los cursos.	Registro de participación en los cursos; Evaluaciones a los participantes de los cursos; Evaluación de los cursos por parte de los funcionarios capacitados.	El personal capacitado y las autoridades de los ministerios se encuentran interesados en las nuevas metodologías y desean implementar los conocimientos adquiridos.
Mejorar la coordinación y el alineamiento entre las políticas sectoriales y los procesos regulatorios.	Instrumentos de gestión implantados en al menos 6 agencias reguladoras a fines de 2009.	Informe del Comité Gestor.	El Comité Gestor demuestra capacidad para coordinar los componentes del programa y forjar sinergias entre los mismos.
Fortalecer la autonomía, transparencia y desempeño de las agencias reguladoras	El Subíndice de Autonomía y Transparencia del Indicador de Calidad Regulatoria Ampliado incrementa a 0,35 para 2009; Línea de Base: 0,19 (sobre un valor máximo posible de 0,40) ⁴	Informe del Comité Gestor.	Los funcionarios y autoridades de los ministerios y agencias reguladoras responden positivamente a la introducción de nuevos procesos administrativos e instrumentos de gestión y análisis.
Apoyar los mecanismos para el ejercicio del control social	Ampliación de 50% del número de participantes por año en los procesos de audiencias públicas de las agencias regulatorias.	Informe del Comité Gestor.	El gobierno central y las agencias reguladoras apoyan el fortalecimiento de los mecanismos de control social como parte de la mejora del proceso regulatorio, y las organizaciones de la sociedad civil, los usuarios y consumidores se muestran interesados en participar de mecanismos de control social sobre las actividades regulatorias.

1. Se tomarán como indicadores los Pilares Instituciones e Infraestructura que componen el Subíndice de Requerimientos Básicos de Competitividad (BR5) que integra el Global Competitiveness Index producido por el World Economic Forum. En el link se incluyen cuadros en los que se muestran los valores de los indicadores (pilares) mencionados, las posiciones relativas de los países de la región en el Subíndice aludido, así como en el CGI y sus restantes componentes. No se incluyen los pilares Macroeconomía y Salud y Educación Primaria (del BR5) por no tener relación directa con el objetivo del Programa. Se espera que las mejoras previstas le permitan al país pasar, ceteris paribus, a las posiciones 5, 7 y 9 en los Pilares Institucional e Infraestructura y en el Subíndice de Requerimientos Básicos, respectivamente, en América Latina. El valor del indicador va de 1 a 7, donde a mayor valor, mejor posición en el indicador.

2. El Anexo Metodológico del Indicador de Calidad Regulatoria se incluye como links al Informe de Proyecto.

3. Por tratarse de una herramienta nueva, no existe medición de Línea de Base. Sin perjuicio de ello se ha realizado un ejercicio para estimar la misma. Se recomienda que el Comité Gestor revise la estimación llevada a cabo, dentro de los primeros tres meses de vida del Programa.

4. Este indicador corresponde al Subíndice Autonomía y Transparencia del Indicador de Calidad Regulatoria Ampliado. Ver parte II de la Ficha Metodológica de este último, la cual se incluye como link al Informe de Proyecto. Por tratarse de una herramienta nueva, no existe medición de Línea de Base. Sin perjuicio de ello se ha realizado un ejercicio para estimar la misma. Se recomienda que el Comité Gestor revise la estimación llevada a cabo, dentro de los primeros tres meses de vida del Programa.

Capítulo 11

Boas práticas regulatórias: previsibilidade e transparência na Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Dirceu Raposo de Mello
Pedro Ivo Sebba Ramalho

INTRODUÇÃO

Com pouco mais de uma década, o modelo institucional das agências reguladoras brasileiras está em franco debate. A academia, a imprensa e o Congresso Nacional discutem o papel do Estado na regulação da economia. As controvérsias giram em torno da legitimidade e da eficiência das agências reguladoras.

A primeira agência reguladora brasileira foi criada em 1996 e instalada no ano seguinte, cento e dez anos depois do início da experiência dos Estados Unidos da América. Existem hoje no Brasil dez agências, todas fruto da reforma regulatória implementada em meados da década de 1990. Recentemente, o debate público foi precipitado pela crise aérea brasileira que se arrastou durante vários meses e registrou dois acidentes de grandes proporções. Os questionamentos à agência responsável pela regulação do setor aéreo colocaram na ordem do dia do país a discussão sobre a adequação da concepção das agências reguladoras ao arranjo institucional brasileiro.

O papel regulador do Estado brasileiro é reconhecidamente forte desde, pelo menos, a década de 1930. A regulação é exercida no Brasil por um grande conjunto de medidas e órgãos ao longo de todo o século passado e ainda hoje. Entretanto, o cenário institucional da regulação mudou bastante desde a Era Vargas. As agências reguladoras, surgidas durante os anos 1990, podem atualmente ser consideradas a mais importante inovação no

desenho institucional do Estado brasileiro das últimas décadas. Resultado do espelhamento nas experiências de países desenvolvidos, as agências foram instituídas em áreas de infraestrutura e setores sociais com o propósito essencial de garantir o acesso dos cidadãos ao consumo de bens e serviços e reduzir as incertezas regulatórias. As dez agências reguladoras federais já se apresentam como possibilidade de nova forma de interação entre Estado e sociedade.¹

Entretanto, ainda carecemos de marco regulatório sólido e de ambiente institucional favorável para o desenvolvimento e a consolidação das boas práticas regulatórias pelas agências.

Este capítulo procura discutir o tema das boas práticas regulatórias das agências reguladoras na regulação estatal de mercados, com ênfase nos recentes avanços da experiência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. A partir do resgate do contexto internacional de desenvolvimento institucional das agências reguladoras e das recentes recomendações relacionadas à governança regulatória, apresentam-se as iniciativas da Anvisa no desenho e na implementação de programa de boas práticas regulatórias construído a partir das diretrizes governamentais formuladas para o sistema regulatório brasileiro, em geral, e para o setor saúde, em particular.

REGULAÇÃO E AGÊNCIAS REGULADORAS: CONTEXTO INTERNACIONAL

AS AGÊNCIAS REGULADORAS NOS EUA: DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

As agências reguladoras independentes existem nos Estados Unidos da América desde o fim do século XIX. A atividade regulatória dessas agências nunca foi imune ao debate político e acadêmico sobre sua legitimidade, seus

1. RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. *A gramática política das agências reguladoras: comparação entre Brasil e EUA*. Brasília, 2007a. Tese (Doutorado). Centro de Pesquisa e Pós-graduação sobre as Américas, Universidade de Brasília.

limites de atuação e desenho institucional. Os principais pontos de discussão giram em torno da delegação de poder do Congresso às agências e suas formas de responsabilização e controle pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e pela sociedade. Ao longo de todo o século passado, houve muita controvérsia e acúmulo teórico sobre o papel desses entes na regulação estatal da economia. A histórica experiência das agências independentes norte-americanas serviu, adicionalmente, para orientar o debate no mundo todo sobre a criação e a finalidade das agências reguladoras em diversos países.

A partir do fim do século XIX, a atividade regulatória começou a ser operada nos EUA por meio de políticas executadas pelas agências independentes. Pode-se dizer que a atuação de tais entes na regulação de mercados foi objeto de controvérsias desde o seu nascimento. Isso porque houve, durante todo o século XX, muito debate a respeito da legitimidade das agências reguladoras independentes, questionando-se sua própria existência e formato institucional. Além do debate público e acadêmico, sua forma de operação gerou demandas judiciais que arguiram a legalidade de suas atividades na regulamentação e na imposição de penalidades aos agentes econômicos. Tal controvérsia atravessou praticamente todo o século XX, mas apresenta momentos marcantes que culminaram na disseminação desses órgãos, na harmonização de seus procedimentos por meio de legislação disciplinadora e no controle e coordenação de sua atuação.

De fato, a primeira agência reguladora federal independente, a Interstate Commerce Commission – ICC, foi criada nos EUA em 1887. O objetivo daquela Comissão era regulamentar serviços de transporte ferroviário para impedir a imposição de tarifas abusivas e práticas discriminatórias naquele mercado.² A criação de agências reguladoras no plano federal ocorreu quando vários estados já tinham estruturado suas agências regulatórias, criadas inicialmente como órgãos de assessoria nos assuntos ferroviários. Essas

2. Observe-se que a ICC surge exatamente cem anos depois de promulgada a Constituição norte-americana, a qual reserva amplos poderes aos Estados daquela Federação. Tais poderes são consubstanciados na Emenda X, datada de 1791, que prevê que os poderes não delegados aos Estados Unidos, nem negados aos Estados da Federação, são reservados aos Estados ou ao povo. Trata-se de concepção que valoriza o poder local, diferentemente da tradição brasileira, que concentra o poder no âmbito federal.

agências não possuíam mandato para fixar tarifas e atuavam apenas emitindo recomendações para a administração das ferrovias. Somente a partir de 1871 houve a criação de agências reguladoras com poderes ampliados nos Estados de Illinois, Iowa, Minnesota e Wisconsin. Além da fixação de tarifas, esses órgãos atuavam no acompanhamento econômico do setor ferroviário, com destaque para fusões e concentrações, buscando impossibilitar a diminuição da concorrência no mercado.

O rápido crescimento das atividades regulatórias dos estados pôde ser notado em 1887, quando o Congresso norte-americano criou a ICC e já havia agências reguladoras do setor ferroviário em 25 estados. A tendência de crescimento nos estados continuou e na década de 1920 podiam-se encontrar agências reguladoras em mais de dois terços dos estados da federação norte-americana, atuando não só em transporte ferroviário, mas também em setores de rede, como telefonia e telégrafos, e gás e energia elétrica. Logo após a estruturação do sistema do Federal Reserve – que funciona com o banco central norte-americano – e a criação do imposto de renda, em 1913, foram criadas a Federal Trade Commission (1914), a Federal Power Commission (1920) e a Federal Radio Commission (1929). Esta última, transformada na Federal Communications Commission por meio do Federal Communications Act, aprovado pelo Congresso norte-americano em 1934. A preocupação que motivou a criação de tais órgãos reguladores desde aquela época foi a necessidade de se combaterem as “falhas de mercado”, possibilitando, dessa forma, coibir o abuso de poder econômico na operação de determinados agentes.

Vale lembrar que ainda no fim do século XIX, em 1890, foi aprovado o Sherman Act, destinado a combater o comportamento monopolista de mercado das firmas. A íntima relação entre defesa da concorrência e regulação de mercados nos EUA data já dessa época. A ideia-força do Sherman Act, que ainda é a principal legislação antitruste dos EUA, é considerar ilegal qualquer comportamento em forma de contrato, combinação ou conspiração para restringir o comércio. Foi esta legislação que orientou todo o processo que culminou em 1913 na fragmentação do monopólio exercido pelas célebres empresas de John Rockefeller, a Standard Oil Company.

Ensejada pela depressão de 1929, e pela conseqüente implementação do New Deal (1933-1939) no governo Roosevelt, houve a ampliação do arsenal

regulatório nos EUA. O fortalecimento da esfera federal deu-se a partir de ampla reforma administrativa que incluiu a “criação de um número significativo de novas agências reguladoras”.³ Entre outras agências, foram criadas a Securities and Exchange Commission e o Civil Aeronautics Board. Naquela época, a crença de que o mercado precisava de controle mais efetivo por parte do poder do Estado ganhou força e as agências puderam se proliferar e desenvolver.

Sunstein explica que as agências administrativas não surgiram com o New Deal. Elas são parte do governo desde o início da República norte-americana. Entretanto, a chamada “moderna agência reguladora” é fenômeno recente daquele país: “foi somente com o **New Deal** que a figura da moderna agência tornou-se um elemento marcante do governo norte-americano”.⁴ O autor destaca ainda que entre a elaboração da Constituição dos EUA e a Guerra Civil foram criadas onze agências; entre 1865 e a virada do século, outras seis; de 1900 até a Primeira Guerra, foram criadas nove; outras nove agências entre 1918 e a crise de 1929; no entanto, no período compreendido entre as décadas de 1930 e 1940 foram criadas nada menos que dezessete novas agências no governo federal dos EUA.

Aragão ressalta que as atividades regulatórias executadas pelas agências reguladoras “foram se multiplicando de tal forma que hoje o direito administrativo norte-americano é praticamente confundido com o direito das agências”.⁵ Em meados da década de 1970, todos os estados da federação norte-americana já contavam com agências regulatórias. De fato, pode-se considerar que as agências reguladoras foram as grandes responsáveis pela aprovação em 1946 do Administrative Procedure Act, que surgiu em decorrência dos fortes questionamentos relativos à discricionariedade

3. MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 14.

4. SUNSTEIN, Cass R. O constitucionalismo após o *New Deal*. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004, nota 9, p. 204.

5. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 229. Na mesma linha, Shecaira afirma que nos EUA o Estado administra e intervém nos mais diversos assuntos por meio da presença de suas agências reguladoras. Assim, para a autora, “o direito administrativo norte-americano é construído a partir da criação das agências”. SHECAIRA, Cibele Cristina Baudassa Muniz. A competência das agências reguladoras nos EUA. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 419.

administrativa daqueles órgãos. O Administrative Procedure Act define procedimentos inerentes à atuação dos entes reguladores, a fim de que cumpram determinados requisitos para a produção de regulamentos, decisões processuais e julgamento dos casos envolvidos no trabalho das agências. Tornou-se obrigatório assegurar ritos para a tomada de decisão dos agentes reguladores, incluindo aí a necessária transparência e o acesso a informações e documentos para o cidadão que se interessasse pelas matérias objeto das agências. Para a elaboração de normas e regulamentos, as agências passaram a publicar suas propostas previamente, a fim de contar com as manifestações do setor regulado, bem como de qualquer interessado na matéria, ouvindo a sociedade para colher subsídios e avaliar o possível impacto regulatório, caso as medidas venham a ser aprovadas na forma proposta.

Todos esses desenvolvimentos institucionais relacionados à história da regulação nos EUA redundaram na pressão por maior participação de públicos diversificados na construção das decisões dos agentes reguladores, participação essa que necessariamente deveria ser transparente e orientada para os interesses sociais mais amplos, como os direitos dos consumidores, questões relacionadas ao meio ambiente e outros tipos de direitos coletivos ou difusos. Também empurrou as agências para acompanhamento mais próximo do Congresso, que passou a receber relatórios e os próprios dirigentes das agências em suas comissões com o objetivo de tornar o controle político mais sistemático. A construção desse ambiente institucional proporcionou a incorporação de tais valores e comportamentos por grande parte das agências reguladoras dos EUA, o que também serviu de modelo para inspirar a definição dos marcos institucionais de sistemas regulatórios, em maior ou menor grau, por todo o mundo.

Destaque também deve ser dado para o papel de acompanhamento e fiscalização exercido pelo Poder Legislativo, que controla as agências em termos políticos, e para a supervisão e coordenação exercida pelo Poder Executivo. No primeiro caso, o trabalho conflui para o General Accounting Office, órgão associado à auditoria e controle daquele Poder. Suas avaliações, investigações e recomendações são importante direcionamento para a atuação dos parlamentares no exercício da fiscalização e controle político da atividade das agências reguladoras. Isso por meio de seus gabinetes ou, mais

importante e sistemático, por meio das comissões temáticas do Congresso, as quais periodicamente realizam audiências públicas para esclarecer determinados aspectos da execução da política regulatória exercida por aqueles órgãos.

Por outro lado, a atuação do Poder Executivo na supervisão e coordenação das agências dá-se principalmente por meio do Office of Management and Budget – OMB. Além de cuidar da elaboração do orçamento geral do governo, o que lhe imputa operar com o estabelecimento de prioridades, este órgão tem promovido a coordenação do trabalho regulador do governo federal por meio da formulação e disseminação de critérios balizadores da atuação das agências. A atuação do OMB na área regulatória dá-se principalmente por meio do trabalho do Office of Information and Regulatory Affairs – OIRA, criado em 1980.

Os princípios administrativos e técnicos indicados pelo OMB podem ser considerados importantes para propiciar harmonia entre as atividades das agências, dotando o sistema regulatório como um todo de maior previsibilidade e estabilidade, condições fundamentais para a operação dos agentes econômicos no mercado. Destaque-se que é previsto nas atribuições do OMB a função de revisão técnica, administrativa e legal dos atos regulatórios, normalmente elaborados sob a forma de regulamentos, emanados pelas agências. Nesse caso, porém, revisão adstrita às agências reguladoras que não têm caráter independente, ou seja, aquelas vinculadas à estrutura da administração pública do Poder Executivo, chamadas de *executive boards*. O trabalho de revisão, baseado na Executive Order 12.866,⁶ consiste na análise de impacto regulatório com o objetivo de reconhecer atividades regulatórias

6. A Executive Order 12866 descreve o papel do OIRA no processo de regulamentação. Nela, o presidente define, dentro de certos limites, as diretrizes para as agências elaborarem seus regulamentos. Essas diretrizes incluem a consideração de opções para a regulamentação e análise dos impactos das regras propostas sobre a sociedade tanto em relação aos benefícios quanto aos custos. Da forma como a Executive Order define, o OIRA analisa as propostas de regulamentação das agências antes da sua publicação para garantir a conformidade com as diretrizes do governo. A Executive Order 12866 foi publicada originalmente em 30 de setembro de 1993, durante a administração de Bill Clinton, e recebeu emendas da Executive Order 13258, em 28 de fevereiro de 2002, e da Executive Order 13422, em 23 de janeiro de 2007. Para cf. a redação original da Executive Order 12866, consultar o sítio eletrônico <http://www.whitehouse.gov/omb/inforeg/eo12866.pdf>. Para a versão consolidada, http://www.whitehouse.gov/omb/inforeg/eo12866/eo12866_amended_01-2007.pdf.

que estejam em desacordo com a política geral do governo ou com a política adotada para o setor em que a agência atua. Tal trabalho é realizado a partir da elaboração pelas agências de relatório de análise de impacto regulatório, que em termos gerais deve apoiar as decisões da agência para a adoção de instrumento de regulação – normalmente uma regulamentação. O relatório deve apontar argumentos e evidências sobre o futuro regulamento que, por um lado, não impliquem custo maior que a inação do regulador, ou seja, que os benefícios da regulação suplantem os seus custos inerentes e, por outro, que os critérios utilizados sejam os mais adequados para a resolução daquele caso específico.

AS RECOMENDAÇÕES DA ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE PARA A REFORMA REGULATÓRIA

O tema da reforma regulatória no contexto internacional encontra referências importantes nos estudos e nas recomendações da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. O Programa de Política Regulatória da OCDE inclui três elementos essenciais: as medidas, os instrumentos e as instituições reguladoras.⁷ Todas as políticas regulatórias racionais devem ser idealizadas para maximizar a eficácia e a efetividade da legislação e de sua regulamentação. Assim, devem-se basear em enfoques que levem em conta tais elementos, de forma complementar. A transparência e a responsabilização devem constituir-se como objetivos e, ao mesmo tempo, meios pelos quais se assegura o êxito das políticas regulatórias.

Entre os instrumentos mais empregados para melhorar a eficiência e a

7. A presente seção é baseada nos seguintes documentos: ORGANISATION for Economic Co-operation and Development – OECD. *The OECD report on regulatory reform*. OECD, 1997. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 21 mar. 2007. ORGANISATION for Economic Co-operation and Development – OECD. *Regulatory policies in OECD countries: from interventionism to regulatory governance*. OECD, 2002; ORGANISATION for Economic Co-operation and Development – OECD. *Guiding principles for regulatory quality and performance*. OECD, 2005. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 21 mar. 2007.

efetividade dos sistemas regulatórios estão a análise de impacto regulatório, a consideração de alternativas à regulação e as consultas públicas e mecanismos de responsabilização. Em geral, a utilização das análises de impacto regulatório e das alternativas à regulação é um fenômeno mais recente nos países da OCDE, mas ambos os instrumentos têm sido entendidos rapidamente nos últimos anos. Aproximadamente metade dos governos dos países membros da OCDE incluem as análises de impacto regulatório em seus programas regulatórios, enquanto bom número adicional de países recorrem a esse instrumento em circunstâncias determinadas. O alcance e a sofisticação das análises de impacto regulatório têm crescido e, ainda que seus padrões objetivos não sejam elevados, estão conseguindo influir na legislação por meio da utilização sistemática da identificação dos custos e benefícios como marco fundamental para analisar as decisões sobre regulação. Por outro lado, todos os países membros da OCDE têm admitido que recorrem, cada vez com maior frequência, a amplo leque de opções às formas tradicionais de regulação, ainda que a maioria necessite de mais experiência na matéria, em virtude de o crescimento ser produzido a partir de nível ainda bastante baixo.

Quanto mais clara e consistente for a definição da política regulatória pelos governos, maior a chance de que as agências reguladoras possam ser efetivamente responsabilizadas pelo poder político e pelos cidadãos. Isso terminará por aumentar a transparência e a credibilidade do sistema regulatório e do governo junto à sociedade, retroalimentando a política regulatória e ampliando sua eficiência. A OCDE valoriza e estimula a participação da sociedade no processo de construção das decisões e regulamentos necessários à regulação. Ela defende que tal participação confere legitimidade ao processo, além de aumentar a sua efetividade, por meio da identificação de fatores associados a sua implementação que fogem ao conhecimento dos reguladores ou não têm a devida atenção durante a formulação das propostas que vão à consulta pública. Consultas também apontam ou ressaltam contradições entre os diferentes atores envolvidos na aplicação da regulação, especialmente entre os agentes econômicos e entre estes e os cidadãos. O principal benefício, então, é a prévia reação do público sobre determinada proposta, o que funciona como importante termômetro daquelas medidas para a tomada de decisão dos reguladores.

No caso das consultas públicas e dos mecanismos de responsabilização, o contexto atual revela que, embora a maioria dos países membros da OCDE conte com vasta história de utilização desses instrumentos, estão ocorrendo mudanças substanciais na sua configuração e aplicação, tendo em conta que estão destinados a cumprir objetivos novos e a responder a comunidades cada vez mais exigentes. Os procedimentos de consulta, em particular, estão se abrindo a todos os grupos da sociedade e estão sendo utilizados cada vez mais como meios de se obter informação objetiva para sustentar as análises de impacto regulatório.

O desenho de regulação de alta qualidade não poderá melhorar o bem-estar da população se não for garantida a eficácia de sua aplicação. É essencial garantir a adequação da regulação, o que prevê a elaboração de desenho regulatório sofisticado e estratégias de aplicação de elevada qualidade. A natureza e as funções dos organismos de supervisão da regulação são elementos institucionais essenciais para determinar os resultados de uma política regulatória. Novamente, a situação atual é híbrida. Na maioria dos países da OCDE existem organismos de supervisão da regulação que, entretanto, frequentemente enfrentam enormes obstáculos para mobilizar os poderes, os recursos e as competências adequadas para aplicar a política regulatória. Mais importante que a criação de organismos centrais de supervisão é a proliferação, durante a última década do século XX, de numerosos corpos de regulação independentes do governo, os quais têm assumido responsabilidades em matéria de supervisão de setores econômicos de elevada importância, como os serviços públicos e os financeiros. Seu desenvolvimento supõe que, para responder devidamente aos objetivos da regulação, é necessário estar livre de qualquer tipo de interferência política ou administrativa, empresarial ou de qualquer outro tipo de interesses. Contudo, ponto essencial para aproveitar as vantagens que poderiam ser extraídas desses organismos independentes é garantir que existam poucos mecanismos de responsabilização adequados e coerência política satisfatória com o conjunto das estruturas e instituições governamentais.

Além disso, para instaurar política regulatória e manter o impulso da reforma, é necessário que exista ampla base a favor da reforma. Uma das preocupações centrais para a OCDE está relacionada à base de sustentação

política para as reformas regulatórias implementadas nos seus países membros. Utilizando o conceito de “governança regulatória”, a Organização destaca que a eficiência das políticas regulatórias levadas a cabo pelas instituições responsáveis por sua implementação necessita do apoio explícito dos governos para definir os objetivos e a importância da regulação da economia na atualidade. Para que as agências reguladoras possam atuar de forma consistente, é necessário que haja ambiente político favorável à aplicação de marcos regulatórios claramente definidos, incluindo-se aí os instrumentos adequados para elevar a sua efetividade. Esse aspecto é imprescindível, tendo em conta que, inevitavelmente, qualquer reforma tem repercussões negativas para certos grupos da sociedade e deve-se supor que estes farão oposição a ela. Formar uma base que esteja a favor da reforma exige que se exponham claramente tanto os benefícios que serão atingidos como os riscos de não empreendê-la.

Do ponto de vista da OCDE, pode-se resumir no quadro a seguir série de questões que deverão ser tratadas no futuro a fim de concluir o desenvolvimento e a aplicação das políticas regulatórias.

Quadro 1. Resumo das recomendações da OCDE para a reforma regulatória

- Desenvolver a política regulatória dentro do marco conceitual da “governança regulatória” e a sua integração no amplo programa de governança que está sendo desenvolvido em toda a OCDE.
- Ampliar o alcance da política regulatória a fim de que inclua tratamento substancialmente maior da elaboração de regulamentos nos âmbitos infranacional e supranacional e a ponderação da importância da cooperação intergovernamental nas atividades regulatórias.
- Fomentar a sensibilização sobre a importância econômica em que se reverte a regulação, isto é, garantir que de forma geral se entenda o alcance que tem a utilização dos recursos privados pelo setor público no exercício de suas competências reguladoras e que esta questão inspire o debate regulatório.
- Realizar avaliações sistemáticas a posteriori das políticas regulatórias, dos instrumentos e das instituições.
- Continuar com o desenvolvimento de instituições responsáveis pela reforma regulatória, incluída melhor definição de suas funções e características.
- Envidar esforços para minimizar a complexidade e a incerteza dos diferentes regulamentos.
- Melhorar o controle sobre a função quase-legislativa e as normas de terceiros como elementos essenciais aos instrumentos de política regulatória.

Fonte: Ramalho (2007a).

A AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA: CARACTERÍSTICAS INSTITUCIONAIS E PAPEL REGULADOR

Há dez anos foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – cuja primeira sigla foi ANVS e, posteriormente, Anvisa –, autarquia sob regime especial, com independência administrativa, autonomia financeira e estabilidade de seus dirigentes.⁸ Ao longo de sua existência, a Agência vem realizando ações que buscam cumprir seu papel institucional e consolidar seu reconhecimento perante a sociedade.

Criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Anvisa surgiu com a finalidade institucional de promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços e dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como fazer o controle de portos, aeroportos e fronteiras.

A Anvisa enquadra-se no desenho institucional proposto para as agências reguladoras. É autarquia especial, ou seja, pretende executar suas funções com maior agilidade e flexibilidade administrativa. Essa proposta de autonomia reforçada fundamenta-se na possibilidade de redução dos riscos de interferência política no processo de regulação, bem como na predominância de critérios técnicos de decisão. O objetivo é conferir estabilidade e previsibilidade ao processo regulatório.

Uma singularidade que caracteriza a atuação da Anvisa é devida ao fato de a regulação no campo da Vigilância Sanitária ser exercida não em setor específico da economia, mas em todos os setores relacionados a produtos e serviços que podem afetar a saúde da população brasileira. A Constituição Federal de 1988 e a Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080/1990, consagram a saúde como direito de todos e dever do Estado, que deve exercê-lo por meio

8. A presente seção é baseada nos Relatórios de Atividades da Anvisa relativos os anos de 2005, 2006 e 2007. RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). Relatório de Atividades da Anvisa – 2007. Brasília: Anvisa, 2008a. 160 p.; RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). Relatório Anual de Atividades da Anvisa – 2006. Brasília: Anvisa, 2007b. v. 1. 424 p.; RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). Anvisa: Relatório Anual de Atividades 2005. Brasília: Anvisa, 2006. v. 1. 210 p.

da formulação e da execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos. Além disso, o Estado deve estabelecer as condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde. Dessa forma, a saúde é entendida como conceito associado à qualidade de vida do indivíduo e ao seu bem-estar, tanto físico quanto mental e social, tendo como fatores determinantes e condicionantes a alimentação, o meio ambiente, a moradia, o saneamento básico e o trabalho, entre outros.

Outra singularidade da Anvisa é sua atuação tanto na regulação econômica do mercado quanto na regulação sanitária. Desempenha, assim, função de mediação entre produtores e consumidores, tendo em vista que o uso de produtos, bens e serviços por ela regulados pode causar graves efeitos à saúde da população. Nesse contexto, é necessário conhecer ampla e previamente a realidade social e sanitária na qual esses produtos e serviços se inserem.

As atividades da Agência devem ser, portanto, intrinsecamente ligadas à defesa dos direitos do consumidor, uma vez que trabalha para garantir que produtos e serviços sejam de qualidade e não coloquem em risco o bem-estar do cidadão e a saúde pública. Nesse cenário está situada a missão da Anvisa: proteger e promover a saúde da população, garantindo a segurança sanitária de produtos e serviços e participando da construção de seu acesso.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária pode ser considerada a maior das agências reguladoras do Brasil. De um lado, pelo quantitativo de sua força de trabalho: cerca de três mil servidores, metade deles distribuídos por todo o território nacional em portos, aeroportos e postos de fronteira para realizar o controle de entrada e saída de produtos e pessoas, para proteger os interesses da saúde pública nacional. De outro lado, a magnitude do trabalho da Anvisa é resultado da abrangência dos objetos e processos regulados por sua atuação.

Além da coordenação do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, e do controle de portos, aeroportos e fronteiras, à Anvisa cabe a regulação de serviços de saúde e de produtos de interesse à saúde, de laboratórios de saúde pública, da propaganda de produtos de interesse à saúde. São exemplos dos produtos regulados – e processos a eles relacionados – pela Anvisa os medicamentos, os alimentos, os produtos para saúde – equipamentos,

produtos médicos e kits diagnósticos; sangue, outros tecidos, células e órgãos; saneantes; cosméticos; produtos tóxicos – com destaque para os agrotóxicos; e produtos derivados do tabaco. Controla também os ambientes, os processos, os insumos e as tecnologias a eles relacionados e realiza o monitoramento de preços de medicamentos. Também é responsável pela análise e anuência prévia nos processos de concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI. Estima-se que a atuação da Agência englobe produtos e serviços de saúde que representam 25% do Produto Interno Bruto – PIB brasileiro.

Além disso, o trabalho desenvolvido pela Anvisa nos últimos anos tornou o Brasil referência em regulação econômica e sanitária na América Latina, principalmente no que tange a regulação de medicamentos. A Anvisa pode ser considerada hoje a autoridade sanitária líder na região. Um dos destaques recentes foi o crescimento da atuação no contexto Sul-Sul, com parcerias estabelecidas entre a Anvisa e agências reguladoras de países como Argentina, Cuba, Uruguai e Cabo Verde.

A Anvisa é vinculada ao Ministério da Saúde, com quem estabelece anualmente as metas de sua atuação em consonância com as diretrizes de contrato de gestão e desempenho firmado entre os dois órgãos. Desde 1999, a Anvisa celebrou dois Contratos de Gestão com o Ministério da Saúde, acompanhados pelo Conselho Consultivo da Agência por meio de Planos Anuais de Ações e Metas. A partir de 2008, a Agência incorporou em seu planejamento as diretrizes do Programa Mais Saúde – o Plano de Aceleração do Crescimento (PAC) do setor saúde.

Os próximos anos prometem grandes avanços no campo da saúde e da vigilância sanitária. O Programa Mais Saúde aponta série de desafios para a Anvisa com relação à promoção do desenvolvimento do país. O Programa propõe o enfrentamento de grandes desafios na saúde e, em particular, na vigilância sanitária, como a produção de conhecimento e de tecnologias para medicamentos, vacinas, próteses, órteses e muitos outros. A atuação da Agência é transversal aos pilares básicos do Mais Saúde, em especial ao de ampliação do acesso com qualidade e ao de desenvolvimento e inovação

em saúde. As ações da Agência estão afinadas com a proposta de incentivo ao complexo industrial da saúde. A regulação realizada pela Anvisa, que tem o olhar voltado, em primeiro lugar, para o risco sanitário, deve também ser fundamental para promover o desenvolvimento desse complexo.

A Anvisa também tem-se ocupado fortemente com a melhoria da qualidade de sua gestão, para aprimorar sua *performance* regulatória e a efetividade de suas ações para a sociedade. Avança, ano a ano, no estabelecimento de marcas da gestão, concretizadas nos eixos da excelência, que envolve a qualidade da atuação da Agência; da descentralização, que cumpre a diretriz do Sistema Único de Saúde – SUS e promove a ação integrada e articulada da Anvisa, dos estados e dos municípios; e da transparência, que reforça a necessidade de abertura e diálogo permanente entre os atores envolvidos no processo de regulação promovido pela Anvisa ou afetados por ele.

BOAS PRÁTICAS REGULATÓRIAS NA ANVISA

O PROGRAMA DE MELHORIA DO PROCESSO DE REGULAMENTAÇÃO DA ANVISA

No campo da governança regulatória e do aprimoramento da qualidade e da efetividade da regulação de mercados pelos órgãos de governo, importante iniciativa recente no governo federal é a instituição do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG. Este aponta para a clara definição de política regulatória que estimule a melhoria da eficiência e a efetividade da regulação, promovendo o desenvolvimento de regulação de alta qualidade no Brasil.

Alinhada ao esforço do governo federal para a institucionalização de modelo regulatório, a Anvisa desenhou e vem desenvolvendo conjunto de medidas para o aperfeiçoamento de atividades regulatórias – quadro 2.

Quadro 2. Principais atividades relacionadas às boas práticas regulatórias da Anvisa, 2007-2008

- Organização e promoção do Seminário Internacional sobre Avaliação do Impacto Regulatório, realizado em outubro de 2007 em parceria com a Casa Civil da Presidência da República e os Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão.
- Participação da Anvisa como membro efetivo do Comitê Brasileiro de Regulamentação do Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Conmetro e colaboração na elaboração do Guia de Boas Práticas de Regulamentação.
- Presença da Anvisa na Oficina sobre Risco Regulatório, promovida pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.
- Presença da Anvisa no Seminário Internacional do estudo peer review da OCDE, promovido pela Casa Civil em 2008, em que foi anunciado que a Anvisa será piloto para implantação da AIR, portanto, pioneira entre as agências e demais órgãos e instituições do Governo.
- Parceria com Instituto de Defesa do Consumidor – Idec, voltada para o fortalecimento da capacidade técnica para participação social na regulação – BID/BR-M1035.

Fonte: Adaptado de Ramalho (2008b).

No campo da gestão em regulação, a Anvisa desenvolveu recentemente o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação. Instituído em abril de 2008 pela Portaria nº 422, o Programa tem por finalidade aprimorar o sistema regulatório da Agência, garantindo maior qualidade e efetividade da regulação sanitária. O objetivo do Programa da Anvisa é modernizar e qualificar sua produção normativa, de forma a promover a transparência, a responsabilização, a participação, a efetividade, a descentralização e a excelência da atuação institucional.

Além observar diferentes documentos legais e de planejamento – quadro 3 – para sua concepção, o Programa de Regulamentação da Anvisa levou em conta um contexto de produção normativa desordenada e fragmentada; problemas e custos relativos à publicação e retificação de publicação; dificuldade técnica de elaboração de atos normativos pela ausência de padrões e sistematização do processo de regulamentação; intensa judicialização da ação regulatória e consequente instabilidade regulatória, com prejuízos para a sociedade e para o próprio Sistema Nacional de Vigilância Sanitária – SNVS, aliado, ainda, à necessidade de aprimorar a instrução do processo decisório da Anvisa e ao fortalecimento dos mecanismos de participação e transparência.⁹

9. RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). *Boas práticas regulatórias: guia para o Programa de Melhoria*

Quadro 3. Principais referências do programa de regulamentação da Anvisa

- Lei Complementar no 95, de 26 de fevereiro de 1998, posteriormente alterada pela Lei Complementar no 107, de 26 de abril de 2001.
- Decreto no 4.176, de 28 de março de 2002, especialmente ao art. 59, que estabelece normas e diretrizes para a elaboração, redação, alteração, consolidação e o encaminhamento ao presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo federal.
- Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação, instituído pelo Decreto no 6.062, 16 de março de 2007.
- Portaria GM/MS no 1.052, de 8 de maio de 2007, retificada no Diário Oficial da União – DOU no 103, de 30 de maio de 2007, Seção 1, p. 92, que aprova o Plano Diretor de Vigilância Sanitária – PDVISA.
- Prioridades de modernização e de qualificação da gestão administrativa da Anvisa, bem como de fortalecimento da capacidade institucional para a ação de regulação sanitária, estabelecidas em 2007 pela Dicol, além dos resultados e das perspectivas decorrentes do Seminário Internacional sobre Avaliação do Impacto Regulatório.

No entanto, pode-se considerar que o problema mais imediato a ser superado pelo Programa de Regulamentação da Anvisa está relacionado à coordenação da produção normativa da Agência. A falta de efetividade de normas regulatórias é por vezes atribuída ao desconhecimento dos cidadãos e a resistências ou ausência de adesão de agentes econômicos, o que frequentemente ocasiona a judicialização da ação regulatória.

Tal falta de efetividade é fruto de conjunto de fatores – entre eles, principalmente, a falta de clareza na formulação; regulações produzidas em excesso sem definição de prioridades; regulamentos desnecessários ou sobrepostos – que não podem contar com efetivo monitoramento ou capacidade de *enforcement*. A má formulação ou má aplicação dos atos normativos frequentemente resulta em custos elevados para seu cumprimento. Há ainda a conhecida consequente questão cultural de desrespeito às regras emanadas pelo Estado, o que certamente redundará no descrédito das agências reguladoras.

Muito além de se prestar à melhoria da coordenação entre as unidades organizacionais da Agência, o Programa visa a promover os aspectos

do Processo de Regulamentação. Brasília: Anvisa, 2008b, p. 2. Disponível em: <www.anvisa.gov.br>. Acesso em: 7 fev. 2009.

relacionados aos mecanismos de *accountability* sobre o trabalho da Anvisa, dotando a sociedade, instituições e cidadãos envolvidos cotidianamente no processo regulatório de condições efetivas de acompanhamento e controle das ações da Agência. Ainda, consciente de seu papel de coordenadora do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária – SNVS, a Anvisa deve, com esse Programa, contribuir para o fortalecimento da governança regulatória e para a criação de ambiente regulatório seguro para a população e estável para os negócios e investimentos no país.

Fazem parte do Programa da Anvisa atividades que vão desde o mapeamento e a simplificação do macroprocesso de regulamentação até as ações relativas a compilação, consolidação e revisão de atos normativos. Importantes processos intermediários, de caráter estratégico para a regulação desenvolvida pela Agência, são a formulação da Agenda Regulatória da Anvisa, a tomada de decisão com base na ferramenta da Análise de Impacto Regulatório e o aprimoramento dos mecanismos e instrumentos de participação, controle social e transparência.

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO – AIR

A utilização das Análises de Impacto Regulatório – AIRs, e das opções à regulação, é ainda incipiente em território nacional e fenômeno recente mesmo em países com larga tradição regulatória. Nesse campo, porém, a Anvisa foi pioneira quando promoveu, ainda em 2007, com a Casa Civil da Presidência da República e os Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, o importante Seminário Internacional, cujo tema foi sobre o impacto regulatório, que contou com a participação dos principais especialistas do Brasil e do mundo nessa questão, em consonância com as diretrizes e os objetivos do PRO-REG.

A proposta de implantação da análise de impacto regulatório na Anvisa ainda se encontra em fase de construção. Acredita-se que a AIR seja importante ferramenta de gestão regulatória, destinada a subsidiar e melhor instruir o processo decisório da Agência, devido tanto à complexidade do conhecimento e operação do campo da vigilância sanitária e da saúde quanto aos grandes impactos relacionados à regulação da Anvisa para a

sociedade. Metodologia própria tem sido desenvolvida nesse Programa, segundo peculiaridades e necessidades institucionais, dotada de indicadores específicos para o monitoramento e a avaliação institucional da governança e do impacto regulatório. Além disso, há grande expectativa quanto ao apoio institucional do PRO-REG para o desenvolvimento da AIR na Agência, visto que a Anvisa já foi anunciada pela Casa Civil da Presidência da República com uma das agências-piloto para a implantação da ferramenta no país.

AGENDA REGULATÓRIA

Está em curso, pela primeira vez nos dez anos de existência da Anvisa, a elaboração da nossa Agenda Regulatória. A Agenda é o conjunto de temas prioritários para a Anvisa regulamentar no próximo período de um ano, concedendo à sociedade a oportunidade de opinar e contribuir na definição da pauta de decisões estratégicas e sinalizando para a sociedade qual a direção das próximas ações da Agência.

Considera-se que quanto mais clara e consistente a definição de Agenda Regulatória, maior a chance de que a agência reguladora possa ser efetivamente responsabilizada pelo poder político e pelos cidadãos. Isso terminará por aumentar a transparência e a credibilidade do sistema regulatório e do governo perante a sociedade, retroalimentando a política regulatória e ampliando sua eficiência.

A participação, por outro lado, confere legitimidade ao processo, além de aumentar a efetividade por meio da identificação de fatores associados à implementação, que fogem ao conhecimento dos reguladores ou não têm a devida atenção durante a formulação das propostas que vão à Consulta Pública. Os procedimentos de consulta podem, ainda, ser utilizados para se obter informação mais abrangente e objetiva para sustentar as análises de impacto regulatório.

TRANSPARÊNCIA E PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO PROCESSO REGULATÓRIO

A ampla participação da sociedade no processo regulatório é uma das mais constantes preocupações da Anvisa, que conta com série de ações de ampliação de espaços institucionais e promoção da transparência.

A Anvisa realiza periodicamente consultas e audiências públicas para receber contribuições e críticas relacionadas a suas propostas regulatórias. É importante registrar que a Anvisa ultrapassou, em seus dez anos de existência, a marca de novecentas consultas públicas, nas quais toda a sociedade teve a oportunidade de se manifestar e contribuir para a definição dos atos regulatórios do setor. Mas a Agência não conta apenas com o canal das consultas públicas para promover a participação social. Possui também, em sua estrutura, Conselho Consultivo e Ouvidoria independente e atuante para receber queixas e manifestações dos interessados.

A Anvisa dispõe, ainda, de dez câmaras setoriais temáticas que reúnem mais de trezentas instituições de representação nacional para a discussão e o encaminhamento de propostas e sugestões à Diretoria Colegiada da Agência. Além disso, elabora anualmente Relatório de Atividades que representa instrumento de promoção da transparência, uma vez que, por iniciativa própria da Anvisa, ele é apresentado ao Congresso Nacional como forma de prestar contas de sua atuação aos parlamentares. Também desenvolve atualmente projeto de fortalecimento da capacidade técnica de participação social dos consumidores na regulação com o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec.

Os mecanismos de participação de que a Anvisa dispõe têm a possibilidade de apontar ou ressaltar, ainda, as contradições entre os diferentes atores envolvidos na aplicação da regulação, especialmente entre os agentes econômicos e entre estes e os cidadãos. O principal benefício, então, é a prévia reação do público sobre determinada proposta, o que funciona como importante termômetro daquelas medidas para a tomada de decisão dos reguladores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existe grande expectativa em relação às contribuições do PRO-REG para o aperfeiçoamento da regulação exercida no Brasil e para a consolidação do modelo instaurado com a criação das agências reguladoras no país. Igualmente, o avanço do processo legislativo relacionado ao Projeto de Lei nº

3.337/2004, do Poder Executivo, que trata da gestão, organização e controle social das Agências Reguladoras, constituindo-se em espécie de Lei Geral das Agências Reguladoras, certamente contribuirá de forma significativa para efetivação da governança regulatória em nossas instituições.

A Anvisa, com a elaboração e instituição do Programa de Boas Práticas Regulatórias, em sintonia com as diretrizes do PRO-REG e com a Política de Saúde, pretende dar sua contribuição para a criação de ambiente institucional favorável ao desenvolvimento social e econômico do país.

Essa é iniciativa pioneira na Administração Pública federal que deve servir, ainda, como referencial importante para o desenvolvimento e o fortalecimento institucional do Sistema Regulatório Brasileiro.

Entendemos que contar com instituições que tornem as regras do jogo claras e estáveis, dando certeza e previsibilidade às transações de mercado, é fundamental para encorajar a eficiência econômica e o investimento na saúde. Espera-se, por meio do Programa da Anvisa, contribuir fortemente para a atuação regulatória no campo da vigilância sanitária, em benefício da sociedade.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Conmetro. Resolução nº 5, de 18 de dezembro de 2007. Dispõe sobre a aprovação do Guia de Boas Práticas de Regulamentação. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 dez. 2007. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/legislacao/resc/pdf/RESC000208.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2008.

_____. Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002. Estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1ª abr. de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 set. 2008.

_____. Decreto nº 6.062, 16 de março de 2007. Institui o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 set. 2008.

_____. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 jan. 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 set. 2008.

_____. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS nº 1.052, de 8 de maio de 2007. Aprova e divulga o Plano Diretor de Vigilância Sanitária. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 maio 2007. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2007/GM/GM-1052.htm>>. Acesso em: 30 set. 2008.

_____. Projeto de Lei nº 3.337/2004. Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004.

INSTITUTO Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec. **Projeto Fortalecimento da Capacidade Técnica da Participação Social nos Processos de Regulação**. São Paulo: Idec, 2008.

MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norteamericano**. São Paulo: Ed. 34, 2004.

ORGANISATION for Economic Co-operation and Development – OECD. **Guiding principles for regulatory quality and performance**. OCDE, 2005. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 21 mar. 2007.

_____. **Regulatory policies in OECD countries: from interventionism to regulatory governance**. OCDE, 2002. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 21 mar. 2007.

_____. **The OECD report on regulatory reform**. OCDE, 1997. Disponível em: Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 21 mar. 2007.

OFFICE of Management and Budget – OMB. Executive Order 12866. Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/omb/inforeg/>>. Acesso em: 7 fev. 2009.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). **Anvisa: Relatório Anual de Atividades 2005**. Brasília: Anvisa, 2006. v. 1. 210 p. Disponível em: <www.anvisa.gov.br>. Acesso em: 7 fev. 2009.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. **A gramática política das agências reguladoras: comparação entre Brasil e EUA**. Brasília, 2007a. Tese (Doutorado). Centro de Pesquisa e Pós-graduação sobre as Américas, Universidade de Brasília.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). **Relatório Anual de Atividades da Anvisa – 2006**. Brasília: Anvisa, 2007b. v. 1. 424 p. Disponível em: <www.anvisa.gov.br>. Acesso em: 7 fev. 2009.

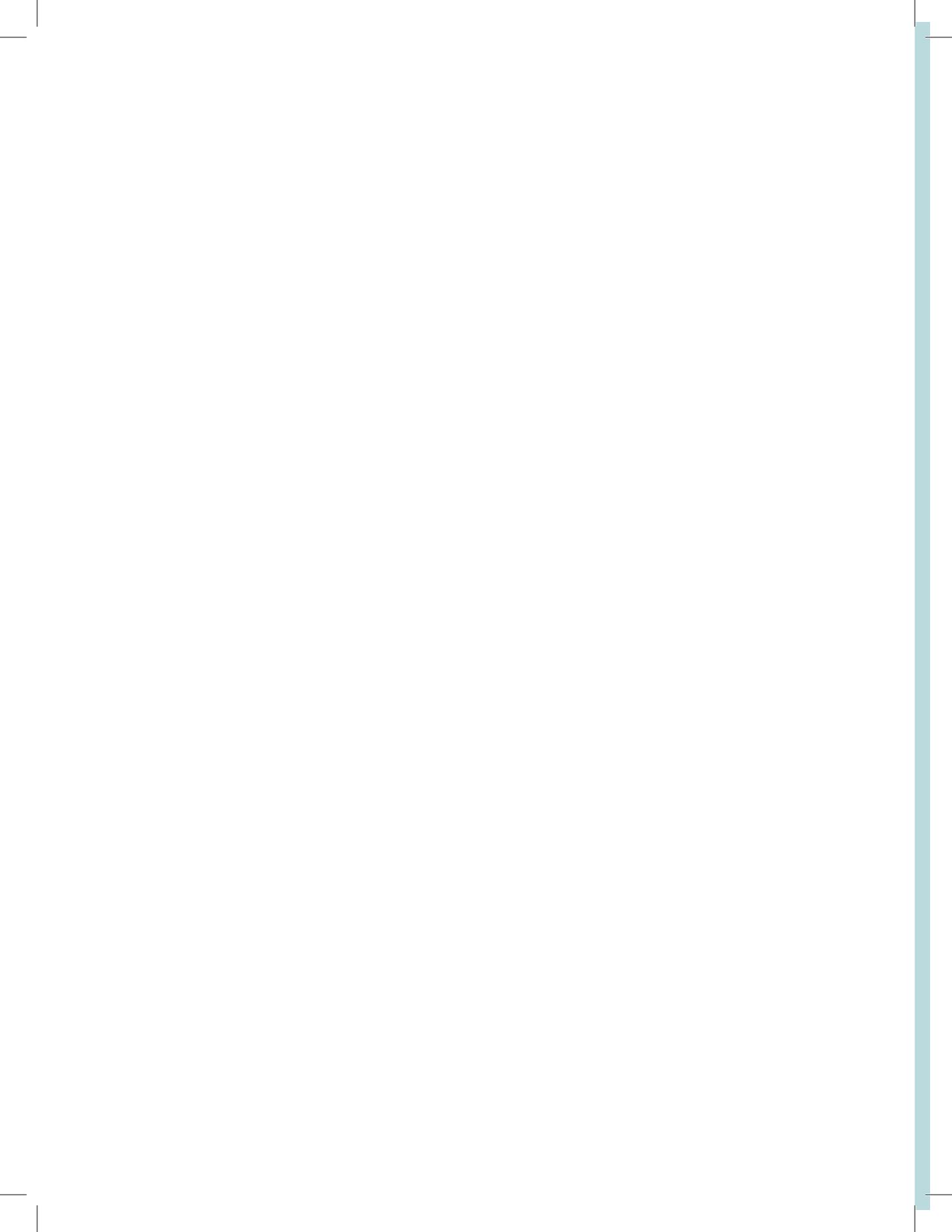
_____. **Relatório de Atividades da Anvisa – 2007**. Brasília: Anvisa, 2008a. 160 p. Disponível em: <www.anvisa.gov.br>. Acesso em: 7 fev. 2009.

_____. **Boas práticas regulatórias: guia para o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação**. Brasília: Anvisa, 2008b. Disponível em: <www.anvisa.gov.br>. Acesso em: 7 fev. 2009.

SEMINÁRIO INTERNACIONAL AVALIAÇÃO DO IMPACTO REGULATÓRIO: EXPERIÊNCIAS E CONTRIBUIÇÕES PARA A MELHORIA DA QUALIDADE DA REGULAÇÃO, 2007, Brasília. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=535&cat=250&sec=26>>. Acesso em: 30 set. 2008.

SHECAIRA, Cibele Cristina Baudassa Muniz. A competência das agências reguladoras nos EUA. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Regulatório**: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SUNSTEIN, Cass R. O constitucionalismo após o New Deal. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia**: o debate norte-americano. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 131-242.



PARTE 4

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS



Capítulo 12

Análise de Impacto Regulatório – AIR: a experiência do Reino Unido¹

Donald Macrae

A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO – AIR NO REINO UNIDO

Na Europa, o Reino Unido tem estado na frente na busca de melhoria na regulamentação e no desenvolvimento de Análises de Impacto Regulatório – AIRs como ferramenta política.

Essas análises possuem quatro etapas: inicial, parcial, completa e final. É solicitada a publicidade daquelas realizadas para algumas regulamentações específicas, mas todas estão sujeitas à divulgação que prevê o Ato de Liberdade de Informação do Reino Unido, o que efetivamente torna todas disponíveis para o público. Esse elemento de publicação é um dos aspectos-chave da AIR, uma vez que fortalece tanto o procedimento do elaborador de política, pela antecipação de questionamentos mais sofisticados, como permite que as partes que serão afetadas pela regulação possam ter acesso ao impacto que sofrerão. Se desejarem, as partes podem questionar sobre essa regulação.

As AIRs podem ser altamente técnicas e complexas, como, por exemplo, a Lei de Mudança Climática, e podem ser constituídas de trabalhos especializados de centenas de páginas e de pesquisa considerável. Mas, devido ao fato de serem prática padrão para tantas intervenções regulatórias, elas variam enormemente no tamanho, na experiência e na importância. O sistema do Reino Unido foi recentemente – 2006 – redesenhado radicalmente pelo Diretor da Comissão para Melhoria da Regulação, que trabalhou com os próprios Departamentos.

1. Capítulo baseado em palestra proferida pelo autor no Seminário Internacional de Avaliação do Impacto Regulatório: experiências e contribuições para a melhoria da qualidade da regulação, realizado em outubro de 2007. Tradução para o Português por Flávia Neves Rocha Alves.

RAZÕES PARA NOVA ABORDAGEM

A AIR tinha frequentemente tornado-se formalidade de rotina ao invés de parte integrante do processo político, particularmente em iniciativas de menor importância. Isso levou ao fato de a análise ser realizada após as decisões-chave terem sido tomadas, como necessidade do processo – “uma conferência na caixa” –, quando seria preferível ser ferramenta integrante da elaboração de políticas.

Essas análises também se tornaram muito complicadas. Pela razão de que elas precisavam ser preenchidas considerando muitas políticas, todos queriam que sua preocupação política genérica favorita estivesse contemplada, mesmo se não apropriada, o que desvalorizava a verificação adequada. Em paralelo à conferência das caixas, cada área de política mais ampla queria uma caixa para seus interesses, na esperança de que sua área política fosse totalmente contemplada no desenvolvimento da política. Mas, ao contrário, isso levou a tratamento mais superficial desses interesses.

Na expectativa de como isso iria funcionar, o Guia de como completar uma AIR tinha em torno de 63 páginas, o que também era frustrante. Existiam, muito frequentemente, casos de reclamação por mais, mas verdadeiramente cumprindo menos. A complexidade técnica que foi adotada levou à necessidade de que as AIRs fossem passadas a consultores externos que as desenvolvessem. Estes produziam as AIRs, que nem sempre eram úteis, a um custo significativo em grandes volumes e enfraqueciam os fundamentos da experiência interna, uma vez que eles eram totalmente deixados para fazer isso por eles mesmos. O sistema estava ultrapassado e frequentemente não se encaixava à sua finalidade. Ele prometeu muito e deu muito pouco retorno.

POR QUE ISSO ACONTECEU?

Na teoria, tudo isso parecia muito sensato. Ninguém argumentou que era errado realizar uma AIR – de fato, é muito difícil argumentar contra a afirmação de que os elaboradores de políticas devem estar informados sobre o impacto que suas políticas terão na população, na economia e no ambiente,

mas eles nem sempre fazem isso. As ideias de qualidade por trás da avaliação do impacto foram institucionalizadas em processo que foi excessivamente desenvolvido. Como frequentemente acontece com o novo e com sistemas bem-sucedidos, isso se tornou ultrapassado.

Para entender o que ocorreu, descreveremos histórico sobre o uso das AIRs no Reino Unido a partir da experiência de três organizações no contexto geral da cultura do elaborador de políticas do Serviço Civil do Reino Unido:

- Grupo de Reforma Política.
- Painel de Questionamento Ministerial Defra.
- Comissão para a Melhoria da Regulação.

O GRUPO DE REFORMA POLÍTICA

O Grupo de Reforma Política é um grupo informal de políticos oficiais mais experientes – nível de Diretor Geral – que tem se encontrado por quase três anos para trocar experiências e percepções sobre a atividade política em Whitehall. Eles formam grupo especializado dentro dos “200 mais”, os aproximadamente duzentos mais experientes oficiais do Serviço Civil entre os quinhentos mil existentes. Com base em experiência cumulativa considerável, eles têm analisado “Os Negócios da Política” – a maneira como milhares de funcionários da política verdadeiramente trabalham, mais apropriadamente do que estudar políticas específicas ou ferramentas políticas. Estranhamente, ninguém mais questionou como a função política verdadeiramente funciona. A análise deste grupo fornece histórico muito revelador, no qual as discussões sobre a elaboração de políticas devem estar fundamentadas.

Eles encontraram poucos controles dos negócios, quase nenhum controle de qualidade interno e planejamento de recursos pouco desenvolvido. A elaboração de políticas é muito mais fragmentada como procedimento do que os observadores podem compreender, com independência muito considerável assumida por cada time político. Existe frequentemente hipótese de que a elaboração de políticas é procedimento padrão e que, dessa forma, é possível direcionar, adaptar e influenciar fortemente essa disciplina a partir de ações tomadas pelo Centro. Esse grupo concluiu que é extremamente difícil utilizar

a função política dessa maneira. É importante ter histórico para observar o funcionamento da AIR. A falta de processos padrão torna isso tudo mais difícil de aplicar em exercício avançado como uma AIR.

O PAINEL DE QUESTIONAMENTO MINISTERIAL DEFRA SOBRE REGULAÇÃO

O Departamento de Assuntos Ambientais, Alimentares e Rurais – Defra é um dos maiores produtores de regulação do Reino Unido, principalmente da União Europeia. Ele criou o Painel de Questionamento Ministerial sobre Regulação – MCPR em 2005 para atuar como controle de qualidade interno da política, presidido por um ministro, com dois membros do Conselho de Gerenciamento e nove membros externos dos maiores grupos interessados – indústria, associações do comércio, especialistas em Melhoria da Regulação, reguladores importantes e serviços de pequenos negócios.

Esse Painel também tinha um Painel Filtro, o qual analisava cuidadosamente dez a quinze dossiês, baixando para cinco, em cada encontro, que ocorria a cada seis semanas. Os dossiês eram obtidos de todas as áreas de trabalho do Departamento e em cada etapa do processo regulatório. Por isso, esse trabalho fornece grupo representativo único do trabalho político em um Departamento importante.

Como o Grupo de Reforma Política mostrou, a elaboração de políticas era altamente independente em equipes pequenas e a introdução do Painel de Questionamento Ministerial sobre Regulação foi recebida com indignação considerável pelas pessoas da comunidade política cujo trabalho profissional na política estava sendo questionado. Existiam comitês de alto nível no centro do governo que questionariam algumas políticas de perfil elevado e certamente políticas que aparentavam ser extremamente robustas, mas que eram questionadas externamente nos meios de comunicação e no Parlamento. Mas ninguém mais questionava a qualidade interna pelos pares.

Outro Departamento tinha estrutura similar, mas sua função era mais claramente utilizar a agenda da Melhoria da Regulação para itens maiores, considerando que o esforço do Defra era de focar a garantia da

qualidade do processo político no âmbito do dia-a-dia. Muito da política do Defra foi elaborada a partir da regulação em que um processo de garantia da qualidade da regulação era efetivamente um processo de garantia de qualidade para a política.

O Painel convidou testemunhas no nível da Diretoria e as questionou por cerca de trinta minutos, que pontuaram seus dossiês em uma escala de um a cinco, em que:

- 1 = boa prática, deve ser favorecida internamente.
- 2 = deve parar, até que as falhas sérias sejam selecionadas.

Os resultados foram muito variados. Alguns trabalhos excelentes, outros seriamente insatisfatórios. Isso também pontuou a AIR e, novamente, a extensão foi muito grande. As AIRs foram usualmente centrais ao exercício. Elas foram utilizadas conforme originalmente planejadas, como resumo do que a política planejava alcançar, o que mostrou o quanto a equipe estava informada sobre o impacto que suas ideias teriam nos diversos interessados e nos resultados.

Após resistência inicial, o Painel de Questionamento Ministerial sobre Regulação foi em geral valorizado pelos políticos e alguns ainda pediam que seus dossiês fossem avaliados pelo Painel. Ele ganhou credibilidade e importância porque era útil e bem elaborado, sendo elogiado, assim como criticado. Ele foi utilizado como revisão de pares, e não como juiz ou comissão julgadora. O modelo tem sido repetido em outros Departamentos, ainda que com variações.

COMISSÃO PARA A MELHORIA DA REGULAÇÃO

A Comissão para a Melhoria da Regulação é a sucessora da Força Tarefa para a Melhoria da Regulação, organização externa criada para aconselhar o governo do Reino Unido em como regular melhor, principalmente a partir de relatórios atualizados com recomendações que o governo é obrigado a responder em sessenta dias. Isso tem promovido pensamento estratégico na Regulação, com perspectiva externa.

Essa Comissão foi muito identificada com os interesses dos negócios e como estando na mesma direção dos impactos da regulação nos negócios. Entretanto, seus membros tinham frustração crescente com a cultura global do elaborador de políticas, mais apropriadamente com o procedimento da regulação e suspeitam que é no processo de elaboração da política que o problema começa. Eles queriam mudar a agenda da Melhoria da Regulação na direção contrária do processo político, levando em consideração como a regulação surgiu mais que apenas verificando seus efeitos.

O novo Primeiro Ministro, Gordon Brown, pediu à Comissão para a Melhoria da Regulação, em junho de 2007, para investigar melhor maneira para os elaboradores de políticas administrarem a questão inicial: se um novo risco deve ser de responsabilidade do Estado, do interesse de todos ou dos indivíduos – a questão do risco público. Essa questão apoia a maioria das decisões para regular e necessita de avaliação de impacto efetiva, assim como avaliação do risco.

OBSERVAÇÕES DA EXPERIÊNCIA DAS TRÊS ORGANIZAÇÕES

Quase não existem controles no início das novas políticas. Frequentemente, elas começam a partir de crise ou ideia ministerial, ao invés de mais apropriadamente serem planejadas e de se verificar como elas contribuem para os objetivos estratégicos globais. Elas também podem vir da União Europeia em momento externo que não se encaixa facilmente com outros planos domésticos.

Vários esforços são feitos para se ter um plano estratégico e coerente para a política, mas “incidentes” frequentemente interferem, os quais confundem, distraem e desorganizam. Em vez de trabalhar o que fazer e encontrar recursos para financiar isso, eles frequentemente começam com dada quantidade de recursos – determinada pelo nível de interesse político no momento – e então trabalham o que eles podem fazer com isso. Com a falta de objetivos claros no início, é também muito difícil finalizar as políticas, mesmo quando o interesse político que deu início a elas foi modificado. Consequentemente, é difícil liberar o recurso que elas continuam a consumir.

Existe aumento na utilização de técnicas de gerenciamento de projetos para tratar as políticas como projetos, mas o negócio fundamental desse assunto continua. Não interessa se bem administrado, se existe falta de clareza nos objetivos, insegurança na alocação de recursos e desenvolvimento não claro que leva ao encerramento, as ferramentas de gerenciamento de projetos não resolverão o problema.

A NATUREZA DA POLÍTICA

Esclarecer os objetivos da política é genuinamente difícil. Eles tendem a ser múltiplos, mais do que únicos, e envolvem negociações. Isso é mais fácil em agências que tratam de um único assunto ou em grupos de *lobby*. No governo, a maioria das políticas mencionadas regularmente possui nível moderado de ambição e terão impacto em outras políticas ou outros Departamentos.

É muito fácil desviar a atenção com objetivos secundários e é muito tentador manter a mudança de objetivos. Mas o objetivo também mudará com o tempo, assim como a política muda. O objetivo presente pode ser simplesmente perceber que se deve fazer alguma coisa para passar pela crise. A flexibilidade nos objetivos pode ser virtude em um mundo de mudanças políticas muito rápidas. Existe um lugar legítimo para o curto prazo, políticas de curta orientação, assim como planos importantes e estratégicos. É perigoso ser muito racional sobre política, uma vez que ela opera em ambiente político.

EVIDÊNCIA E ANÁLISE

Outra consequência das políticas que mudam rapidamente é a função da evidência. Todo mundo reclama para que seja feita política baseada em evidência, mas ao invés disso é no universo do mundo político que uma política frequentemente apoiada na evidência seria necessária. Além disso, é melhor do que simples especulação.

Existe também falta de ferramentas na pesquisa encomendada e, dessa forma, no entendimento e na análise dos resultados. Existe tensão entre os interesses e valores da academia e as necessidades do elaborador de políticas,

especialmente em relação à velocidade de necessidade do conhecimento e à qualidade que os acadêmicos percebem como necessária. Mesmo quando todas as coisas estão no lugar, obter e entender a evidência para muitas iniciativas políticas é extremamente difícil, pois se trata de conhecimento complexo, comportamentos complexos e sistemas sociais complexos.

CUSTOS E BENEFÍCIOS – IMPACT

A questão mais difícil é encontrar o que pode ser medido. Frequentemente, as medidas são substituídas para custos e benefícios reais. Existem raramente sistemas de medida confiáveis para políticas porque elas tratam de bens públicos ou mudam comportamentos e valores. A saúde pública e o bem-estar possuem mais benefícios do que apenas economias de custo que são quantificáveis para o setor público. Existe também o problema anterior dos múltiplos objetivos e conflitos de escolha. Quais benefícios são medidos? E quais custos também são relevantes? Essa confusão pode aumentar a resistência a fazer alguma coisa – tudo isso é muito complexo.

A avaliação do impacto é talvez a atividade mais difícil. Quase todas as políticas governamentais têm algum impacto, mas nem sempre elas são planejadas e podem existir outros impactos não previstos. A intervenção governamental nunca é neutra e, por isso, é tão importante entender o impacto.

ENTÃO ISTO É DIFÍCIL. POR QUÊ?

A experiência do Painel de Questionamento Ministerial sobre Regulação demonstrou todas essas dificuldades, mas existiram vários outros casos em que elas foram superadas e o trabalho foi excelente. Tais problemas podem ser superados. Havia conexão clara entre os dossiês de alta pontuação e boas AIRs. Normalmente, os dois caminhavam juntos. Se existia relação causal não determinada, as equipes políticas de alta qualidade podiam produzir uma AIR clara e útil ou o procedimento da AIR aumentava a qualidade de uma equipe política inferior, ou ambos.

Não é mais aceitável dizer que não sabemos o que estamos fazendo quando gastamos os recursos públicos e interferimos na vida das pessoas, na economia e no ambiente.

A NOVA AVALIAÇÃO DO IMPACTO

MANTENHA ISSO SIMPLES!

O novo modelo é planejado para obter as questões-chave em duas páginas. Se for necessário mais para explicar essas questões, ou a política é confusa ou se está procurando complicações. Anteriormente, “o melhor era o inimigo do bom”. O Guia é também menor, com novo conjunto de ferramentas. Existem ainda poucas exigências – e o perigo de mais verificações de políticas genéricas cresce novamente –, incluindo o estabelecimento de data para a avaliação do funcionamento e o uso do Modelo de Custo Padrão para a medida de responsabilidades administrativas.

É um problema comum que um sistema bem-sucedido precocemente cresça com muita complexidade até que comece a apresentar suas fragilidades. Chegou o momento no Reino Unido de recomeçar.



Capítulo 13

Da necessidade de uma revisão regulatória centralizada

Jim Tozzi

AAnvisa, a Casa Civil e os demais ministros devem ser cumprimentados por cuidar de um tópico oportuno, a supervisão das agências regulatórias brasileiras.

A economia do Brasil, dinâmica e em crescimento, pode ser atrapalhada por um sistema regulatório letárgico. De fato, diversas organizações internacionais têm classificado o sistema regulatório brasileiro em patamar bem inferior ao de seus vizinhos sul-americanos.

O Brasil é importante participante da cena econômica mundial. Tem a quinta maior população do mundo, seu PIB excede o da Rússia, para não mencionar a Índia. Um aperfeiçoamento de seu sistema regulatório permitirá que o Brasil mantenha seu crescimento dinâmico.

O trabalho do Centro de Regulação e Efetividade (Center for Regulatory Effectiveness) – CRE Brasil, ONG sediada em São Paulo, consiste, entre outras atribuições, em monitor e relatar as atividades das agências regulatórias brasileiras por meio do *site* da Organização – <http://cre.org.br/>.

Com base em nosso trabalho até o momento, cremos que o crescimento econômico do Brasil depende de firme fluxo de investimentos de corporações multinacionais estrangeiras. Também cremos que é duvidoso que o investimento estrangeiro continue na falta de reformas do sistema regulatório. Em particular, cremos que o Brasil deve atribuir alta prioridade no respeito a terceiros durante o processo regulatório, diminuir as decisões conflitantes entre agências regulatórias e tornar as decisões regulatórias transparentes.

O regime regulatório no Brasil começou de maneira similar ao de muitos outros países, “de baixo para cima”. Entretanto, como o governo cresceu e as agências regulatórias amadureceram, é preciso supervisão adicional.

Nessa direção, o Brasil precisa de autoridade centralizada para administrar sua estrutura regulatória e, quanto mais rápido isso for feito, os investidores internacionais responderão de maneira favorável. De certa forma, o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID deve continuar a apoiar a pesquisa e o desenvolvimento destinados ao aperfeiçoamento estrutural do processo regulatório, além da sua montagem e, ocasionalmente, maior ênfase em aperfeiçoamentos específicos de natureza geográfica.

O aperfeiçoamento regulatório é função de supervisão de grupos dentro do governo e também de fora do governo. O BID deve instituir um programa para apoiar grupos externos no acompanhamento da transparência das agências regulatórias brasileiras.

Não necessariamente eventos e ações adotados em um país funcionarão em outro, mas a experiência da revisão regulatória no Escritório de Gerenciamento e Orçamento da Casa Branca, nos Estados Unidos, pode nos fornecer elementos adicionais e contribuir para a tomada de decisões no processo de revisão regulatório no Brasil.

MONTAGEM DE UM TRIÂNGULO FEDERAL DE INFORMAÇÕES

A autoridade centralizada de revisão no Escritório de Gerenciamento e Orçamento da Casa Branca evoluiu para o que se pode chamar de Triângulo Federal de Informações. Afinal, informações oportunas, precisas e transparentes é o cerne de uma sólida estrutura regulatória.

O Triângulo Federal de Informações consiste em três componentes principais. Em seu vértice está o Escritório de Informações e Assuntos Regulatórios (Office of Information & Regulatory Affairs – OIRA), do Escritório de Gerenciamento e Orçamento da Casa Branca (Office of Management and Budget – OMB). Seus fundamentos são a Lei de Redução da Burocracia (Paperwork Reduction Act – PRA) de um lado e de outro a Lei da Qualidade

dos Dados (Data Quality Act). Basicamente, a Lei de Redução da Burocracia controla as informações que o governo coleta; a Lei da Qualidade dos Dados controla as informações que o governo divulga; e o OMB administra a aplicação desses dois regulamentos e os concomitantes atos administrativos necessários para executar todas as funções dispostas na Lei de Redução da Burocracia. Conseqüentemente, o fluxo de informações científicas e técnicas trocadas entre as agências para apoiar os esforços da política de ciências, como a divulgação de avaliações de risco, causarão impacto sobre esses regulamentos e sobre as diretrizes relacionadas.

ESCRITÓRIO DE INFORMAÇÕES E ASSUNTOS REGULATÓRIOS DA OMB

O Escritório de Informações e Assuntos Regulatórios da OMB tem a responsabilidade global pela revisão dos regulamentos federais e pelo estabelecimento de política federal de informações. O escritório nasceu da Revisão de Qualidade de Vida (Quality of Life Review), que se iniciou na Administração Nixon.

ADMINISTRAÇÕES NIXON/FORD

A Revisão de Qualidade de Vida foi criada para analisar os regulamentos federais relativos às áreas ambiental, de saúde e segurança.

Conseqüentemente, envolveu a EPA, a OSHA e a NOAA, partes da estrutura do Departamento do Interior e o Corpo de Engenheiros do Exército (Army Corps of Engineers). Ela não foi administrada por mandato de atos administrativos, mas simplesmente por meio de memorando para os chefes das agências, enviado pelo chefe do OMB, George Shultz.

A função do OMB na Revisão de Qualidade de Vida diferiu em um aspecto importante do processo que o OMB usa atualmente em seu Ato Administrativo para Planejamento e Revisão Regulatórios (Executive Order for Regulatory Planning and Review) – EO 12.866. Mais especificamente, o OMB enviaria os regulamentos propostos para as agências que seriam afetadas, receberia seus comentários, resolveria as diferenças entre as agências e então apresentaria opinião da administração. O processo usado para a revisão dos regulamentos

corria em paralelo com o usado para formulação de posição da administração sobre a legislação. Em comparação, há pouca revisão entre agências no atual processo de revisão do OMB. Essencialmente, o OMB serviu como árbitro, e não como revisor inicial dos regulamentos.

Sob esse ponto de vista, a Revisão de Qualidade de Vida foi a primeira revisão presidencial explícita de regulamentos, feita de maneira sistemática; foi muito controversa e sujeita a consideráveis conflitos de interesse, supervisão do Congresso e publicidade na imprensa. Sem a experiência obtida com a Revisão de Qualidade de Vida, as ações das administrações subsequentes teriam fracassado ou ocorrido em ritmo muito mais lento.

A Revisão de Qualidade de Vida continuou em vigor na administração Ford. Entretanto, no último dia da administração Ford, um alto funcionário da EPA revogou unilateralmente a participação da agência na Revisão de Qualidade de Vida.

ADMINISTRAÇÃO CARTER

A Administração Carter, apesar de normalmente não ser vista como impulsionadora da reforma regulatória, teve importante impacto sobre a revisão regulatória centralizada.

Muitas pessoas não estão cientes de que foi a Administração Carter que estabeleceu a primeira revisão regulatória em nível do OMB; recebeu o nome de Escritório de Política Regulatória e de Informações (Office of Regulatory and Information Policy). Ao criar este escritório, a Administração Carter não exigiu que o OMB revisasse os regulamentos individuais; ela emitiu o Ato Administrativo 12.044, que pela primeira vez definiu princípios em nível de governo para a criação de regulamentos federais. A Administração Carter também criou processo de revisão pelo Conselho de Consultores Econômicos (Council of Economic Advisors) e pelo OMB para fazer revisão detalhada de um número selecionado de regulamentos; esse grupo de revisão foi chamado de Grupo de Revisão de Análise Regulatória (Regulatory Analysis Review Group).

Ao mesmo tempo, o OMB estava revisando as exigências burocráticas exigidas pela antiga Lei de Relatórios Federais (Federal Reports Act). Essa Lei não conferia ao OMB poder de revisão muito grande.

Conseqüentemente, o OMB iniciou a elaboração de proposta de lei para aperfeiçoar esse sistema. Ao fazer isso, os funcionários da administração tiveram a consciência, quase três décadas atrás, de estimular os aperfeiçoamentos da política federal de informações. Como resultado do cuidado da Administração Carter, o ponto alto e a base da política regulatória dos EUA emanaram da aprovação da Lei de Redução da Burocracia em 1980. O Presidente Carter promulgou esta medida seminal no fim de seu mandato, apesar da oposição da maioria de seu gabinete.

A Lei deu autoridade sem contestação ao OMB para revisar o fardo da burocracia imposto pelas agências. A Lei também criou por regulamento o Escritório de Informações e Assuntos Regulatórios do Escritório de Gerenciamento e Orçamento da Casa Branca. A criação desse escritório foi alvo de muita atenção. Entretanto, leitura cuidadosa da Lei demonstra claramente que a própria PRA foi igualmente importante para a criação de uma estrutura para a política regulatória e de informações federal.

ADMINISTRAÇÃO REAGAN

A Administração Reagan, que fez campanha com o tema da redução do fardo que os regulamentos federais impunham sobre os setores público e privado, emitiu o Ato Administrativo 12.991, um ponto de referência. Este ato administrativo obrigou que os regulamentos emitidos por todas as agências do Executivo passassem pelo OMB para análises e comentários. O OMB não teria sido capaz de assumir essa responsabilidade se não tivesse a experiência obtida com a Revisão de Qualidade de Vida e o Escritório de Política Regulatória e de Informações, criado pelo Presidente Carter. Em particular, o OMB não teria a experiência necessária para montar um sistema de revisão oportuno e em nível de governo que funcionasse, e as críticas se avolumariam.

Deve-se observar que o ato administrativo da Administração Reagan somente se aplicava às agências do Executivo, e as agências independentes concordaram em obedecer a esses princípios de maneira voluntária, mas não eram obrigadas a submeter seus regulamentos ao OMB. Apesar de, no ato administrativo, haver dispensa de revisão pelo OMB quanto às atividades

de agências independentes, não havia a mesma dispensa em relação à Lei de Redução da Burocracia.

ADMINISTRAÇÕES CLINTON E BUSH

Com o advento da Administração Clinton, também foi emitido ato administrativo que foi importante para aperfeiçoar a Lei de Redução da Burocracia, com a aprovação de emendas à Lei em 1995. O apoio de Clinton para a revisão regulatória centralizada foi evento decisivo, porque deu ao processo o necessário apoio bipartidário, sem o qual o sistema poderia ter sumido. As duas Administrações Bush deram muito apoio à revisão centralizada; Bush II ampliou o escopo da revisão regulatória.

Para conhecer a história completa da evolução da revisão centralizada, consulte <http://www.thecre.com/ombpapers/centralrev.html>. Por hora, pode-se concluir que a função do OMB na revisão da política regulatória e de informações foi apoiada pelos dois partidos por quase três décadas.

LEI DE REDUÇÃO DA BUROCRACIA

A Lei de Redução da Burocracia está bem fundada e há concordância razoavelmente ampla em relação à Lei, apesar de que sempre se pode achar diversas violações em determinado período. Basicamente, a Lei de Redução da Burocracia controla todas as informações que chegam ao governo. É importante observar que ela controla não somente as informações fornecidas ao governo – isto é, exigências de relatórios –, mas também controla as informações que o governo federal exige que terceiros guardem – isto é, exigências de manutenção de registros. Ela se aplica até aos rótulos que as agências federais impõem aos produtos.

Como muitos regulamentos incluem manutenção de registros e/ou exigências de relatórios, virtualmente todos os regulamentos precisam ser submetidos para revisão pelo OMB nos termos da Lei de Redução da Burocracia, mesmo que não haja ato administrativo. Entretanto, na falta de ato administrativo, o âmbito da revisão pelo OMB pode ser restrito. A Lei de Redução da Burocracia, junto com a supervisão e a implementação da Lei pelo OMB, tem funcionado bem há vários anos.

Entretanto, conforme será explicado na seção seguinte, não obstante a aprovação de regulamentos legislativos destinados a “regular os reguladores” – regulamentos de “bom governo” –, avanços tecnológicos, como a internet e a proliferação de *sites* das agências na internet, exigem que a vanguarda dos regulamentos de “bom governo”, a Lei de Redução da Burocracia, seja reforçada, mesmo com a presença do OMB como supervisor do processo regulatório federal.

LEI DA QUALIDADE DOS DADOS

Como resultado da aprovação de regulamentos de “bom governo”, incluindo a Lei de Redução da Burocracia, a Lei de Flexibilidade Regulatória (Regulatory Flexibility Act), a Lei de Reforma de Ordens sem Embasamento (Unfunded Mandates Reform Act) e a Lei de Revisão do Congresso (Congressional Review Act), as agências começaram a procurar formas de contornar a revisão pelo OMB. Elas descobriram a superrodovia de desvio na internet. Mais especificamente, ao publicar na internet um estudo, uma avaliação de risco ou um relatório sobre um produto ou processo de produção, as agências produzem impacto imediato em todo o mundo acerca do que pensam as agências federais e os governos estaduais e locais, incluindo litigantes em potencial. Em essência, as agências começaram a usar a publicação de informações na internet como “porta dos fundos para o registro federal”. Ao agir dessa maneira, as agências foram capazes de contornar a revisão pelo OMB, a Lei de Redução da Burocracia e o ato administrativo sobre a revisão regulatória, reforçando ações que foram tomadas para assegurar que o processo de revisão regulatória não seja comprometido pela publicação de regras não escritas – relatórios – no Registro Federal (Federal Register).

O Centro de Regulação e Efetividade foi criado em 1996 por solicitação das lideranças da Câmara e do Senado para ajudar na implementação da Lei de Revisão do Congresso. E logo o Centro ampliou sua missão para incluir o desenvolvimento de mecanismos para aperfeiçoar o processo regulatório federal.

O CRE concluiu que havia necessidade de “padrões de responsabilidade” que deveriam reger a publicação de informações pelas agências federais. Mais

especificamente, o CRE concluiu que havia a necessidade: (i) de o OMB editar diretrizes definindo os padrões mínimos a que os dados deveriam obedecer antes de divulgados pelo governo federal; (ii) de emissão pelas agências de diretrizes que não somente obedecessem às diretrizes do OMB, mas que ajustassem essas diretrizes às circunstâncias e aos programas particulares da agência em particular; e (iii) de criação de processo de solicitações em que o público pudesse solicitar alterações em informações divulgadas pelas agências federais. O CRE apresentou suas propostas para o público em geral, para o setor regulatório e para os grupos interessados em seu *site* na internet. Depois de muitas discussões, o CRE aperfeiçoou sua proposta e divulgou suas decisões e conclusões para o Congresso. O Congresso promulgou a ligação de qualidade de dados na Lei Orçamentária Consolidada do ano fiscal de 2001 – PL 106-554. Essa legislação incorporou muitas das sugestões propostas pelo CRE. A promulgação da Lei da Qualidade dos Dados – Qualidade das Informações – concluiu a montagem do Triângulo Federal de Informações, com o OIRA em seu vértice e a Lei de Redução da Burocracia e a Lei da Qualidade dos Dados nos dois vértices da base.

Vale ressaltar que o processo de criação e aperfeiçoamento do processo centralizado de revisão regulatória ocorreu ao longo de quase quatro décadas e oito administrações presidenciais, o que deve ser observado pelas autoridades brasileiras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

- Torna-se necessário o desenvolvimento de sólidas técnicas de análise, mas isso não é condição suficiente para o processo regulatório; sem uma autoridade regulatória central, não há dúvidas de que se deve prestar muita atenção às análises sobre o impacto de medidas regulatórias.
- O componente mais decisivo na criação de um sistema de revisão regulatório é o estabelecimento de autoridade regulatória centralizada que seja responsável pela publicação de regras de “bom governo”, que “regulem os reguladores”, e que tenha autoridade e

recursos para impô-las.

- A autoridade regulatória centralizada deve:
 - exigir e impor compromissos por parte das agências regulatórias para com terceiros;
 - implementar processo de solução de conflitos para resolver problemas com diretrizes conflitantes divulgadas pelas agências regulatórias; e
 - reiterar o fato de que as atividades das agências regulatórias devem ser transparentes.



Capítulo 14

“La regulación es constitutivamente una teoría de la variedad y de las transformaciones de las estructuras del capitalismo.”

Lordon

La Manifestación de Impacto Regulatorio – MIR: una MIRada a la regulación de calidad

Carlos García Fernández

ANTECEDENTES

En el contexto actual de la globalización, un buen desempeño macroeconómico es condición necesaria –pero no suficiente– para definir el atractivo de un país. La inversión necesita de incentivos para llegar, quedarse y desarrollar empresas que generen más y mejores empleos. La calidad de la regulación y el cumplimiento de la ley son el anverso y el reverso del Estado de Derecho, en general, y constituyen, por ende, criterios de decisión cruciales para los inversionistas, en particular (i.e. clima de negocios).

Dado que uno de los propósitos de la regulación es mejorar la eficiencia de la economía y su capacidad de adaptarse a los cambios y transformaciones del entorno nacional e internacional, aquélla se constituye como elemento indispensable para provocar un clima propicio que garantice inversiones productivas que coadyuven al bienestar social: frente a la mano invisible del mercado, la mano visible del gobierno en orden al bien común.

Desde su creación en el año 2000, la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER), en su calidad de órgano desconcentrado de la Secretaría de Economía, ha enfocado sus esfuerzos para consolidarse gradualmente como un *ombudsman* o garante ciudadano de la calidad de la regulación y como un “puente” de interacción con el sector privado y la ciudadanía, en general.

Es así como surge formalmente la política de mejora regulatoria en México, con el propósito de fomentar la calidad del marco regulatorio nacional (flujo y acervo), como factor primordial de un Estado de Derecho que impulse permanentemente la competitividad y resulte atractivo a los inversionistas.

En este escenario, el mandato de la COFEMER se circunscribe a promover la transparencia en la elaboración y aplicación de las regulaciones, a fin de que éstas generen beneficios superiores a sus costos y el máximo beneficio para la sociedad, conforme a las atribuciones que le fueron conferidas por virtud de las reformas a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA) del 19 de abril de 2000.

LA MANIFESTACIÓN DE IMPACTO REGULATORIO (MIR)

Una política de mejora regulatoria no se puede desarrollar sin las herramientas necesarias que permitan elaborar un diagnóstico previo de la situación a ser regulada y sin contar con los antecedentes que motivan la emisión de la regulación. Para este fin, es menester disponer de un instrumento jurídico–económico denominado MIR, diseñado para que las decisiones gubernamentales que atañen a los particulares (e.g. políticas públicas) y los documentos regulatorios en que ellas se plasman, sean transparentes y racionales.

La MIR es un instrumento tradicional de política pública y de uso generalizado en los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que sirve de apoyo, de la forma más eficiente posible y al amparo del interés público, para el diseño y elaboración de regulaciones.

En este orden de ideas, la MIR representa un análisis *ex–ante* que permite identificar tanto la problemática de política pública que debe atenderse y, por tanto, resolverse, así como los efectos que provocará la nueva regulación en términos jurídicos y económicos (análisis costo–beneficio); asimismo, facilita el análisis de las alternativas regulatorias al proyecto original propuesto por el órgano regulador. En suma, la MIR se erige como un filtro de calidad tendiente a la emisión de mejor regulación en beneficio de la sociedad.

La MIR fue introducida en México en el año 2000 para toda clase de anteproyectos regulatorios que impliquen costos de cumplimiento para los particulares¹; no obstante, desde 1997, con la reforma a la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, se empleó para los anteproyectos de Normas Oficiales Mexicanas.

De acuerdo a la legislación mexicana, la Administración Pública Federal está obligada a enviar a la COFEMER –acompañados de una MIR– los anteproyectos de disposiciones jurídicas de carácter general² que impliquen costos de cumplimiento para los particulares.

La MIR se instituye como un elemento central del programa de mejora regulatoria federal, toda vez que puede ser objeto de consulta y opinión por parte de diversos sectores interesados en el proyecto de regulación de que se trate. Aquí, la participación ciudadana: (i) reduce el margen de discrecionalidad de la autoridad en la emisión de la regulación; (ii) contribuye a que los cambios normativos sean más predecibles; (iii) brinda mayor legitimidad al marco regulatorio; y, (iv) provoca que éste sea cada vez menos oneroso, con lo que se fortalece el Estado de Derecho.

Este proceso de revisión “abierta” –de los anteproyectos y su MIR– no sólo transparenta los cambios regulatorios planteados permitiendo el enriquecimiento de la discusión –por proveer de mayor información al regulador–, sino que también permite compartir los costos políticos de su emisión. En el marco de este procedimiento, la consulta pública es, por ende, un elemento clave de la mejora regulatoria.

En la MIR se plasma la justificación pertinente de la regulación; asimismo, contiene información relevante del anteproyecto acorde a una estructura lógica y uniforme, con lo que facilita el proceso de revisión y análisis que realiza la COFEMER, lo que deriva también en una reducción considerable del tiempo en el que se emite la disposición correspondiente.

1. A partir de la reformas a la LFPA del 19 de abril de 2000.

2. Tales como reglamentos, decretos, acuerdos, normas oficiales mexicanas, circulares y formatos, así como los lineamientos, criterios, metodologías, instructivos, directivas, reglas, manuales, disposiciones que tengan por objeto establecer obligaciones específicas cuando no existan condiciones de competencia y cualesquiera de naturaleza análoga a los actos anteriores, que expidan las dependencias y organismos descentralizados de la Administración Pública Federal.

Dicho instrumento tiene como principal eje rector desarrollar, mediante investigaciones analíticas y transparentes, los siguientes aspectos:

- La justificación para la expedición de una determinada regulación, identificando puntualmente la problemática o situación que se pretende resolver con el anteproyecto³.
- El análisis de los riesgos que representa dicha problemática o situación para la población, en general, o para determinados sectores, en particular.
- La comprobación de las facultades de la autoridad que pretende emitir el anteproyecto y la congruencia que guarda éste con el marco jurídico nacional.
- La identificación y análisis de las posibles alternativas regulatorias al anteproyecto para hacer frente a la problemática o situación que se pretende remediar o atenuar; y
- La estimación de los costos y beneficios (cuantificables y no cuantificables) para los particulares, de aprobarse y aplicarse el anteproyecto.

En síntesis, la MIR es una valiosa herramienta de política pública que, indiscutiblemente, sirve para perfeccionar la elaboración y garantizar la calidad de los anteproyectos regulatorios que implican costos de cumplimiento para los particulares; previo a la emisión de la regulación, hace posible una discusión amplia y objetiva, transparente e incluyente, de las ventajas y desventajas de las disposiciones, y facilita la participación efectiva de los sectores productivos y del público en general en la revisión y formulación de anteproyectos –de regulación federal– en México.

MIR Y TRANSPARENCIA

Por ley, la COFEMER debe hacer públicos los anteproyectos y sus MIR, en el momento en que los recibe, así como las distintas resoluciones que

3. Al hacer referencia al anteproyecto se alude al anteproyecto de regulación.

emite (i.e. dictámenes, autorizaciones y exenciones de presentación de MIR), salvo que, a solicitud del órgano responsable del anteproyecto y con la debida justificación (i.e. motivación jurídica), la citada Comisión determine que dicha publicidad pudiera comprometer los efectos que se pretenden lograr con el anteproyecto en cuestión, caso en el cual no se hacen públicos⁴.

Por otra parte, la COFEMER debe remitir al Diario Oficial de la Federación (DOF) para su publicación, dentro de los siete primeros días hábiles de cada mes, la lista de los proyectos de regulación recibidos y las resoluciones emitidas durante el mes precedente⁵. Igualmente, ningún instrumento regulatorio –de carácter general– puede ser publicado en el DOF y, en consecuencia, producir efectos jurídicos, sin haber obtenido previamente un dictamen final de la nombrada COFEMER⁶.

El hecho de que los anteproyectos regulatorios y las MIR sean públicos, promueve la calidad y eficacia de los mismos, dada la participación de los sectores involucrados en la temática y la problemática que aborda el anteproyecto. De igual modo, la transparencia propicia mayor congruencia y compatibilidad en las acciones gubernamentales al permitir que, conjuntamente con los interesados, otras dependencias y organismos descentralizados, así como el H. Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, conozcan con mayor facilidad y precisión el contenido de los anteproyectos regulatorios.

Como se puede apreciar, a través de la MIR los reguladores deben dar cabal explicación y justificación en torno al porqué y para qué regular, en tanto la COFEMER da cumplimiento a su mandato por excelencia: promover la transparencia en la elaboración y aplicación de las regulaciones para que éstas generen beneficios superiores a sus costos y el máximo beneficio para la sociedad.

ANTEPROYECTOS CON MIR

Como ya se precisó párrafos atrás, los anteproyectos de iniciativas de ley que elabore el Poder Ejecutivo Federal o las disposiciones administrativas de

4. Cfr. artículo 69-K de la LFPA.

5. Cfr. artículo 69-L de la LFPA.

6. Cfr. artículo 69-L de la LFPA.

carácter general que impliquen costos de cumplimiento para los particulares, deben remitirse a la COFEMER conjuntamente con una MIR⁷.

A este respecto, la Comisión ha interpretado que un anteproyecto genera costos de cumplimiento para los particulares cuando: (i) crea nuevas obligaciones para los particulares o hace más estrictas las obligaciones existentes; (ii) reduce o restringe derechos o prestaciones para los particulares; (iii) crea o modifica trámites; y, (iv) establece definiciones, clasificaciones, caracterizaciones, o cualquier otro término de referencia que, conjuntamente con otra disposición en vigor o con una disposición futura, afecten o puedan afectar los derechos, obligaciones, prestaciones o trámites de los particulares.

De otra suerte, si cuando el anteproyecto no encuadra en alguno de los criterios anteriormente referidos, el órgano emisor podrá solicitar a la COFEMER que se le exima de la obligación de elaborar la MIR, mediante la presentación del formulario identificado con el nombre de “*Solicitud de exención de MIR por no costos*”.

Los anteproyectos regulatorios deben remitirse a la COFEMER acompañados de una MIR, al menos treinta días hábiles antes de que el órgano responsable del anteproyecto pretenda emitir el acto o someterlo a la consideración del Titular del Ejecutivo Federal, según corresponda⁸.

Para esta regla general aplican un par de excepciones contenidas en la LFPA y que son las que a continuación se indican:

- Las MIR de anteproyectos que pretendan resolver o prevenir una situación de emergencia, se pueden remitir hasta veinte días hábiles después de la publicación de la regulación en el DOF, previa autorización de la COFEMER; y
- Las MIR de anteproyectos de regulación que pretendan modificar disposiciones que por su naturaleza deban actualizarse periódicamente, pueden ser remitidas hasta tres días hábiles antes de que se pretenda emitir el anteproyecto o someterlo a consideración del Ejecutivo Federal. En este caso, la COFEMER

7. Artículo 69-H de la LFPA.

8. *Ibidem*.

podrá prorrogar el plazo de presentación de la MIR, hasta el mismo día de emisión del anteproyecto o de su presentación al Titular del Ejecutivo Federal.

SEGURIDAD, SINÓNIMO DE CERTEZA JURÍDICA

La MIR no puede ser enviada a la COFEMER por cualquier servidor público. Al efecto, la ley dispone que los funcionarios facultados para esta encomienda son los responsables oficiales de mejora regulatoria de las dependencias y organismos descentralizados de la Administración Pública Federal, mismos que son nombrados directamente por el Titular de la dependencia u organismo descentralizado, y son los únicos habilitados para enviar a la Comisión anteproyectos de regulación acompañados de sus MIR, de ser el caso. Con ello, no sólo se garantiza plena seguridad jurídica durante todo el procedimiento de mejora regulatoria que se desarrolla al interior de la COFEMER sino que, además, le otorga al particular absoluta certidumbre del sujeto (en este caso la autoridad) que pretende emitir los proyectos que implican costos de cumplimiento y acciones regulatorias específicas.

CONFECCIÓN Y ENVÍO DE LA MIR

La MIR es un formulario que contiene diversos cuestionamientos que debe responder el órgano regulador, y que suministran la información de índole jurídico-económica necesaria para realizar un diagnóstico integral de los elementos de hecho y de derecho que se consideraron en la elaboración del anteproyecto.

La MIR se compone de cuatro secciones:

1. Sección A (objetivos regulatorios, problemática y análisis jurídico);
2. Sección B (justificación de acciones regulatorias específicas): se incluyen los temas relacionados con la transparencia en la elaboración y aplicación del anteproyecto;
3. Sección C (efectos del anteproyecto): se enfoca exclusivamente a los costos y beneficios esperados del anteproyecto; y

4. Sección D (documentos de apoyo): se ha incluido para brindar a las dependencias y organismos descentralizados de la Administración Pública Federal, la oportunidad de someter cualquier otra información o materiales de apoyo que consideren pertinentes.

Con la intención de facilitar el proceso de elaboración de la MIR, la COFEMER preparó un instructivo para su llenado, mismo que se acompaña al formulario y en el cual se puntualiza el alcance de cada uno de los cuestionamientos y la manera más adecuada de responderlos.

Para que la MIR cumpla con su objetivo central en el procedimiento de mejora regulatoria, resulta indispensable que el órgano emisor de la regulación:

- Utilice la MIR como herramienta y guía para la elaboración de anteproyectos a fin de identificar –con toda oportunidad– los costos y beneficios, así como las alternativas de solución y las acciones regulatorias (ello, en razón de que la MIR pierde su utilidad y valor si se prepara con posterioridad a la confección del anteproyecto);
- Trabaje en equipo, mediante una consulta interna y externa, con los protagonistas que intervienen en la elaboración, aplicación y, en su caso, cumplimiento de la regulación;
- Asigne la tarea a personal calificado;
- Use la MIR como instrumento para la adopción de decisiones de política pública; y
- Difunda, entre las áreas involucradas, la utilidad y los beneficios de la MIR.

Al recibir una MIR, la COFEMER realiza una revisión preliminar para verificar que se hayan observado los aspectos de forma, a saber:

- Que se haya entregado el texto completo del anteproyecto;
- Que el anteproyecto y su MIR se hayan suscrito y enviado por el responsable oficial de mejora regulatoria de la dependencia u organismo descentralizado;
- Que no exista omisión evidente de información básica requerida por la MIR; y,
- Que el formulario de la MIR utilizado sea el apropiado.

Cuando la COFEMER recibe una MIR que, a su juicio, no sea satisfactoria, podrá solicitar a la dependencia u organismo descentralizado correspondiente, dentro de los diez días hábiles siguientes al en que reciba dicha manifestación, que realice las ampliaciones o correcciones a que haya lugar. Si a criterio de la COFEMER la MIR sigue siendo defectuosa y el anteproyecto de que se trate pudiera tener un amplio impacto en la economía o un efecto sustancial sobre un sector específico, podrá solicitar a la dependencia u organismo descentralizado respectivo que, con cargo a su presupuesto, designe a un experto, quien deberá ser aprobado por la Comisión. El experto deberá revisar la MIR y entregar sus comentarios tanto a la COFEMER como a la dependencia u organismo descentralizado, dentro de los cuarenta días hábiles siguientes a su contratación⁹.

La COFEMER, cuando así lo estime, podrá emitir y entregar a la dependencia u organismo descentralizado un dictamen parcial o total de la MIR y del anteproyecto, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la recepción de dicha manifestación, o de las ampliaciones o correcciones a la misma, o de los comentarios de los expertos a que se refiere el párrafo inmediato anterior, según corresponda¹⁰. El dictamen considerará las opiniones que, en su caso, reciba la COFEMER de los sectores interesados y comprenderá, entre otros aspectos, una valoración sobre si se justifican las acciones propuestas en el anteproyecto¹¹.

Ahora bien, antes de emitir o someter la regulación a consideración del Titular del Ejecutivo Federal, la dependencia u organismo descentralizado receptor del dictamen a que se refiere el párrafo anterior, deberá ajustar el anteproyecto a dicho dictamen, en caso contrario, comunicará –por escrito– las razones por las cuales no se ajusta al mismo. Una vez que la COFEMER reciba la respuesta correspondiente, emitirá un dictamen final dentro de los cinco días hábiles siguientes, con lo que concluye el procedimiento de mejora regulatoria.

Si el anteproyecto se pretende someter a consideración del Titular del Ejecutivo Federal, el Consejero Jurídico del Presidente de la República deberá recabar y tomar en cuenta la MIR, así como el dictamen final de la COFEMER¹².

9. Artículo 69-I de la LFPA.

10. Artículo 69-J de la LFPA.

11. *Ibidem*.

12. *Ibidem*.

ACUERDO DE CALIDAD REGULATORIA

Con la finalidad de reforzar los filtros que garanticen la calidad de la regulación, el Presidente de la República, Lic. Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, emitió el 2 de febrero de 2007 un *Acuerdo de Calidad Regulatoria* (ACR) que tiene como finalidad procurar que la regulación incida positivamente sobre la ciudadanía y las actividades productivas, así como inhibir la *sobre-regulación* que obstaculice la inversión, la generación del empleo y, en general, la competitividad.

El ACR establece que las dependencias y organismos descentralizados podrán emitir o promover la emisión o formalización de la regulación, únicamente cuando demuestren que el anteproyecto se sitúa en alguno de los supuestos siguientes¹³:

- I. Que la regulación pretenda atender una situación de emergencia, siempre que:
 - a) Tenga una vigencia no mayor de seis meses, misma que, en su caso, podrá ser renovada por una sola ocasión, por un periodo igual o menor;
 - b) Se busque evitar un daño inminente, o bien, atenuar o eliminar un daño existente a la salud o bienestar de la población, a la salud animal y sanidad vegetal, al medio ambiente, a los recursos naturales o a la economía, y
 - c) No se haya solicitado previamente trato de emergencia para un anteproyecto con contenido equivalente;
- II. Que con la emisión de la regulación, la dependencia u organismo descentralizado cumpla con una obligación establecida en ley, así como en reglamento, decreto, acuerdo u otra disposición de carácter general expedidos por el titular del Ejecutivo Federal;
- III. Que con la regulación se atiendan compromisos internacionales;
- IV. Que la regulación, por su propia naturaleza, deba emitirse o actualizarse de manera periódica;

13. Artículo 3 del ACR vigente.

- V. Que los beneficios aportados por la regulación, en términos de competitividad y funcionamiento eficiente de los mercados, entre otros, son superiores a los costos de su cumplimiento por parte de los particulares, o
- VI. Que se trate de reglas de operación de programas que se emiten de conformidad con el Presupuesto de Egresos de la Federación del ejercicio fiscal que corresponda.

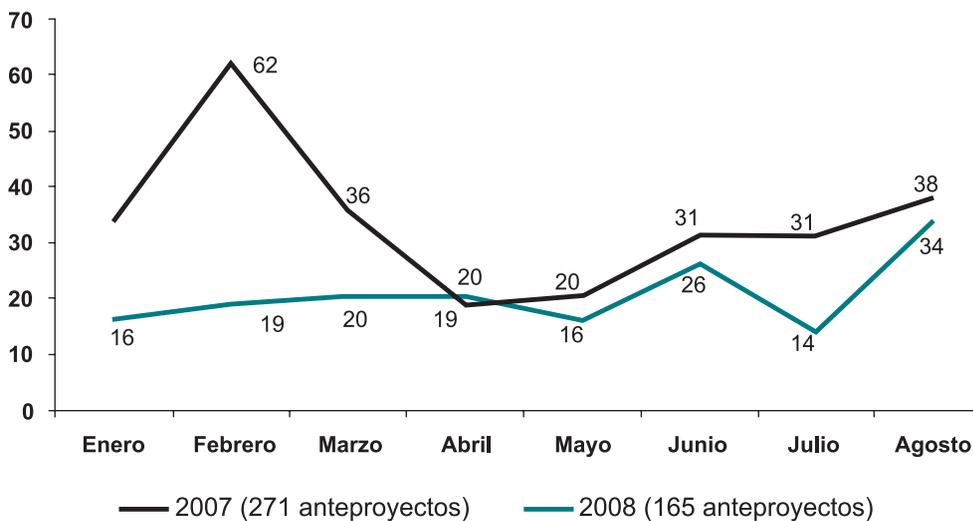
En concordancia con lo indicado en el artículo 4 del ACR, la dependencia u organismo descentralizado que pretenda emitir o promover la emisión o formalización de una regulación que se ubique en alguno de los supuestos antes relacionados, deberá indicarlo en el formulario de la MIR correspondiente al anteproyecto de regulación que se presente ante la COFEMER, quien resolverá lo conducente (i.e. si el anteproyecto se encuadra o no en alguno de los supuestos del ACR antes señalados) en un plazo no mayor a diez días hábiles contados a partir del día hábil siguiente a la fecha en que recibió la solicitud.

En los casos de emergencia a que se refiere el artículo 3, fracción I del ACR (*supra*), el plazo máximo de respuesta será de cinco días hábiles contados a partir del día hábil siguiente a la fecha en que se recibió la solicitud.

La dependencia u organismo descentralizado que discrepe respecto de la resolución de la COFEMER a propósito de la no procedencia del supuesto invocado, deberá manifestar por escrito su inconformidad –a la Comisión–, en un plazo máximo de cinco días hábiles contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de la notificación de la resolución por parte de la COFEMER. En caso de no realizarse la manifestación de inconformidad dentro del plazo indicado, se entenderá que la dependencia u organismo descentralizado no tiene objeción alguna respecto de la resolución emitida por la Comisión.

Gracias a la aplicación del ACR, en los primeros ocho meses de 2008 se logró una reducción del 39% en la emisión de anteproyectos con costos de cumplimiento para los particulares en relación con el mismo periodo de 2007.

Regulaciones con costos recibidas por la COFEMER

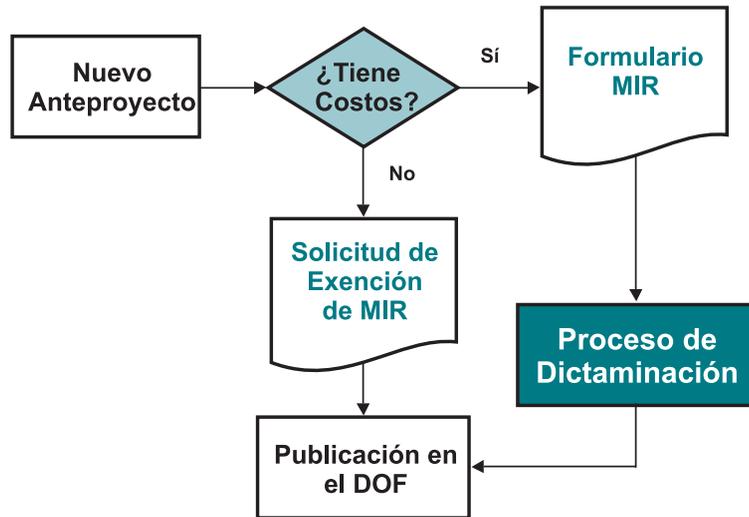


Como se puede apreciar, el envío del anteproyecto acompañado de su respectiva MIR representa el inicio del procedimiento de mejora regulatoria de un anteproyecto de regulación que se pretende incorporar al inventario de ordenamientos administrativos de carácter general que emite la Administración Pública Federal de México.

CONCLUSIÓN

Gracias a la MIR y a los demás instrumentos previstos en la LFPA, día a día cobran mayor vigencia en la conciencia del regulador, las ventajas y los beneficios que conlleva la mejora regulatoria, haciendo de este proceso, una institución *ad hoc* que se inserta indiscutiblemente en los resultados que se esperan de la gestión de un gobierno transparente, interesado en la preservación del Estado de Derecho que provea de condiciones para garantizar la vida digna de sus gobernados.

CUADRO I - ¿Cuándo debe de presentarse una MIR?



CUADRO II - El Proceso de Mejora Regulatoria (Dictaminación)

