

**UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL
MATHEUS MEOTT SILVESTRE**

**CONSTITUIÇÃO E METARREGULAÇÃO: Mitigando os efeitos da captura
regulatória**

**NITERÓI - RJ
2016**

CONSTITUIÇÃO E METARREGULAÇÃO: Mitigando os efeitos da captura regulatória

Dissertação de mestrado apresentada para ao Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em ____ de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a Clarissa M. B. Brandão de Carvalho Kowarski (orientadora)
Universidade Federal Fluminense

Prof. Dr. Eduardo Manuel Val. (coorientador)
Universidade Federal Fluminense

Prof. Dr. José Vicente Santos de Mendonça
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Prof. Ms. Siddharta Legale Ferreira
Universidade Federal de Juiz de Fora

AGRADECIMENTOS

Na vida encontramos pessoas que acreditam mais no nosso potencial do que nós mesmos, sem que isso se traduza em expectativa e eventualmente em frustração. É um sentimento de admiração e companheirismo unidos, que nos faz ter confiança e força de vontade quando tentamos e não nos deixa esmorecer quando falhamos. Felizmente, sou privilegiado por estar cercado dessas pessoas.

A primeira e mais importante delas é minha mãe, Rita. O amor materno é inexplicável com palavras e recebê-lo pode por vezes parecer egoísmo, porque se coloca a felicidade do filho em primeiro lugar. Sou e serei eternamente grato por cada sacrifício, cada abdicação e tenho certeza que meu sucesso será genuinamente sua felicidade. O meu mais sincero obrigado, mãe.

À minha família, materna e paterna, meus agradecimentos pela mão estendida nos momentos difíceis e pela confiança e torcida.

À minha companheira, Vivian, meu agradecimento pela compreensão nos momentos de abdicação, pela paciência nos momentos de estresse e pelas demonstrações genuínas de afeto e amor, permanecendo ao meu lado nas dificuldades e irradiando orgulho e felicidade nas vitórias.

Aos meus amigos, dos mais antigos do Pedro II aos mais recentes da UFF, o meu muito obrigado pelos momentos de descontração e também pelos conselhos. Se o ditado *“me diga com quem andas e te direi quem és”* é mesmo verdadeiro, tenho a consciência tranquila de que sou uma pessoa do bem.

Aos professores que nessa caminhada incentivaram e abriram portas, meu eterno agradecimento.

Por fim, mas não menos importante, volto a agradecer os milhões de brasileiros que tornaram o sonho de um menino realidade. Após dezenove anos no ensino público só me resta exercer o magistério superior com consciência e humildade, como forma de retribuição.

“The only freedom which deserves the name is that of pursuing our own good, in our own way, so long as we do not attempt to deprive others of theirs, or impede their efforts to obtain it.”

(John Stuart Mill)

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo estudar a análise de impacto regulatório, tendo como hipótese sua viabilidade como ferramenta metodológica capaz de mitigar os efeitos nocivos da captura regulatória. A Constituição Federal estabelece diversas diretrizes para a atuação da administração pública, inclusive quando da intervenção do Estado no domínio econômico. A captura regulatória infringe, dentre outros, os mandamentos de moralidade e eficiência da regulação. A pesquisa pretende, portanto, analisar como a análise de impacto regulatório é capaz de concretizar esses mandamentos, mitigando os impactos nocivos da captura regulatória, a partir de uma análise interdisciplinar entre direito e ciência econômica, sobretudo a partir das escolas da *public choice* e Chicago.

O trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro estabelece os fundamentos teóricos sobre a regulação estatal da economia, seu conceito e sua recepção na literatura jurídica brasileira. O segundo trata das teorias da captura regulatória, suas premissas teóricas e ferramentas concretas de desvirtuação das decisões em âmbito regulatório. Analisa ainda três características comuns extraídas das teorias analisadas. O terceiro capítulo estuda a análise de impacto regulatório, sua origem e adoção em diversos países e no Brasil a partir de uma abordagem didática, separando-a em três elementos: *checklists*, metodologias quantitativas e métodos de participação. Esses três elementos são então comparados com os fundamentos da captura regulatória destacados no capítulo anterior, analisando-se a hipótese da pesquisa.

Palavras-chave: regulação estatal da economia; análise de impacto regulatório; captura regulatória.

ABSTRACT

This research aims to study the regulatory impact analysis, having as hypothesis its viability as a methodological tool able to mitigate the harmful effects of regulatory capture. The Brazilian Constitution establishes several guidelines to the public administration including the governmental intervention in economic sectors. Regulatory capture harms several of these guidelines, especially morality and efficiency of regulatory affairs. The research intends to study how regulatory impact analysis is able to mitigate regulatory capture's ill effects, from an interdisciplinary approach with law and economics, mainly with public choice and Chicago school ideas.

The work is divided into three chapters. The first establishes the theoretical foundations of state regulation of the economy, its concept and its reception in the Brazilian legal literature. The second deals with the theory of regulatory capture, its theoretical assumptions and practical tools in distorting the decisions in regulatory framework. It also examines three common characteristics extracted from the analyzed theories. The third chapter studies the regulatory impact analysis, its origin and adoption in several countries and in Brazil from a didactic approach, separating it into three elements: checklists, quantitative methodologies and methods of participation. These three elements are then compared with the fundamentals of regulatory capture highlighted in the previous chapter, analyzing the hypothesis of the research.

Keywords: state regulation of the economy; regulatory impact analysis; regulatory capture.

SUMÁRIO

Introdução	8
1. Regulação estatal da economia: compreensão do conceito	13
1.1. O conceito de regulação	13
1.2. Regulação no Brasil: a recepção do conceito	25
1.3. Estado e economia na Constituição brasileira	35
2. Captura regulatória	43
2.1. Conceitos preliminares: ferramentas de análise	43
2.1.1. A obra seminal: George Stigler e a teoria econômica da regulação	44
2.1.2. Fundamentos teóricos: rent seeking, grupos de interesse e corrupção	48
2.2. Desenvolvimento da captura regulatória	56
2.2.1. Richard Posner e a teoria dos cartéis	56
2.2.2. Abordagens contemporâneas: novos panoramas	61
2.3. Mecanismos de captura: entre o refinamento e a paranoia	66
3. Metarregulação: agenda internacional por uma regulação de qualidade	70
3.1. Histórico da Metarregulação na Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE	72
3.2. Análise de Impacto Regulatório: o <i>mainstream</i> da qualidade regulatória	79
3.2.1. Os <i>checklists</i> : organização e transparência	85
3.2.2. Métodos quantitativos: custos, benefícios e seus desdobramentos	92
3.2.3. Processos de participação: dando voz às partes interessadas	101
3.3. A metarregulação no Brasil	104
3.3.1. Panorama: o que fizemos e o que pensamos?	104
3.3.2. Perspectivas: análise do futuro regulatório	111
3.4. Metarregulação e captura regulatória: como os esforços de melhoria podem auxiliar?	116
Considerações finais	119
Referências	124

Introdução

A intervenção do Estado no domínio econômico é uma realidade, em menor ou maior grau dependendo do país, região ou setor econômico analisado. Raras são as ocasiões em que o mercado é deixado à própria sorte e a obedecer somente suas regras de funcionamento. O livre mercado tornou-se uma utopia, desejável por uns, abominada por outras, mas que deixado o campo das ideologias de lado, não pode ser discutido sem ser contraposto às já identificadas falhas do mercado. É entendimento majoritário que o Estado tem um papel a desempenhar no domínio econômico, pois este afeta a todos os cidadãos, estejam eles cientes ou não da sua participação na lógica econômica.

A regulação é uma das muitas formas de intervenção ao lado do fomento, dos incentivos fiscais, do empreendedorismo estatal, do monopólio, entre outras. Algumas são consideradas mais ou menos interventivas, cada qual com seus adeptos e advogados. Entretanto, se a intervenção do Estado é justificada pela correção das falhas de mercado, é criticada pelas falhas de governo intrínsecas ao próprio ente estatal. Muitos problemas já foram identificados na intervenção do Estado, seja por incapacidade técnica, assimetria informacional, perda de peso morto, entre tantas outras razões que resultam em ressalvas à atuação governamental.

Um grave problema identificado na regulação é a captura regulatória, isto é, a influência de grupos de interesse no resultado da intervenção estatal em seu benefício próprio e não no interesse público. Resulta em uma regulação que propositadamente – do ponto de vista de quem influencia – cria condições favoráveis para si e não para o público em geral, criando, por exemplo, barreiras de entrada, tarifas e desonerações em detrimento de medidas que diminuem as externalidades ou que promovem a livre concorrência.

A teoria da captura regulatória começa a aparecer na década de cinquente do século passado na ciência política como uma crítica às agências que se proliferaram décadas antes. Com metáforas biológicas se defendia que as agências, assim como os seres vivos, obedeciam a um ciclo da vida e que conforme o passar do tempo sua relevância e a atenção do público decaíam, abrindo margem para a influência dos agentes econômicos que deveriam ser regulados por elas. Com George Stigler a captura regulatória – muito embora o autor não usasse essa nomenclatura – adota a racionalidade econômica, instrumentalidade para estudos empíricos e evidências, ainda que incipientes, da transgressão do interesse público em função dos interesses privados. A nova fase da teoria é fruto de seu tempo e dialoga com a descrença no processo de

tomada de decisão político e a teoria da ação coletiva de grupos de interesse desenvolvidos no âmbito da *public choice* a partir da década de 1960. A partir de Stigler, a Escola de Chicago – proeminente nas ciências econômicas e na análise econômica do direito – desenvolve com seus principais autores aspectos da teoria da captura regulatória.

A captura regulatória permanece como um assunto importante, porém espinhoso nas décadas que se sucederam. Se por um lado a crescente discussão sobre regulação fez com que, a reboque, a captura fosse discutida, a dificuldade de trabalhos empíricos e a impossibilidade de apontar inequivocamente o acontecimento da captura dificultaram o ganho de tração do tema. Desde a Escola de Chicago se teve diversos desenvolvimentos importantes da teoria, como a perspectiva de Laffont e Tirole a partir das entidades regulatórias e não dos grupos de interesse, valorizando a assimetria informacional e na última década diversos trabalhos da Universidade de Harvard foram dedicados à compreensão da captura regulatória como conceito e a instrumentalização da pesquisa empírica na área.

O presente trabalho tem como tema a regulação, mais delimitadamente a regulação estatal da economia, pois considera válida a premissa que existam regulações além do Estado, embora não esteja no escopo da pesquisa. Enfrenta a polissemia da regulação para definir a regulação e delimitar de maneira instrumental um conceito que permita o enfrentamento da hipótese ao final.

O objeto da pesquisa é a captura regulatória, sendo necessário para isso compreender as origens teóricas do fenômeno, como ele é concebido na atualidade e quais são os mecanismos que a literatura entende possíveis e eficazes para engendrar a desvirtuação dos objetivos regulatórios. O trabalho não ignora que a captura possa ocorrer por meio de mecanismos ilícitos, mas foca suas atenções nas ações que sobrevivem na licitude, ainda que imorais, alimentando uma zona cinzenta de interesses privados substituindo os interesses públicos.

Muitas dessas maneiras lícitas de promover a captura regulatória são feitas por meio de incentivos, conhecidos ou não pelos reguladores. Colocar todas essas possibilidades no campo da ilicitude, além de inviável, pode não ser desejável. Portanto, o combate à captura regulatória deve ser também no campo do aprimoramento institucional da regulação. O problema a ser enfrentado pela pesquisa é a necessidade de elaboração de soluções institucionais que melhorem a tomada de decisão regulatória, solucionando os “gatilhos” da captura.

A análise de impacto regulatório, defende-se, é um dos meios de melhoria da regulação capazes de solucionar exatamente estes “gatilhos”, caso seja levada a sério. A hipótese, portanto, é a viabilidade dessa ferramenta para solucionar o problema da pesquisa. Não se trata

de reinventar a roda ou propor algo inédito no ordenamento brasileiro. Entretanto, identifica-se uma certa indolência institucional na adoção da ferramenta.

Justifica-se a pesquisa, então, pela necessidade de demonstrar a importância da análise de impacto regulatório como ferramenta capaz de solucionar um grave problema do processo de tomada de decisão regulatória. Sendo a regulação estatal da economia um braço da administração pública, deve obedecer aos mesmos princípios que outras figuras já consagradas do direito administrativo – como o poder de polícia e os serviços públicos – como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A análise de impacto regulatório é um dentre os muitos esforços de melhoria da qualidade regulatória adotados pelas principais economias do mundo. A partir da década de noventa do século passado, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico passou a divulgar frequentemente documentos divulgando e promovendo a adoção da ferramenta por seus membros e também não-membros. Nascida com o objetivo de promover a eficiência administrativa e evitar as falhas regulatórias, sob a lógica da análise de custo-benefício, a ferramenta não foi especificamente desenvolvida para combater a captura regulatória. Seus elementos, entretanto, podem ser eficazes também nesse sentido, diminuindo a unilateralidade de grupos de interesse, racionalizando o processo decisório, melhorando a transparência das ações governamentais e possibilitando o controle externo por autoridades não-regulatórias. Os benefícios da ferramenta são vastos, mas sua adoção depende de adaptações a cada realidade jurídica, econômica e social.

Para abordar todas essas categorias, a pesquisa necessita transgredir as barreiras da disciplinariedade, extrapolando o estudo do direito e buscando em outras áreas do conhecimento os conceitos que possibilitem a análise da hipótese. Prioritariamente o trabalho buscará informações na ciência econômica, sem a pretensão, entretanto, de ser uma dissertação em ciências econômicas e sem advogar *expertise* na área. Todas as categorias da ciência econômica a serem abordadas no trabalho serão devidamente conceituadas, seja no corpo do texto ou em notas de rodapé explicativas.

O roteiro da pesquisa se divide em três capítulos para investigar a hipótese do trabalho. A estrutura inicial de cada capítulo é conceitual, elucidando possíveis polissemias e assentando os conceitos fundamentais para o entendimento do trabalho, quais sejam, regulação estatal da economia, captura regulatória e metarregulação. A parte final de cada capítulo é responsável pela consolidação ou pela análise crítica do conceito em questão. Os dois primeiros capítulos tratam da base teórica do trabalho, analisando a regulação como uma das possíveis intervenções do Estado no domínio econômico e uma de suas possíveis mazelas, a influência de grupos de

interesse, chamada de captura regulatória pela indústria. O terceiro capítulo trata dos esforços dos Estados na melhoria da qualidade regulatória com a finalidade de frear erros e abusos do ente estatal e ressignifica esses esforços para a possibilidade de também frear a influência de grupos de interesse que desnaturam os resultados da regulação.

O primeiro capítulo aborda a regulação e, mais especificamente, a regulação estatal da economia. Na primeira parte do capítulo procura compreender o uso do vocábulo nas obras fundantes do pensamento liberal ocidental, com John Locke, Adam Smith e John Stuart Mill e, a partir de uma abordagem interdisciplinar, analisa as diversas facetas que a regulação apresentou desde então, sem ignorar a possibilidade de regulações não-estatais, mas adotando, para os fins da pesquisa, a regulação estatal da economia como tema. Na segunda parte, dedica-se a analisar a recepção do conceito da regulação pelo universo jurídico brasileiro, seu histórico, seus primeiros problemas de adoção e a consolidação, ainda que precária, de um direito regulatório nacional. A terceira e última parte do capítulo analisa de forma crítica as intervenções do Estado no domínio econômico a partir da Constituição Federal, a regulação como uma possibilidade ou como um mandamento.

O segundo capítulo, a partir da definição instrumental de regulação para a pesquisa, passa a analisar o fenômeno da captura regulatória. Para tanto se subdivide em quatro. A primeira parte do capítulo aborda brevemente a origem dos estudos sobre a captura regulatória e dissecar a obra seminal de George Stigler, que em 1971 abordou, a partir da ciência econômica, a relação entre grupos de interesse e a regulação, tratando esta como um bem sujeito à oferta e demanda. O subcapítulo aborda ainda conceitos fundamentais para a compreensão do fenômeno da captura regulatória, como o *rent seeking*, a teoria de Mancur Olson sobre a ação coletiva e a corrupção institucional pesquisada por Lawrence Lessig. A segunda parte do capítulo aborda desenvolvimentos posteriores à teoria de Stigler, como Richard Posner a partir da teoria dos cartéis, Laffont e Tirole a partir da assimetria informacional e os esforços contemporâneos de Daniel Carpenter e David Moss para oferecerem um conceito atualizado e instrumental de captura regulatória que oriente as pesquisas na área. A terceira parte do capítulo analisa os diversos mecanismos de captura regulatória, tais como as capturas cultural e epistêmica. A quarta e última parte do capítulo tem como objetivo depurar as teorias trabalhadas até então, definindo três características do processo regulatório que facilitam a captura, quais sejam, a falta de clareza dos objetivos da regulação (a falta de uma compreensão do interesse público), a falta de instrumentos que permitam compreender os impactos da regulação proposta e que exponham eventuais contradições (medindo sua extensão, seus beneficiados e prejudicados) e,

por fim, o desequilíbrio de forças entre as partes afetadas pela regulação, a capacidade de organização e participação nas tomadas de decisão.

O terceiro capítulo trata da metarregulação e se subdivide em quatro partes. A primeira parte relata o histórico da metarregulação a partir da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico e seus membros. A segunda parte do capítulo analisa especificamente a Análise de Impacto Regulatório, dividindo-se em três partes, a partir dos elementos da ferramenta: os *checklists*, os métodos quantitativos e os métodos de participação. A terceira parte aborda a metarregulação no Brasil, analisando o que já foi feito até então e o que está no horizonte para ser feito, como projetos de lei ou programas que ainda não puderam surtir efeito. A última parte do capítulo pretende analisar a hipótese da pesquisa, resgatando as características da captura regulatória abordadas ao final do capítulo dois e os elementos da Análise de Impacto Regulatório trabalhadas na segunda parte do capítulo três.

1. Regulação estatal da economia: compreensão do conceito

Para se compreender conceitos como a captura regulatória e análise de impacto regulatório, como pretendido na presente pesquisa, é primeiro necessário se delimitar o que se entende por regulação. Existem muitas regulações possíveis: muitas áreas do conhecimento lidam com o conceito de regulação, seja na ciência econômica, nas ciências sociais ou no direito. Cada concepção possui nuances. Além disso, dentro de cada disciplina haverá também diversas possíveis concepções sobre o conceito de regulação, seja mais abrangente ou mais específico.

O tema do presente trabalho, a regulação, se delimita no fenômeno de intervenção do Estado no domínio econômico, isto é, a regulação estatal da economia. Elimina-se com esse recorte uma miríade de possíveis concepções, mas ainda resta muitas possibilidades. Diante do panorama polissêmico, ainda se faz necessário um capítulo dedicado à compreensão da extensão do fenômeno, o que permitirá desenvolver posteriormente os demais conceitos fundamentais da pesquisa.

O trabalho, portanto, se debruça sobre conceitos de regulação a partir de uma perspectiva clássica, na literatura fundante do pensamento liberal, ao qual atualmente a concepção de regulação mais se aproxima e passa então a analisar como a ciência econômica e o direito deram vida e forma à regulação.

O presente capítulo se propõe a definir uma concepção de regulação estatal da economia que não se pretende como única verdade possível, mas que permite e fundamenta o debate que se sucede na presente obra. Para tanto, subdivide-se em três subcapítulos: no primeiro analisa o conceito de regulação no plano internacional em abordagem interdisciplinar; no segundo se dedica a analisar a adoção da regulação na esfera jurídica no Brasil; no terceiro analisa o ordenamento constitucional brasileiro, as formas de intervenção do Estado previstas e como a regulação se encontra na seara constitucional.

1.1. O conceito de regulação

Regulação é um vocábulo que permeia a literatura em língua inglesa pelo menos desde os escritos de John Locke, Adam Smith e John Stuart Mill¹, fundacionais do pensamento liberal moderno, e até hoje não encontrou quem o pacificasse, permanecendo como um dos conceitos

¹ A escolha dos autores para análise se deve ao fato de a regulação ter desembarcado no Brasil a partir da experiência dos Estados Unidos, sociedade na qual as ideias liberais prosperaram.

mais incompreendidos do pensamento jurídico moderno.² Apesar de incompreendido, há autores que afirmam haver uma transformação histórica de um Estado liberal para um Estado regulador. Na literatura sobre o tema há autores que escrevem sobre regulação e reconhecem esse déficit conceitual como um problema de suas obras³, há quem acredite que não faz sentido tentar encontrar um denominador comum que apazigue as divergências.⁴ Tentar-se-á levantar alguns dos muitos usos do vocábulo regulação, apontando semelhanças e diferenças entre eles, com objetivo de compreender o contexto em que é usado e a extensão que pode tomar.

Em *Two Treatises of Government* de 1689, John Locke (1632-1704) analisa a passagem do estado de natureza para a criação de um Estado capaz de proteger seus cidadãos e, sobretudo, o exercício do direito de propriedade. É nesse sentido que o vocábulo *regulate* aparece com maior frequência ao longo da obra, para disciplinar o exercício de direitos dos cidadãos, outrora no estado de natureza e deixados à própria sorte e à própria força. Regular é usado para se referir às leis que disciplinam a relação entre trabalho e propriedade⁵, e o acúmulo de propriedade por meio do valor consensual atribuído aos metais preciosos como ouro e prata.⁶ Afirma o autor que seria uma contradição que alguém entrasse na sociedade com outros para proteger e regular a propriedade supondo que a sua própria estaria isenta de ser regulada pelas leis da sociedade e da jurisdição do governo ao qual ele e sua propriedade estão sujeitos.

No estado de natureza o homem possui dois poderes. O primeiro é o de fazer tudo ao seu alcance para a sua preservação, dentro dos limites do direito natural. O segundo é o poder de punir os crimes cometidos contra a lei natural. Ambos esses poderes são deixados quando se entra na sociedade política e se separa do resto da humanidade em estado de natureza. O primeiro ele abandona para ser regulado pelas leis feitas pela sociedade, que zelará pela sua

² ORBACH, Barak. What Is Regulation? In: **Yale Journal on Regulation Online**, vol. 30, n. 1, 2012, p. 1.

³ Stephen Breyer em *Regulation and its Reform* de 1982 reconhece como uma das limitações da sua obra - que viria a se tornar referência na área - a falta de uma análise mais detida sobre a definição de regulação. Além disso, o autor reconhece uma intuição difundida do que é regulação, reconhecendo que há áreas 'obviamente regulatórias', como preços, saúde, segurança e meio ambiente e outras menos óbvias como medidas antidiscriminatórias. Breyer afirma ainda que os esforços intelectuais para distinguir a regulação governamental de qualquer atividade governamental são difíceis e sujeitos à controvérsia. Seu livro declaradamente não enfrenta nem resolve essas controvérsias. Cf. BREYER, Stephen. **Regulation and its reform**. Cambridge: Harvard University press, 1982.

⁴ É o caso, por exemplo, de Jordana e Levi-Faur, que entendem que as várias definições de regulação refletem preocupações específicas de cada disciplina, são orientadas por métodos de pesquisa diferentes e refletem experiências pessoais, nacionais e históricas dependendo do formulador do conceito. Seria, portanto, sem sentido, até fútil, oferecer uma definição autoritária de regulação que tente abarcar todas essas peculiaridades. Cf. JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David. The politics of regulation in the age of governance. In: JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David. (eds) **The Politics of Regulation: Institutions and Regulatoru Reforms for the Age of Governance**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.

⁵ LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. Ontário: McMaster University Archive of the History of Economic Thought, 1823, p. 124

⁶Ibidem, p. 126

integridade. O segundo ele abre mão para utilizar sua força natural, antes empregada na punição, para o benefício da sociedade.⁷

O uso do vocábulo em sua grande parte se refere ao fato de o governo ao qual o homem se submete restringir os poderes do estado de natureza. Resumidamente pode se falar de um uso que se refere ao poder do Estado de restringir o exercício de capacidades e direitos inatos ao homem pelo bem sociedade.

Adam Smith (1723-1790) em *Wealth of Nations* de 1776 utiliza o vocábulo *regulate* para se referir às relações econômicas dos bens, como o impacto da oferta e da demanda, como os preços influenciam nas decisões de compra e venda e como a expressão de valor em moeda disciplina a troca de bens.⁸ Em geral, a utilização da ideia de regulação se refere aos princípios econômicos subjacentes à sociedade, diferente da visão estatista e limitadora da utilização feita por Locke.

Em *On Liberty*⁹ de 1859, John Stuart Mill (1806-1873) utiliza o vocábulo *regulation* seis vezes ao longo da obra¹⁰, de maneiras distintas. Na primeira aparição, ao tratar da tirania da maioria e o papel dos costumes nas sociedades, o autor utiliza a regulação como conformação do comportamento humano à compreensão de moralidade coletiva. Essa compreensão, prossegue o autor, é em grande escala derivada dos interesses das classes dominantes de um país e de seu sentimento de superioridade.¹¹ A segunda aparição do vocábulo trata da regulação de todo aspecto da vida privada pelas autoridades públicas, sob argumento de que o Estado tem profundo interesse na disciplina física e mental de cada um dos seus cidadãos, pensamento que poderia ser legítimo em pequenas repúblicas da antiguidade, mas que na modernidade, dado o tamanho das sociedades e a separação entre autoridade espiritual e mundana, não se pode admitir tamanha interferência pela lei em detalhes da vida privada.¹²

O terceiro uso do vocábulo aparece quando Mill trata da diferença entre a perda de consideração que uma pessoa pode incorrer por falta de dignidade ou prudência perante a sociedade e a ofensa a direitos de outros. Em se tratando de ofensa a direitos de outros, é

⁷ LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. Ontário: McMaster University Archive of the History of Economic Thought, 1823, p. 160

⁸ SMITH, Adam. **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations**. Indianapolis: Liberty Classics, 1976.

⁹ O vocábulo *regulation* também aparece com frequência em outras obras marcante do autor, como *Principles of Political Economy* de 1848. A escolha da análise de *On Liberty* se justifica por uma razão cronológica, pois sendo posterior é provável que tenha adotado um uso mais consciente e refinado da palavra.

¹⁰ A contagem se refere apenas ao vocábulo *regulation*, ou seja, ao substantivo. Entretanto, ao longo da obra o autor também utiliza o verbo *to regulate*, o que faria a análise de todas as aparições exaustiva. Consideramos que a análise somente do substantivo é um indicativo suficiente do que pretendemos demonstrar.

¹¹ MILL, John Stuart. **On Liberty**. Kitchener: Batoche Books Limited, 2001, p. 10.

¹² *Ibidem.*, p. 17.

interesse da sociedade julgar e punir o ofensor. Já no caso da mera perda de consideração, ou seja, quando se ofende a compreensão de moralidade mas não o direito de terceiros, não é papel daquele que se ofende inflingir qualquer sofrimento ao indigno, senão aquele que incidentalmente recai sobre este pelo uso por aquele da mesma liberdade na regulação do próprio comportamento¹³ - uma sanção moral.

A quarta aparição é no famoso exemplo da venda de veneno e como a liberdade pode ser invadida de maneira legítima para se prevenir um crime ou acidente. É consensual atribuição do governo de prevenir e punir crimes. Entretanto, abusos, em prejuízo às liberdades, são mais comuns na prevenção do que na punição. Se venenos fossem usados somente para cometer crimes, seria legítima sua proibição, mas não sendo o caso, é impossível interferir na liberdade de compra sem prejuízo aos usos legítimos. Se um agente público ou qualquer outra pessoa avista outra tentando cruzar uma ponte que se sabe ser insegura, não havendo tempo de avisá-la dos perigos, é legítimo impedir sua travessia sem invadir sua liberdade, pois liberdade consiste em fazer o que se quer e não é a vontade da pessoa cair da ponte. Entretanto, não havendo certeza do risco, é papel da autoridade pública apenas avisar dos riscos, sem que seja forçadamente afastado da sua exposição a eles. Voltando ao exemplo do veneno, diz o autor, as mesmas considerações devem ser feitas, decidindo-se quais meios possíveis de regulação são ou não contrários à liberdade - uma embalagem avisando dos riscos seria plausível pois ninguém quer adquirir sem saber das qualidades venenosas da substância, já exigir que para toda compra se precise da apresentação de receita médica poderia tornar impossível e muito caro de se obter a substância para usos legítimos.¹⁴

Para Mill, a única forma de impor dificuldades para a utilização do veneno para crimes, sem interferência nas liberdades, é criando o que Bentham chamou de '*preappointed evidence*'. Semelhante ao que acontece nos contratos, que se exige formalidades para sua validade, como assinaturas e testemunhas para que em caso de disputa subsequente haja meios de provas de que o contrato era válido e consensual, assim também pode ser na venda do veneno, exigindo que o vendedor registre a identidade do comprador, a data da venda, a quantidade vendida e pergunte o propósito da compra. Essas regulações - e aqui está o quinto uso da palavra - não impedem a compra da substância mas aumentam bastante as considerações que alguém deve fazer para o uso indevido.¹⁵

¹³ MILL, John Stuart. **On Liberty**. Kitchener: Batoche Books Limited, 2001, pp. 73-74.

¹⁴ Ibidem, p. 88.

¹⁵ Ibidem, p. 89.

O sexto e último uso do vocábulo acontece quando o autor analisa o desencorajamento indireto de certas condutas, mesmo que permitidas, como o consumo de álcool, aumentando o custo ou diminuindo os locais de venda. O aumento da tributação de determinados bens para diminuição do seu consumo é o mesmo que proibi-lo, diferindo apenas em grau. Já a tributação por si só é uma necessidade dos Estados fiscais modernos e deve ser não só admissível como aprovada. Tornar a venda desses bens um privilégio deve ser analisado pelo propósito que se pretende alcançar, sendo legítimo adotar exigências para locais públicos onde há o consumo, estabelecendo regulações para os horários de funcionamento e a perda de licença em caso de desordem, por exemplo. O autor entende que outras restrições, como a diminuição dos locais de venda apenas para redução da tentação, não são justificáveis.¹⁶

Como se pode depreender da breve descrição do uso por John Stuart Mill do vocábulo *regulation* na obra *On Liberty*, há uma coerência semântica entre os usos, mas falta o refinamento que se exige de um conceito, é um uso indiscriminado em certa medida. Regulação se refere desde restrições morais ao próprio comportamento, passando por restrições sociais ao comportamento de outros membros da sociedade, até restrições estatais, realizadas pelo Estado, sobre o comportamento econômico de indivíduos. Algumas considerações podem ser feitas: a primeira é que regulação é restrição; a segunda é que Mill já antecipava uma abordagem pluralista da regulação, sem o monopólio do Estado; a terceira é que a regulação é necessariamente proposital - no exemplo do indigno, o vocábulo é usado para se referir à restrição do próprio comportamento que, incidentalmente causa constrangimento àquele. A vontade de restringir nos parece clara nos demais exemplos.

Apesar da coerência entre os usos, Mill não dedicou parte da obra para analisar o que entendia por regulação, razão esta que não pode ser objeto de crítica tendo em vista que o autor não poderia antecipar a importância e autonomia que o termo ganharia como conceito. O mesmo pode se dizer de Locke e Smith, que dedicaram suas obras a analisar ideias muito mais abrangentes, embora o uso da ideia de regulação tenha uma coerência interna dentro de suas obras. Pode-se afirmar que a literatura fundacional do pensamento liberal utilizou em larga escala um vocábulo que só viria a ganhar densidade conceitual muitos anos depois, mas sua análise serve de ponto de partida para a densificação do conceito que se observa na atualidade.

De uma perspectiva histórica, até o final do século XIX os Estados Unidos são reconhecidos pela abordagem *laissez faire*, na qual os conflitos privados eram resolvidos em litígios entre os particulares - tidos por muitos estudiosos como incapazes de alcançar resultados

¹⁶ MILL, John Stuart. **On Liberty**. Kitchener: Batoche Books Limited, 2001, p. 93.

justos, frequentemente com decisões favoráveis às empresas, um verdadeiro desequilíbrio causado pelo dinheiro, uma disparidade de armas. A partir do final do século essa abordagem começa a mudar com o surgimento da responsabilidade civil, intimamente ligada aos problemas encontrados nas ferrovias e a incapacidade dos métodos de resolução de conflito lidarem com os danos causados. O ocaso do sistema judicial gerou uma resposta administrativista, regulatória, não só para tornar a resolução de conflitos mais equilibrada, mas também para mudar a forma de controle social das empresas. Surgem, portanto, as agências reguladoras para complementar a ação judicial, primeiro em âmbito municipal e estadual e posteriormente na esfera federal.¹⁷

As primeiras comissões para regular atividades privadas nos Estados Unidos foram criadas a partir do final da década de 1880¹⁸ e a atividade regulatória ganha força após a virada do século com os presidentes Roosevelt e Wilson, sendo que em 1922 grande parte dos estados já tinham adotado comissões para regulação de eletricidade e dezoito dos vinte maiores estados adotaram comissões para regulação de gás.¹⁹ Essa tendência perde força durante as presidências republicanas da década de 1920 e retomam o crescimento com Franklin Roosevelt a partir de 1930 e a crise financeira. O sistema regulatório é tido como mais eficiente do que a litigância isolada porque o regulador pode simplificar o processo ao representar os interesses mútuos, seja reduzindo os custos das ações entre particulares ao tornar mais fácil a demonstração de danos, seja ele próprio litigando. Outra vantagem do sistema regulatório é que a litigância lida somente com o dano já causado, enquanto a regulação se preocupa também em evitar o dano.²⁰ Apesar da incerteza sobre o alcance do conceito, após mais de um século de elaboração de modelos regulatórios, é possível dizer que a regulação ocupa um espaço de destaque nas instituições dos Estados Unidos.

Apesar dessa quase onipresença da regulação no debate jurídico e econômico americano, originado desde a adoção de agências independentes, como visto, é a partir da década de 1980²¹ que o tema começa a ganhar fôlego internacionalmente, com reformas

¹⁷ GLAESER, Edward L.; SCHLEIFER, Andrei. The Rise of the Regulatory State. In: **Journal of Economic Literature**, vol XLI, jun/2003, pp. 404-407.

¹⁸ A primeira comissão independente criada foi a Massachusetts Railroad Commission em 1871, responsável por regular sessenta corporações ferroviárias que atuavam no Estado. De 1826, data de criação da primeira corporação ferroviária no Estado até a data de criação da comissão, as corporações se reportavam diretamente ao *Secretary of the Commonwealth*.

¹⁹ PRIEST, George L. The Origins of Utility Regulation and the "Theories of Regulation" Debate. In: **The Journal of Law & Economics**, vol. 36, n. 1. 1993, pp. 289-323.

²⁰ GLAESER, Edward L.; SCHLEIFER, Andrei. **Op. Cit.**, pp. 408-409.

²¹ Ainda na década de 1970, surge nos Estados Unidos uma visão crítica à regulação a partir da obra de George Stigler que coloca a regulação como as normas que servem aos de grupos de interesses. Para o autor, a regulação

regulatórias em todo o mundo²² - e estoura a partir da crise financeira de meados dos anos 2000, culpabilizada, em grande medida, pela desregulação promovida pela reforma.²³

Segundo Orbach, a natureza evasiva do termo regulação se dá principalmente pela confusão entre dois problemas correlatos: o conceito abstrato de regulação e opiniões sobre o alcance desejável dos poderes e das políticas regulatórias. Pela intuição, ainda segundo o autor, a compreensão de regulação é a intervenção do governo na liberdade e nas escolhas. Entretanto, essa intuição é permeada de ideologias e pré compreensões sobre o que são intervenções e se são necessárias ou não, causando oscilações na compreensão do termo.²⁴

A regulação ganhou tanto destaque que alguns autores falam na ascensão de um Estado regulador, sobretudo após as reformas ocorridas nas décadas de 1980 e 1990 nos países industrializados, com uma mudança no estilo de governança. O Estado regulador é tido como o sucessor do Estado de bem-estar social, que vigorou desde pelo menos a década de 1940 até 1970. Entendia-se que o papel do Estado de bem-estar social era o planejamento macroeconômico, estabilização dos mercados e provisão de bem-estar, agindo como empregador se necessário e para isso houve o controle de recursos, muitas vezes pela propriedade de indústrias.²⁵

A partir da década de 1980 houve uma tendência à privatização dessas indústrias outrora controladas diretamente pelos Estados. Muitas delas mantiveram suas características de monopólios naturais, mesmo privatizadas, e precisavam de supervisão e a forma institucional adotada foram as agências independentes, velhas conhecidas que se proliferaram. Houve também uma mudança na abordagem da provisão de serviços públicos, separando a função das políticas públicas, mantidas com o Estado, e a operacional de entrega dos serviços, delegados

seria adquirida pela indústria e desenhada e operada primariamente em seu benefício. A partir das ideias de Stigler se deu a origem da teoria da captura regulatória.

²² Jordana e Levi-Faur apontam um uso indiscriminado entre regulação e intervenção na literatura europeia até o fim da década de 1980, mas que nos Estados Unidos, dada a adoção das agências independente, o uso do termo regulação era mais refinado, com uma teoria de governança mais aprimorada. Cf. JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David. The politics of regulation in the age of governance. In: JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David. (eds) **The Politics of Regulation: Institutions and Regulatoru Reforms for the Age of Governance**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. p. 4.

²³ Baldwin, Cave e Lodge apontam para uma virada na abordagem da regulação, surgindo críticas e preocupações com ortodoxias regulatórias a partir da crise financeira de 2007-9 e que os desejos de desregulação e de abordagens menos intrusivas deram espaço para demandas de regulações mais rigorosas dos mercados financeiros. A regulação era vista como um artefato tecnocrata capaz de impor controles racionais sobre atividades sociais e econômicas importantes. Os céticos mantiveram o discurso da regulação como mera burocracia e fardo às atividades econômicas. Para os autores, portanto, é possível dizer que a partir de 2011 - ano anterior à publicação da obra - que vivemos uma era do Estado regulador. A regulação se tornou campo de estudo autônomo e um campo de oxigenação de outras disciplinas. Cf. BALDWIN, Robert; et al. **Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice**. 2nd Edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 1-2.

²⁴ ORBACH, Barak. What Is Regulation? In: **Yale Journal on Regulation Online**, vol. 30, n. 1, 2012, p. 3.

²⁵ YEUNG, Karen. The Regulatory State. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. (eds.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 2-4.

à iniciativa privada. Essas reformas trouxeram três grandes mudanças para o setor público: a descentralização com o Estado monolítico foi substituído por diversas unidades com vários níveis de autonomia; mudança nas funções do Estado; e mudanças nos instrumentos utilizados, pois o poder hierárquico possível quando da propriedade das indústrias deu lugar às funções regulatórias.²⁶ Surge então um Estado regulador.

Mas afinal, o que é regulação?²⁷ Baldwin, Cave e Lodge citam a conceituação oferecida por Selznick, como controle exercido por agências públicas sobre atividades que são valorizadas pela comunidade. Apontam ainda três abordagens do conceito: como um conjunto específico de comandos; como toda influência deliberada do Estado; como todas as formas de influência social e econômica. Essas visões partem do conceito mais restritivo ao mais abrangente.

O primeiro diz respeito à promulgação de um conjunto de normas a serem aplicadas por um órgão dedicado a esse propósito, restringindo regulação a comandos estatais²⁸ - semelhante ao significado que o conceito adquiriu no Brasil com a criação das agências reguladoras, como se abordará adiante. Esse entendimento é o de que a regulação se resume ao *command and control*, i.e. determinações que partem do Estado através do uso de normas jurídicas e garantidas por sanções, muitas vezes penais. Essa visão de *command and control* tem sido utilizada também para descrever as limitações e aspectos negativos da regulação, como regras com alvos indeterminados, rigidez, ossificação, sub ou sobre aplicação e efeitos indesejados.²⁹

O segundo, um pouco mais abrangente, diz respeito à totalidade das atividades estatais concebidas para influenciar o comportamento econômico e social, cabendo nesse conceito não só os comandos, mas também incentivos, poderes contratuais, fornecimento de informações, entre outras.³⁰ O terceiro, mais abrangente, diz respeito a todas as formas de influência, não só

²⁶ YEUNG, Karen. The Regulatory State. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. (eds.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 4-5

²⁷ Julia Black aponta para o fato de que não há fora da língua inglesa uma palavra paralela ou mesmo um conceito que corresponda ao vocábulo *regulation*, não significando, entretanto, que a atividade que o vocábulo expressa não ocorra em outros países. BLACK, Julia. Critical Reflections on Regulation. In: **Australian Journal of Legal Philosophy**, vol 27, 2002, p. 2.

²⁸ Para Orbach a visão de que a regulação se refere às normas das agências administrativas é a mais adotada pelos advogados americanos porque é a nomenclatura utilizada pelo poder executivo. Na Executive Order 12.866 - que requer a análise de custo-benefício nas agências reguladoras - define-se regulação como um posicionamento da agência, de aplicabilidade geral e efeito futuro, com objetivo de implementar, interpretar ou prescrever norma ou política ou ainda descrever o procedimento ou requerimentos de uma agência. Entretanto, esse significado, embora comum, não contempla todo o espectro dos instrumentos regulatórios, porque nem todo o arcabouço regulatório estatal se origina nas agências administrativas. ORBACH, Barak. What Is Regulation? In: **Yale Journal on Regulation Online**, vol. 30, n. 1, 2012, p. 5.

²⁹ BLACK, Julia. **Op. Cit.**, pp. 2-3

³⁰ Dentre essas possibilidades está a participação direta do Estado na economia. Sobre esse tema consideramos três situações distintas: a influência exercida por uma empresa estatal no mercado através de decisões de mercado, ou seja, que seguem a lógica privada; influências exercidas por outros entes da administração sobre o mercado ao

estatais, mas também privadas, excluindo a necessidade da influência ser proposital, podendo a influência ser incidental.³¹

A primeira visão diz respeito à restrição de comportamentos e prevenção de certas atividades indesejáveis - um sinal vermelho. As visões mais abrangentes tratam não só de sinais vermelhos mas também de sinais verdes, permitindo e facilitando comportamentos, além da restrição.³² Algumas dessas regulações que permitem ou facilitam influenciam diretamente a conduta de indivíduos e empresas - é o caso de educação pública, auxílio às vítimas de desastres, provisão de estradas - enquanto outras influenciam somente de maneira indireta - é o caso da política externa e da defesa nacional.³³

A primeira visão é extremamente restritiva, primeiro porque se debruça somente sobre as agências. Normas governamentais dedicadas a intervir no domínio privado - regulação - são produzidas e executadas por organismos estatais - o regulador. Esse regulador pode ser qualquer órgão do executivo, do legislativo ou do judiciário, desde que seja capaz de criar uma norma compulsória.

Refinando a terceira visão de Baldwin, Cave e Lodge, mais abrangente, Julia Black questiona quais os interesses daqueles que estudam regulação e por que se preocupam tanto em definir o que entendem por regulação. Segundo a autora, estão preocupados com a descrição, crítica e prescrição de algo que estruture ou constranja o comportamento de indivíduos, organizações ou sistemas. Entretanto, parando nessa concepção, regulação não seria diferente de qualquer questão de controle social ou ordenamento. Para compreender regulação é melhor se preocupar com as atividades intencionais que buscam controlar, ordenar ou influenciar o comportamento de outros. Essa visão da regulação, que ela chama de descentralizada, abarca tanto a regulação estatal como às que partem de pessoas privadas, mas ao exigir a intencionalidade exclui as forças de mercado, forças sociais e tecnologias.³⁴ A partir dessas exigências, a autora oferece sua própria definição de regulação:

regulação é a tentativa continuada e focada de alterar o comportamento de outros de acordo com padrões ou propósitos definidos com a intenção de produzir resultado(s)

qual a empresa estatal faz parte e que ela deve observar tal qual os concorrentes privados; as normas que disciplinam a prestação dos serviços públicos, sejam eles prestados diretamente pelo Estado ou por meio de concessão. Cada uma dessas possibilidades será explorada em momento oportuno.

³¹ BALDWIN, Robert; et al. **Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice**. 2nd Edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 3.

³² Os autores citam como exemplo de uma regulação de sinal verde aquela que ordena as transmissões de rádio de alguma maneira, ao invés de permitir o caos de um mercado sem controle. Cf. BALDWIN, Robert; et al. **Op. Cit.**, pp. 3-4.

³³ ORBACH, Barak. What Is Regulation? In: **Yale Journal on Regulation Online**, vol. 30, n. 1, 2012, p. 4.

³⁴ BLACK, Julia. Critical Reflections on Regulation. In: **Australian Journal of Legal Philosophy**, vol 27, 2002, p. 26.

conhecidos, que podem envolver mecanismos que estabeleçam parâmetros, coleta de informações e modificação de comportamentos.³⁵

Christopher Decker, professor de direito e economia da Universidade de Oxford, caracteriza regulação como um termo:

Que pode ser usado para se referir a uma miríade de medidas e formas de intervenção – introduzida pelo Estado ou por outros atores (como membros da indústria) – que pretendem, de uma forma ou outra, guiar ou controlar o comportamento das firmas ou de indivíduos. (...) o termo ‘regulação econômica’ é usado primariamente para se referir a intervenções que, entre outras coisas, impactam na estrutura de uma indústria (por exemplo, restringindo o número de firmas que podem se envolver na oferta de um serviço, requerendo entidades separadas para exercer diferentes atividades na cadeia produtiva, ou requerendo que o acesso à infraestrutura seja dado a terceiros), ou que tenta guiar ou controlar o comportamento de firmas em termos de suas decisões a respeito de preços, investimentos, qualidade e cobertura de serviço, bem como sobre termos de como o acesso é garantido a outras firmas, incluindo competidores.³⁶

No contexto das reformas regulatórias, iniciadas na década de 1980³⁷, prevaleceu uma ideia híbrida entre o conceito mais restrito e o conceito mais amplo, sem se afastar do monismo estatal.³⁸ Ou seja, não se restringia às agências independentes, mas não abandonou a visão de restrição e o monopólio estatal sobre a regulação. Nesse sentido, várias formulações de regulação foram feitas, destacamos algumas.

André Saddy, a partir da tradição anglo-saxônica e o papel fundamental que a intenção exerce no conceito de regulação, destaca quatro características essenciais da regulação estatal:

(I) Trata-se de uma interferência pública intencional; (II) por meio de normas jurídicas, decisões políticas, judiciais e administrativas; (III) que indique, induza ou imponha, proíba ou permita as escolhas para quem a norma é dirigida; e (IV) que vise atingir e respeitar os mais diversos interesses públicos relacionados à interferência.³⁹

³⁵ Traduzido livremente do inglês. BLACK, Julia. Critical Reflections on Regulation. In: **Australian Journal of Legal Philosophy**, vol 27, 2002, p. 25.

³⁶ DECKER, Christopher. **Modern Economic Regulation: An Introduction to Theory and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 3.

³⁷ Vale destacar que esse movimento de reforma era extremamente críticos à intervenção estatal, defendendo a desregulação e quando esta não fosse possível, defendiam uma regulação de melhor qualidade. Esse movimento de desregulação, segundo Alfred Kahn, foi impulsionado pela inflação de dois dígitos, as crises de energia e o aumento da preocupação com o meio ambiente crescentes na segunda metade da década de 1970. Esse cenário motivou uma busca pelos preços de custos marginais nos monopólios naturais e a liberação da concorrência em setores como transportes e energia. Cf. KAHN, Alfred. **Whom the Gods Would Destroy, or How Not to Deregulate**. Washington D.C.: AEI-Brookings Joint Center, 2001.

³⁸ JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David. The politics of regulation in the age of governance. In: JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David. (eds) **The Politics of Regulation: Institutions and Regulatoru Reforms for the Age of Governance**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005, p. 4.

³⁹ SADDY, André. **Regulação Estatal, Autorregulação Privada e Códigos de Conduta e Boas Práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 33.

A primeira característica trazida por Saddy se refere à conduta premeditada, deliberada ou realizada de propósito por um integrante da máquina pública, do Poder Público formalmente instituído. A segunda característica é a de que todas as funções estatais têm caráter regulador, sejam elas normativas, políticas, jurisdicionais ou administrativas. A terceira qualifica a interferência intencional, tendo ela que ser indicativa, indutiva, impositiva, proibitiva ou permissiva, interferindo em graus distintos na autonomia dos indivíduos aos quais a regulação se dirige. Por fim, o interesse público é o fundamento que autoriza o Estado a regular, é o que lhe dá legitimidade, sendo certo que os interesses públicos são plurais e diversos.⁴⁰

Segundo Coglianesi, as características de qualquer instrumento regulatório podem ser descritas em quatro elementos: alvo, regulador, comando e consequências. O alvo é a entidade ao qual a regulação se destina e se aplica e ao qual as consequências do descumprimento do comando (sanções) são direcionadas, podendo ser empresas, indivíduos ou organizações sem fins lucrativos; o regulador é a entidade que cria e faz cumprir a norma ou regulação, papel tradicionalmente desempenhado pelo Estado e que tem sido paulatinamente disputado por entidades não-governamentais que estabelecem parâmetros; o comando é o conteúdo da instrução dada pelo regulador ao alvo, podendo especificar fins ou meios; consequências são os resultados atingidos pela regulação.⁴¹

Os comandos podem ser de meio ou de fim; específico e genéricos. Comandos de meio dizem respeito a padrões de conduta, obrigando ou proibindo a adoção de determinada tecnologia ou especificação, enquanto comandos de fim dizem respeito a padrões de desempenho, importando-se com os resultados e não com os meios adotados para atingi-lo. Comandos específicos determinam condutas concretas - como a adoção de equipamentos de proteção individual no desempenho de alguma atividade - enquanto os genéricos demandam condutas mais abrangentes - como o respeito à legislação trabalhista.⁴²

Não há uma definição amplamente aceita do conceito de regulação nos países membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, por exemplo. A Organização, uma das maiores promotoras das reformas regulatórias em âmbito internacional, como será analisado no terceiro capítulo, adota regulação como o conjunto de instrumentos pelos quais os governos estabelecem requisitos às empresas e aos cidadãos. Esses instrumentos incluem leis,

⁴⁰ SADDY, André. **Regulação Estatal, Autorregulação Privada e Códigos de Conduta e Boas Práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 33-64.

⁴¹ COGLIANESE, Cary; MENDELSON, Evan. Meta-Regulation and Self-Regulation. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. (eds.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 148.

⁴² Ibidem, p. 149.

ordens formais e informais e normas infralegais feitas por qualquer nível governamental, bem como regras feitas por entidades não-governamentais e autorregulatórias com poderes delegados pelo Estado.

Essas regulações podem ser classificadas em três categorias: regulações econômicas, que visam alterações em decisões de mercado como preço, concorrência, ou entrada no mercado; regulações sociais, que visam proteger o interesse público, como saúde, segurança, meio ambiente - os efeitos econômicos das regulações sociais podem ser substanciais, embora muitas vezes negligenciados ou inesperados; e regulações administrativas, as formalidades e burocracias (*red tape*) que possuem alto impacto no desempenho do setor privado.⁴³

Regulação é um conceito que transita entre várias áreas do conhecimento e por ter um forte aspecto econômico também é objeto da ciência econômica.⁴⁴ As teorias econômicas sobre regulação podem ser normativas ou descritivas. As normativas costumam ser baseadas em conceitos de eficiência econômica e falhas de mercado e buscam oferecer uma versão de 'teoria do interesse público' da regulação. Já as descritivas buscam explicar a natureza e o desenvolvimento da regulação e seus impactos através de análises estatísticas e análises de custo-benefício.⁴⁵ As teorias econômicas utilizam, em larga, escala, uma visão do papel do Estado em corrigir falhas de mercado e intervir na alocação dos recursos para que haja eficiência, ou seja, é uma visão monista da regulação.

Como um dos sintomas dessa visão monista da regulação a partir da ciência econômica, o *Routledge Dictionary of Economics* conceitua a regulação como a intervenção completa ou parcial pelo governo, ou suas agências, nas escolhas dos particulares, veja-se no original:

Intervenção parcial ou completa na tomada de decisão econômica de uma firma ou outra instituição econômica pelo governo ou uma de suas agências. A justificativa usual para esse afastamento do livre mercado são as falhas de mercado. As principais formas de intervenção incluem a proteção ao consumidor, a criação de empresas públicas para gerir indústrias que são monopólios naturais e o estabelecimento de preços.⁴⁶

Fazendo uma separação para fins didáticos, há duas abordagens possíveis sobre regulação: uma cronológica e outra disciplinar. Do ponto de vista cronológico é possível delimitar três grandes fases do entendimento sobre regulação: pré-reformista, anterior à década

⁴³ OCDE. **OECD REPORT ON REGULATORY REFORM: SYNTHESIS**. Paris, 1997

⁴⁴ O artigo *Behavior of the firm under regulatory constraint* de Harvey Averch e Leland Johnson publicado em 1962 é tido como o fundador da *regulatory economics*, um campo de estudo autônomo dentro da ciência econômica.

⁴⁵ VELJANOVSKI, Cento. Economic Approaches to Regulation. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. (eds.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 1-8.

⁴⁶ Traduzido livremente do inglês. RUTHERFORD, Donald. **Routledge Dictionary of Economics**. Second Edition. London: Routledge, 2002, p. 496

de 1980, em que vigora uma visão extremamente abrangente da regulação; pós-reformista, posterior à década de 1980, em que vigora uma visão extremamente crítica, delimitada e monista da regulação; e contemporânea, a partir de meados da segunda década do século XXI, em que se recupera uma visão otimista da regulação estatal mas que começa a se pensar em meios alternativos a ela, dispensando a necessidade do comando estatal ou do próprio Estado.

Do ponto de vista disciplinar é possível delimitar também em três aspectos: (i) teórico-político, em que se discute o papel do Estado, a deseabilidade da intervenção estatal na vida privada e seus limites; (ii) jurídico-institucional, em que se discute as formas de organização do Estado para que a regulação possa ser adotada; (iii) econômico, em que se discute os efeitos da regulação e como ela deve ser adotada para alcançar valores como eficiência e interesse público.

1.2. Regulação no Brasil: a recepção do conceito

Partindo da análise do conceito de regulação a partir de influências internacionais e adotando um conceito funcional para o trabalho, o presente capítulo abordará como a regulação foi adotada no Brasil e como as instituições foram modificadas e moldadas em torno do conceito.

Tratar a recepção do conceito de regulação no Brasil não significa que o Estado brasileiro não tenha, ao longo de sua história, realizado a atividade que hoje se compreende por regulação econômica - a tentativa intencional de limitar o exercício da livre iniciativa alterando padrões de comportamento. Assim como a regulação não era abertamente discutida no Brasil, a análise jurídica da mesma - o Direito Regulatório - também não o era.

José Vicente Santos de Mendonça ao tratar do período anterior ao surgimento das agências reguladoras utiliza o termo "*pré-história do Direito Regulatório*", quando ele "*não era*". Tratava-se a regulação dentro de Direito Administrativo ou Direito Público Econômico. Apesar de não existirem as agências reguladoras, a atividade da regulação da economia em sentido amplo - tida pelo autor como a fixação de normas de condutas de agentes econômicas e a prática de atos administrativos a elas afetos, como licenças, autorizações, etc - existia, sem o nome ou a potencialidade atuais.⁴⁷ É da mesma opinião Alexandre Santos de Aragão, ao dizer que "o Estado sempre regulou a economia", embora o fizesse sob outros instrumentos mais

⁴⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. As fases do estudo sobre regulação da economia na sensibilidade jurídica brasileira. In: **Revista Opinião Jurídica**. Ano 13, n. 17, p. 284-301, jan/dez 2015, p. 288-289.

tradicionais do direito administrativo, como o poder de polícia e as prerrogativas do poder concedente dos serviços públicos.⁴⁸

Com Getúlio Vargas, a partir da década de 1930, surgem os institutos, autarquias de economia que não possuíam dirigentes com mandato, eram ligados à Presidência da República e não se imaginava atribuir poder normativo ou participação social a eles. Para José Vicente Mendonça, com os olhos do presente é possível enxergar nesse passado "*antecessores remotos das agências reguladoras*".⁴⁹

Analisando o mesmo período histórico, Bresser-Pereira caracteriza a administração pública brasileira como burocrática, na qual se imprime uma nova forma de administração com objetivo de retirar a aristocracia das entranhas da máquina pública, dotando a burocracia uma importância econômica.⁵⁰ Em 1937 tem início a primeira grande reforma da administração pública brasileira com a criação de um conselho responsável por traçar diretrizes para o serviço público civil e em 1950 começam a surgir as primeiras empresas públicas. Para o autor, essa reforma teve como objetivo "*transformar a administração política brasileira que até então era patrimonial em um serviço profissional baseado no Estado de direito e na competência técnica*".⁵¹

O próximo período da administração pública que sucede o burocrático, segundo Bresser-Pereira, é o período gerencial, marcado por idas e vindas. Em 1963 é criado o ministério para a reforma da administração e com a ascensão dos militares ao poder a partir de 1964 é promovida uma reforma desenvolvimentista por Castelo Branco, dando ares gerenciais à administração, com a crescente importância do modelo de autarquia - embora a primeira tenha sido ainda criada em 1938 - e a edição do Decreto-Lei 200 que instaura a ideia de administração para o desenvolvimento, separa com clareza a administração direta da indireta e garante maior autonomia às autarquias. Segundo o autor, a inspiração gerencial sofre um duro golpe com a promulgação da Constituição de 1988, com um retorno ao modelo burocrático de 1930, maior rigidez administrativa e enfraquecimento da distinção entre administração direta e indireta.⁵²

⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Atual Estágio da Regulação Estatal no Brasil. In: MARRARA, Thiago (org.) **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 227.

⁴⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. As fases do estudo sobre regulação da economia na sensibilidade jurídica brasileira. In: **Revista Opinião Jurídica**. Ano 13, n. 17, p. 284-301, jan/dez 2015, p. 289..

⁵⁰ O autor faz contraponto com o que chamou de administração patrimonial, que vigorou até Getúlio Vargas assumir o poder. Nesse período patrimonial, a administração pública era usada como fonte de riqueza e instrumento do interesse privado em detrimento do público. Cf. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os primeiros passos da Reforma Gerencial do Estado de 1995. In: **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, out/dez 2008, pp. 145-186,

⁵¹ Ibidem. p. 145.

⁵² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado Patrimonial ao Gerencial. In: Pinheiro, Willheim e Sachs (orgs.). **Brasil: Um século de transformações**. São Paulo: Cia. Das Letras, 2001: pp. 222-259.

A Constituição de 1988 fez diversas menções à regulação, entretanto. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao se referir à intervenção regulatória, caracteriza a nova Carta como “sensível à tendência mundial de liberalização da economia”, substituindo a previsão genérica da intervenção estatal da Constituição⁵³ anterior por um modelo em que as modalidades são “categoricamente previstas”.⁵⁴ São, segundo o autor, os casos da remessa de lucros (art. 172), a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre (art. 178), a restrição da propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora ou de som e imagens (art. 222), a regulação da venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis (art. 238) e a regulação da produção e comércio de material bélico (art. 21, VI).

O prelúdio de mudanças na abordagem estatal no domínio econômico iniciado na Constituição de 1988 não tardou a proliferar mudanças significativas já no início da década de noventa, com o Plano Nacional de Desestatização (Medida Provisória 155 de 1990) com objetivo de transferir atividades econômicas administradas pelo setor público para o setor privado, entre outros.

É com a Reforma Gerencial, também chamada de Reforma da Gestão Pública, iniciada em 1995 que a regulação ganha tração no contexto brasileiro. Causando muitas modificações nos pilares do Direito Administrativo, a descentralização ensaiada desde o surgimento das primeiras autarquias ganha força, iniciando um processo de agencificação do Estado. Com a Reforma, o Estado interventor que já vinha sendo substituído desde o Plano Nacional de Desestatização recebe um duro golpe para dar lugar a um Estado-regulador, preocupado com a eficiência do mercado sem lançar mão da intervenção direta.⁵⁵

As diversas mudanças enfrentadas pelo Estado brasileiro no período podem ser interpretados dentro do contexto da *New Public Management*⁵⁶, que tem início na Inglaterra na

⁵³ O autor se refere ao artigo 163 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969: “Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.”

⁵⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 525.

⁵⁵ Tercio Ferraz Sampaio Junior se refere à substituição do modelo de gestão fundado em controles formais e na intervenção direta por um modelo gerencial, ou seja, com base em avaliações de desempenho, regulação e regulamentação. Não seria, segundo o autor, nem um Estado liberal, protetor de liberdades, nem um Estado social, promotor direto de benefícios sociais e econômicos, mas sim um Estado regulador, preocupado com o aprimoramento e a eficiência dos mercados. Cf. SAMPAIO JUNIOR, Tercio Ferraz. **Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade**. 2000.

⁵⁶ Para uma compreensão do significado da *New Public Management* no Brasil e suas limitações, Cf. PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Silvia; PECCI, Alketa. **Governança e New Public Management: Convergências e Contradições no Contexto Brasileiro**, 2007.

década de 1980 e serve de influência para diversas reformas no mundo. Dentro deste contexto estão as medidas adotadas no Brasil como privatização, a descentralização e a regulação das atividades privadas. A agencificação, fenômeno decorrente da descentralização⁵⁷, teria como objetivo separar a economia e a política, oferecendo segurança no quadro regulatório ao designar a agências independentes as decisões regulatórias.⁵⁸

Em âmbito federal o processo de agencificação ganha força já no início da Reforma com as Emendas Constitucionais 8 e 9 de 1995, que privatiza o setor de telecomunicações, outrora monopólio estatal e flexibiliza o monopólio da exploração de petróleo, ambas prevendo a criação de um “*órgão regulador*”. A primeira agência reguladora federal é a Agência Nacional de Energia Elétrica criada pela Lei 9.427 de 1996, seguida pelas previstas nas Emendas Constitucionais e até 2002 já eram nove agências criadas por lei. Depois desse período de ebulição, somente a Agência Nacional de Aviação Civil foi criada, pela Lei 11.182. Nasce o Direito Regulatório brasileiro.

Enquanto as inspirações para a Reforma Gerencial foram inglesas com o New Public Management, o desenho institucional das agências reguladoras brasileiras foi trazido dos Estados Unidos.⁵⁹ O regime jurídico das agências reguladoras – e a própria possibilidade de sua existência – foi a pauta inicial do Direito Regulatório brasileiro.

A respeito das agências reguladoras, a doutrina costuma enquadrá-las como autarquias especiais, com significativas diferenças em relação às autarquias “comuns”. São também pessoas de direito público, porém são autarquias de regime especial. Por não haver um conceito legal determinando o que sejam as agências reguladoras, a doutrina elenca como diferenças a maior liberdade de atuação e sua independência funcional.⁶⁰

Originalmente regidas pelo Decreto-Lei nº 6016/43, atualmente a autarquia é regida pelo art. 5º, I do Decreto-Lei nº 200, com a seguinte redação:

o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

⁵⁷ A descentralização se refere ao fenômeno da atribuição de competências para outros pessoa, seja física ou jurídica. Não se confunde com a desconcentração, que se refere à distribuição de competências dentro da mesma pessoa jurídica. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 517.

⁵⁸ GUERRA, Sérgio. Agencificação no Brasil: causas e efeitos no modelo regulatório. In: MARRARA, Thiago (org.) **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 263-264.

⁵⁹ Ibidem, p. 265-266.

⁶⁰ JUNGSTEDT, Luiz de Oliveira Castro. **Direito Administrativo Parte 1: Estado Gerencial Brasileiro**. Niterói: Impetus, 2009, p. 46.

Embora não conste da redação da norma, a natureza pública da autarquia parece ser sido superada após a Emenda Constitucional nº 19/98⁶¹ O Código Civil de 2002 em seu artigo 41, IV, diferentemente de seu análogo no Código anterior, passou a incluir as autarquias como pessoas jurídicas de direito público interno. Por serem de direito público e exercerem funções administrativas, possuem todas as prerrogativas de Estado, sendo seus bens impenhoráveis, a execução por meio de precatório, sua representação em juízo diferenciada e seus atos são passíveis dos controles e limites característicos da Fazenda Pública, como a possibilidade de impugnação por mandado de segurança.⁶²

Outro problema aparentemente superado em relação às autarquias se refere à redação do Decreto-Lei 200 em relação ao exercício de atividades típicas da Administração Pública, argumentando-se a existência de autarquias que exercem atividade econômica. Maria Sylvia Di Pietro, embora reconheça o fundamento histórico da crítica – de fato algumas autarquias foram criadas para a exploração de atividade econômica, como as Caixas Econômicas e a Rede Ferroviária Federal – o problema estaria superado porque tais autarquias foram “*paulatinamente transformadas em pessoas jurídicas de direito privado, para funcionar como sociedades comerciais.*”⁶³

Marçal Justen Filho, por sua vez, é categórico ao afirmar que as autarquias são o “*instrumento para o desempenho de funções próprias e inerentes ao Estado, insuscetíveis de desempenho sob regime de direito privado.*”⁶⁴ O autor critica a utilização do vocábulo “serviço” feita pelo Decreto-Lei, pois a autarquia não é um serviço, mas uma pessoa jurídica, diferente da Administração direta, criada por lei que determina o grau de autonomia daquela em relação a esta. Isso implica dizer que a autarquia possui direitos e deveres próprios, um patrimônio também próprio e que os atos praticados por ela não se confundem com os atos

⁶¹ Isso porque na redação da Constituição de 1967 (art. 163, §2º) era expressa aplicação das normas de empresas privadas às empresas públicas, autarquias e sociedades de economia mista. A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (art. 170 §2º) repetiu a norma excluindo a autarquia. A Constituição de 1988, entretanto, em seu artigo 173, §1º tinha como redação original: “*A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.*” englobando, portanto, eventuais autarquias existentes que explorassem atividade econômica. Com a EC 19/98 a redação do artigo 173, §1º passou a mencionar somente as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, excluindo qualquer possibilidade de englobar as autarquias. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 535.

⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 117.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 535.

⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 121.

praticados pela Administração direta – as autarquias seriam, portanto, autônomas⁶⁵ em relação à Administração direta, embora haja gradações dessa autonomia.⁶⁶

A autonomia das autarquias é uma característica que as define e, embora seja variável, possui limites mínimos e máximos, e o enquadramento da autarquia nesses limites dependerá da lei que a cria. Patrimônio é um dos principais elementos que configuram as autarquias, que possuem patrimônio próprio e seus bens não se confundem com os que estão no domínio da pessoa política. Outra característica é a estrutura organizacional, em que as autarquias possuem a sua própria, com órgãos e servidores próprios – a autoridade da Administração direta, entretanto, escolhe os administradores das autarquias, ainda que a lei possa prever a aprovação do Poder Legislativo.⁶⁷

Fruto do fenômeno da descentralização, as competências das autarquias eram originalmente de titularidade da pessoa política, passadas de maneira específica por meio lei para a autarquia. A lei, contudo, pode garantir maior autonomia ao passar competências privativas às autarquias, sem possibilidade de interferência da Administração direta, bem como menor autonomia ao permitir a possibilidade de revisão das decisões pela mesma. A autonomia também varia com relação aos recursos financeiros da autarquia, podendo haver a instituição de tributo em prol da atividade da mesma ou a completa dependência de transferência de recursos do ente ao qual ela está vinculada.⁶⁸

Quando se fala em agências reguladoras, entretanto, fala-se de autarquias *especiais* e o que difere as autarquias especiais do regime padrão é que elas possuem maior autonomia em relação à Administração direta, estabilidade de seus dirigentes e suas decisões possuem caráter final, não sendo passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública. Enquadram-se na categoria de *especiais* entidades como as Universidades públicas⁶⁹, as agências executivas e as agências reguladoras. O maior grau de autonomia não advém da

⁶⁵ Alexandre dos Santos Aragão a respeito da autonomia: “*Etimologicamente, autonomia significa a possibilidade de um ente jurídico estabelecer as normas da sua própria conduta.*” Trata-se da “*margem limitada de liberdade de atuação conferida pelo ordenamento jurídico a pessoas públicas ou privadas.*” Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras:** e a evolução do direito administrativo econômico. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 334.

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 122-123.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 123.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 124.

⁶⁹ A primeira aparição da expressão autarquia especial foi na Lei 5540/68, em seu artigo 4º: “*As universidades e os estabelecimentos de ensino superior isolados constituir-se-ão, quando oficiais, em autarquias de regime especial ou em fundações de direito público e, quando particulares, sob a forma de fundações ou associações.*”

expressão autarquia especial, mas sim de um regime jurídico objetivo conferido pela lei, criando situações em que a lei se refere à autarquia como especial sem que o seja.⁷⁰

As agências reguladoras são, portanto, autarquias, com suas características autônomas e fazem parte da Administração pública indireta. São tanto materialmente especiais pois possuem prerrogativas que alargam sua autonomia, como formais, pois as leis que as criam mencionam expressamente essa característica.⁷¹

Para Gustavo Binbenbojm, o regime diferenciado das agências reguladoras – o que as torna *especiais* - é caracterizado pela autonomia reforçada (vulgarmente chamada de independência) e a concentração de funções públicas. A primeira característica engloba a independência política dos dirigentes, a independência técnica decisional, a independência normativa e a independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada.⁷² Em relação à segunda característica, as agências exercem atividades tipicamente administrativas, decorrentes do poder de polícia que lhes incumbe bem como atividade arbitral - “*quase-jurisdicional*” – sendo competentes para dirimir controvérsias por meio de contencioso administrativo normal.⁷³

A independência política dos dirigentes diz respeito à nomeação por indicação do chefe do Poder Executivo após aprovação do Poder Legislativo, com termo fixo e estabilidade durante o mandato, sem que possa ser exonerado *ad nutum* pelo Presidente⁷⁴; a independência técnica decisional determina que predominem as motivações técnicas sem que se sujeite a recurso hierárquico impróprio⁷⁵ – as decisões das agências são finais na seara administrativa - gerando impossibilidade de revisão das decisões das agências pelos Ministérios ou pelo Presidente da República, no caso de agências federais; a independência normativa diz respeito à necessária disciplina dos serviços públicos submetidos ao controle da agência; a independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada diz respeito às rubricas orçamentárias próprias de receitas

⁷⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 117.

⁷¹ *Ibidem*, p. 118-119.

⁷² BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 251-252.

⁷³ *Ibidem*, 258.

⁷⁴ A impossibilidade da livre demissão dos dirigentes é controversa e se estendeu desde a edição da Súmula 25 do STF ainda sob a vigência da Constituição de 1946, garantindo a possibilidade de demissão mesmo de dirigente nomeado a termo. A impossibilidade só foi revertida em decisão liminar na ADI 1949/RS em 1999, tornando possível a possibilidade de previsão de nomeação a termo vedada a demissão livre. Para uma análise minuciosa do voto, Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Atual Estágio da Regulação Estatal no Brasil. In: MARRARA, Thiago (org.) **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 238 e ss.

⁷⁵ Há leis de agências reguladoras que qualificam a agência como última instância administrativa de recursos e julgamento, é o caso da ANATEL e ANVISA. Outras leis não se manifestam a respeito, mas também não preveem a possibilidade de recurso hierárquico impróprio. Tampouco o Decreto-Lei 200 se manifesta sobre a possibilidade dos mesmos ao qualificar as autarquias. Entretanto essa possibilidade já foi aventada tanto em relação ao CADE pelo Ministro da Justiça quanto em relação às agências reguladoras pela Advocacia-Geral da União no Parecer AC-051.

atribuídas pela lei às agências ressaltando-se as taxas de fiscalização de atividades econômicas e as taxas regulatórias que lhes são permitida a cobrança, bem como participação em contratos e convênios.⁷⁶

As atividades exercidas pelas agências reguladoras são também outra importante característica que as distancia das autarquias comuns, chegando “*a desafiar algumas formulações mais tradicionais da separação dos poderes.*”⁷⁷ As agências, parte da Administração, ainda que indireta, exercem funções outrora identificadas com os outros poderes. Isso se explica pela crise de racionalidade da legislação e o dinamismo interpretativo da magistratura em resposta, tornando-a excessivamente discricionária causando incerteza jurídica. O fenômeno da deslegalização e os organismos independentes tentam preencher o lapso de racionalidade, atribuindo-lhes poderes normativos setoriais e de resolução de conflito – é o fenômeno percebido na realidade norte-americana em que “*as autoridades independentes desenvolvem um papel de científico alternativo à influência do poder jurisdicional sobre os processos decisórios públicos.*”⁷⁸

Alexandre Santos de Aragão destaca quatro atividades que juntas diferenciam as agências reguladoras das demais autarquias. a atividade normativa, a mais importante para considerar qualquer órgão ou entidade como regulador; a atividade fiscalizadora; a atividade sancionatória; e atividade julgadora.⁷⁹

A atividade normativa, embora não seja exclusiva às agências reguladoras, é um fenômeno presente em todas elas, integrando seu próprio conceito. Trata-se de competência prevista em lei às agências de editarem normas setoriais. As leis que atribuem poder normativo têm baixa densidade normativa – estabelecem finalidades e parâmetros genéricos – para que haja o desenvolvimento de normas setoriais ágeis e autônomas capazes de regular a realidade social dinâmica e complexa.⁸⁰ Os atos normativos das agências reguladoras, como normas infralegais que o são, não são absolutos, devem respeitar a hierarquia normativa e, portanto, a Constituição e leis. Além disso, podem ser objeto de fiscalização pelo Congresso Nacional, conforme previsão do artigo 49, X da Constituição Federal.⁸¹

⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 252.

⁷⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 336.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Ibidem, p. 337-338..

⁸⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras: e a evolução do direito administrativo econômico.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 439.

⁸¹ Constituição Federal de 1988: “*Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;*”

Se o Direito Regulatório surge com o processo de descentralização e o surgimento das primeiras agências reguladoras, fomentando o debate brasileiro sobre o conceito de regulação e sua adequação aos conceitos já adotados de direito administrativo, é possível dizer que a regulação no Brasil não é exercida somente por agências reguladoras. O modelo de agência reguladora, com sua maior autonomia em relação ao ente político, é mais propício para servir de *scientific alternative*, afastando o processo decisório da incerteza jurídica e oferecendo maior confiança aos participantes do mercado a ser regulado, mas existem órgãos e entidades com menor autonomia que também são considerados pela doutrina como reguladores.⁸²

Afinal, juridicamente o que é regulação no Brasil? Não está atrelada à qualidade da pessoa que a exerce, porque exercida precipuamente por agências reguladoras mas também por outros órgãos e entidades públicos e desde muito antes da existência da primeira agência.

Para Marçal Justen Filho a regulação é um tipo de atividade administrativa, ao lado do poder de polícia, do fomento, do serviço público e da exploração direta de atividade econômica. Define regulação como a “*atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, ara implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais.*”⁸³ Importante diferenciar regulação de regulamentação, sendo esta o desempenho de função normativa que detalha as condições de aplicação de uma norma de cunho abstrato e geral, previsto no artigo 84, IV, da Constituição Federal. A regulação é fenômeno muito mais amplo, eventualmente utilizando da regulamentação. É uma atividade estatal que extrapola a atividade administrativa, exercendo, como visto, funções características dos três poderes classicamente definidos.

Nos primórdios não tão distantes do Direito Regulatório tratou-se de diferenciar regulação do já conhecido e debatido poder de polícia. Enquanto o poder de polícia se refere à intervenção estatal imperativa que impõe limites ao exercício de direitos e liberdades⁸⁴, a regulação assume sentido mais amplo. Ainda que se considere um poder de polícia a partir de uma visão contemporânea, que abarque toda a complexidade do mundo atual, o conceito de regulação, embora próximo do poder de polícia, ainda será mais amplo, porque abrange também os serviços públicos e a composição de conflitos.⁸⁵ Não se pode confundir a regulação com

⁸² É o caso, por exemplo, do INMETRO – Instituto Nacional de Pesos e Medidas, que embora exerça atividade reguladora não é independente.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁸⁴ SADDY, André. **Formas de Atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 372-273

⁸⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 38

poder de polícia porque não se trata de uma postura passiva de fiscalização, mas de uma postura ativa, impondo comportamentos aos mercados regulados.⁸⁶

Essa distinção entre regulação e poder de polícia, entretanto, não é unanimidade na doutrina. José Vicente Santos de Mendonça, por exemplo, embora reconheça as deficiências do conceito de poder de polícia quando aplicado a situações tipicamente regulatórias, como a incidência sobre os serviços públicos, afirma que, sendo o poder de polícia uma construção doutrinária, não haveria impedimento para que houvesse um alargamento do mesmo, um resgate do clássico conceito para que se adeque às necessidades contemporâneas.⁸⁷ Assim, poder de polícia e regulação seriam muito próximos porque esta é a aplicação adaptada daquele.

Fundamental frisar ainda que se trata de intervenção indireta, na adoção de normas e atos estatais necessários para seu cumprimento sem que haja aplicação de recursos estatais para o desempenho direto de atividade econômica. É atividade de natureza repressiva e promocional, com objetivo de modificar a conduta dos agentes públicos e privados. Outra diferenciação importante em relação ao conceito trazido do exterior é que a regulação não serviria apenas ao propósito de corrigir falhas de mercado e zelar pela eficiência econômica, mas também tem um papel realizador de direitos fundamentais, ancorado na constitucionalismo garantista que orienta o Estado brasileiro desde 1988.⁸⁸

No mesmo sentido é o posicionamento de Alexandre Santos de Aragão, que define a regulação como

o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis.⁸⁹

Em conclusão, a regulação estatal da Economia à brasileira é ampla se comparada com o conceito trazido do exterior, pois se adequa à realidade nacional, em que o Estado é responsável por diversos serviços públicos mercedores de regulação e que é responsável pela satisfação de diversos direitos fundamentais que extrapolam a postura negativa de não-interferência na autonomia do particular. Significa dizer que a regulação brasileira não incide

⁸⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal**. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 137.

⁸⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**: A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 318-319.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 532-533.

⁸⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras**: e a evolução do direito administrativo econômico. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 40.

somente sobre particulares e não se preocupa somente com falhas de mercado e com eficiência econômica, é mais sem que se perca a tangibilidade conceitual.

O presente trabalho ao se referir à regulação – e à metarregulação – estará fazendo menção à regulação realizada pelo Estado no domínio econômico, utilizando a interpretação mais aceita do vocábulo no contexto jurídico brasileiro. Não se pretende com essa opção desconsiderar outras formas não-estatais de regulação, apenas delimitar o objeto de pesquisa.

1.3. Estado e economia na Constituição brasileira

A Constituição Federal de 1988 dedica seu Título VII para a Ordem Econômica e Financeira. Seu Capítulo I se refere aos princípios gerais da atividade econômica. São onze artigos dedicados à relação entre Estado e mercado, criando campos de atuação e restrição tanto para o Estado quanto para os particulares. O presente subcapítulo tem como objetivo analisar o direito constitucional econômico, abordando a recepção do texto constitucional a partir do debate sobre a subsidiariedade e uma eventual necessidade de abstenção estatal, as formas que a doutrina trabalha as intervenções do Estado no domínio econômico e como a regulação é entendida a partir do texto constitucional, em sua redação original e emendas.

Dedicar uma porção do texto constitucional à ordem econômica não foi uma inovação da Constituição de 1988. Assim também foi feito pelas Constituições de 1967 e pelo texto da Emenda nº 1 de 1969. Na ordem constitucional anterior havia disposição em que se estabelecia a preferência às empresas privadas do exercício das atividades econômicas e que ao Estado caberia o estímulo. (art. 163 e art. 170 dos textos de 1967 e 1969, respectivamente). O papel do Estado seria complementar ao da iniciativa privada ao organizar e explorar diretamente atividades econômicas. A intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade seria facultativo, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não pudesse se desenvolver em regime de concorrência e livre iniciativa. (art. 157, §1º e art. 163 dos textos de 1967 e 1969, respectivamente). Esse caráter complementar da intervenção estatal é identificado como subsidiariedade.

Há parte da doutrina que defende que a Constituição de 1988 também adotou a subsidiariedade⁹⁰, ainda que em outros termos, no artigo 173, em que ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividade econômica só seria permitida quando

⁹⁰ É, por exemplo, o caso de Maria Sylvia Zanella di Pietro. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Direito Administrativo Brasileiro Sob Influência dos Sistemas de Base Romanística e da Common Law. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Nº 8 nov/dez 2006-jan 2007.

necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Se por um lado o texto avança ao permitir somente os casos previstos no texto constitucional, enrigecendo as possibilidades, outrora passíveis de serem estabelecidas por lei, o texto deixa margem demasiadamente genérica com os conceitos de segurança nacional e relevante interesse público.

A discussão sobre a presença ou ausência da subsidiariedade na Constituição é importante para a regulação porque, ainda que se refira mais incisivamente sobre as intervenções diretas sobre o domínio econômico, caso se entenda como suplementar, o Estado teria que intervir de maneiras mais brandas, dentre elas através de regulações. Entender a posição da subsidiariedade é, portanto, relevante, para se entender o papel a ser desempenhado pela regulação no texto constitucional.

A análise etimológica de subsidiariedade remete ao latim *subsidium*, que significa ajuda ou socorro, não permitindo que se interprete a ação do poder público apenas como supletória, sendo apenas uma de suas facetas. Cabe ao poder público as funções de estímulo, orientação, coordenação, integração e, em último caso, suplência.

Nesse sentido, a iniciativa privada estará orientada e integrada e, caso necessário, suprida pela ação estatal. A intervenção do Estado, para além do vocábulo latino, é uma ajuda que promove, coordena, controle, vigia e, quando exigido, supre, por invocações do bem comum ou da justiça distributiva. Está embutida nesse conceito a ideia de que o Estado está a serviço do bem comum, ou seja, do desenvolvimento da responsabilidade e autodeterminação individual.⁹¹ O princípio da subsidiariedade é a oposição teórica ao paternalismo estatal⁹².

A ideia de subsidiariedade, a despeito da discordância de alguns autores, é amplamente atribuída à doutrina social da Igreja Católica, da Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII em 1891, reafirmada na Encíclica *Quadragesimo Anno* do Papa Pio X e consolidado na Encíclica *Mater et Magistra* do Papa João XXIII em 1961⁹³. Na doutrina cristã, o papel do

⁹¹ TORRES, Silvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 16-18.

⁹² Nesse sentido, ver TORRES, Silvia Faber. **Op Cit.** p. 104: "*Dessa forma, questionam assim o individualismo, considerado modelo de sociedade pelo qual as manifestações da vida social não são fim existencial do homem, mas originárias da ação individual, como o Estado paternalista, que acaba por impedir a auto determinação, o desenvolvimento da capacidade de iniciativa e a responsabilidade que são próprias do indivíduo, ao procurar lhes prover todas as necessidades.*"

⁹³ Como se constata do próprio texto da encíclica *Mater et Magistra*, em seu parágrafo 53, o princípio da subsidiariedade pode ser atribuído, como o conhecemos, à Encíclica *Quadragesimo Anno*: "*A ação desses poderes, que deve ter caráter de orientação, de estímulo, de coordenação, de suplência e de integração, há de inspirar-se no "princípio de subsidiariedade", [20] formulado por Pio XI na encíclica Quadragesimo Anno*"

Estado é visto como *"fornecer o conjunto de condições sociais que permitam aos cidadãos o desenvolvimento expedito e pleno de sua própria perfeição"*⁹⁴

Segundo Silvia Faber Torres, o princípio da subsidiariedade elaborado no seio da doutrina cristã foi oportunamente acolhido pelo direito público, como:

princípio diretor de um sistema ideal de distribuição de competências entre a comunidade maior e a comunidade menor, pelo qual os poderes devem ser exercidos de forma mais próxima possível do cidadão, só devendo as instâncias superiores intervir em nome da eficácia e da necessidade.

Embora se aplique a qualquer espécie de autoridade, o princípio da subsidiariedade, quando examinado no âmbito do direito público, terá sua mais isgnificativa expressão no domínio político e na relação entre o Estado e a sociedade civil.⁹⁵

O princípio da subsidiariedade rompe com o monopólio da Administração na prossecução do interesse público. A missão do Estado passa a ser subsidiária e transitória, valorizando a primazia da sociedade civil, com maior capacidade de iniciativa, liberdade, responsabilidade e confiança recíproca.⁹⁶

Para a autora, a Constituição de 1988 é um marco no processo de reestruturação do Estado inspirada pelo princípio da subsidiariedade, um Estado menos centralizador e mais coordenado com a sociedade. As várias previsões de coparticipação são exemplos do princípio da subsidiariedade, como a saúde (arts. 197 e 198, III), a assistência social (204, I), a educação (arts. 205 e 206, IV), entre outros.⁹⁷ Especificamente na ordem econômica, a autora defende que um dos objetivos precípuos do princípio da subsidiariedade é ser diretivo, harmonizando o poder público e a liberdade de que goza a iniciativa privada. Não caberia ao Estado substituir órgãos sociais em suas funções, sendo a atividade econômica essencialmente privada.⁹⁸

No âmbito constitucional econômico, estaria consagrado em seu texto originário a livre iniciativa e a economia descentralizada, restringindo a atuação estatal direta, cabendo ao Estado intervir somente por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo e ser supervisor da ordem econômica, impedindo abusos e desvio de poder econômico. Tal assertiva é depreendida do artigo 173, caput e 173, §4º da Carta.⁹⁹

A partir da adoção desse princípio, Di Pietro argumenta que privatizações de empresas estatais, a ampliação do fomento pelo Estado, novas formas de parceria entre entes públicos e

⁹⁴ Encíclica *Mater et Magistra*, parágrafo 65.

⁹⁵ TORRES, Silvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 34-35.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 36-37.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 149.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 154.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 157-158.

privados seriam consequências.¹⁰⁰ Como visto no subcapítulo anterior, as privatizações e a reformulação da administração público foram consequências de influxos internacionais e não por mandamentos constitucionais com resultados diferidos no tempo.

Como se pode depreender da doutrina que defende a subsidiariedade como princípio constitucional, conforme defendido pela professora Silvia Faber Torres, tal princípio é um mandamento ao Estado brasileiro, constitucionalmente previsto, em que cabe ao Estado um papel de baixa intervenção na esfera privada, sobretudo na ordem econômica. Essa posição, entretanto, não é unânime, pois, o "princípio da subsidiariedade", é uma decisão política e está previsto na Constituição ao lado de tantas outras formas legítimas de intervenção do Estado na economia. A subsidiariedade, como opção política da administração interventiva, deve se sustentar como a melhor política interventiva disponível. Como crítica à constitucionalidade do princípio da subsidiariedade, versa o professor José Vicente Santos de Mendonça:

não é princípio constitucional, mas diretriz político-administrativa de organização do Estado. É uma orientação política, que, boa ou má, deve ser aceita ou criticada em tal condição. A subsidiariedade econômica jamais poderia gozar de superconstitucionalidade dos princípios constitucionais porque isso significaria a constitucionalização de um modelo econômico de modo alienante a quem quer que dele discorde. [...]
o "princípio constitucional da subsidiariedade não é, e jamais poderia ser, ideologicamente neutro ou flexível, na medida em que se trata de uma proposição ideológica pertencente à faixa irreconciliável de uma doutrina abrangente específica: ela é proposição política do liberalismo econômico.
 Ou seja: a subsidiariedade é argumento político, não jurídica; ela habita o campo da política ordinária, não o terreno das garantias constitucionais fundamentais. (grifos do autor)¹⁰¹

Haveria subjacente à adoção da subsidiariedade como garantia constitucional um paradoxo: enquanto defende a autonomia individual, limita as escolhas democráticas que, em determinados momentos da vida republicana, podem acreditar ser a intervenção estatal a melhor escolha. Não veria, segundo Mendonça, o ser humano como um fim em si mesmo, mas como instrumento em direção a um propósito econômico.¹⁰²

A respeito da neutralidade dessa interpretação principiológica da subsidiariedade, a crítica mais contundente e relevante, segundo o autor é que ela seria ideológica, filiada à economia liberal, só aceitando o que está dentro de seu paradigma, transformando opiniões

¹⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Direito Administrativo Brasileiro Sob Influência dos Sistemas de Base Romanística e da Common Law. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Nº 8 nov/dez 2006-jan 2007, p. 14.

¹⁰¹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014, p. 266.

¹⁰² *Ibidem*, p. 267.

contrárias em espaços de não Direito. Não se poderia, portanto, adotando o liberalismo político e o conceito de razão pública rawlsiano, admitir que a subsidiariedade seja interpretada como princípio constitucional. Admitir tal interpretação seria, como se pode depreender do texto constitucional brasileiro, ignorar a realidade constituinte:

A Constituição de 1988 pronuncia-se sobre temas econômicos e, em alguns casos, assume posições no debate ideológico. Mas o texto da Constituição Econômica em vigor é, na essência, compromissório. É pleno de "compromissos dilatatórios", em ocasiões nas quais o constituinte originário não quis ou não conseguiu chegar a um consenso a respeito de um tema e remeteu sua resolução concreta ao trabalho de densificação infraconstitucional das gerações legisladores futuros. Não é um texto liberal: lê-lo assim é interpretar a Constituição "em tiras", na expressão de Eros Roberto Grau.¹⁰³

Tal conclusão é corroborada pela leitura do artigo 170 da Constituição, já mencionado. Ao lado de ideias como o valor social da livre-iniciativa estão ideias como o valor social do trabalho, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente e a redução das desigualdades regionais. O caráter compromissório e as diversas visões político-econômicas estão presentes no referido artigo. Não haveria, portanto, uma exigência de abstenção do Estado. As opções são políticas e enquadradas dentro de categorias vagas como segurança nacional e relevante interesse público. Não haveria, tampouco, impedimento para que novos monopólios estatais fossem criados, desde que sob a forma de emendas constitucionais.

Existem muitas formas de classificar as intervenções do Estado no domínio econômico. Primeiro cabe um esclarecimento sobre a própria concepção de intervenção: Eros Roberto Grau defende que intervenção não se confunde com ação estatal, isso porque *intervenção* indica a “*atuação em área de outrem*”, o que afastaria a possibilidade de se referir à prestação e regulação de serviços públicos como intervenção. Intervenção estatal necessariamente se refere à atuação estatal em área de titularidade do particular.¹⁰⁴¹⁰⁵

Entendida a dimensão da expressão *intervenção*, o autor defende uma classificação tripartite: (i) intervenção por absorção ou participação, em que o Estado intervém *no* domínio econômico, como agente econômico; (ii) intervenção por direção; e (iii) intervenção por indução. A intervenção por absorção se refere à modalidade de intervenção em que o Estado

¹⁰³MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo.** Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014, p. 269.

¹⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 90-91.

¹⁰⁵ Muitas outras classificações seriam possíveis. Apenas como exemplo, cita-se aqui a de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: intervenções regulatória; concorrencial; monopolista; e sancionatória. Já Luis Roberto Barroso subdivide a atuação estatal em três: atuação direta, fomento e disciplina.

assume na integralidade o controle dos meios de produção, atuando em regime de monopólio. A intervenção por participação é quando o Estado assume apenas uma parcela dos meios de produção e atua em regime de concorrência com empresas privadas.¹⁰⁶

As intervenções por direção e indução se referem à intervenção do Estado *sobre* o domínio econômico. A intervenção por direção se refere à modalidade em que o Estado exerce pressão sobre a economia com mecanismos e normas de comportamento de observância compulsória. Já a intervenção por indução trata da modalidade em que o Estado manipula os instrumentos de intervenção de acordo com as leis que regem o mercado¹⁰⁷ - i.e., influencia as decisões do mercado de maneira não coercitiva através de incentivos. A regulação, conforme conceito adotado no subcapítulo anterior, seria modalidade de intervenção primariamente diretiva, podendo adotar caráter indutivo em algumas de suas atuações.

Outra possível classificação é a elaborada pelo professor André Saddy, a partir das ideias formuladas por Eros Grau. A respeito especificamente das intervenções *sobre* o domínio econômico, o autor as classifica como *não prestacionais*, que se subdividem em ação não deontica e ação deontica. A ação não deontica se refere ao plano do *ser* e não produzem alterações no ordenamento e não usam de linguagem diretiva, trata-se de um sinal em alguma direção, sem exigir compromisso ou engajamento da iniciativa privada. Já as ações deonticas se referem ao plano do *dever ser* e implicam em alterações no ordenamento e uso de linguagem diretiva, sendo subdivididas em incitativas, em que se pretende o engajamento da iniciativa privada e em impositiva, que de maneira coercitiva faz a iniciativa privada agir forma desejada. A regulação é uma forma deontica de intervenção, lançando mão de estratégias impositivas e coercitivas para alcançar os resultados desejados pelo Estado.¹⁰⁸

Todas as formas de intervenção estão previstas na Constituição e se submetem aos princípios que fundam a ordem econômica, quais sejam, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. A valorização do trabalho se concretiza no texto constitucional principalmente no artigo 7º e também em outras partes da Constituição como a proteção ao trabalho de autores e inventores (art. 5º, XXVII), proteção de patentes (art. 5º, XXIX) entre outras. Já o princípio da livre iniciativa está desdobrado pelo texto constitucional, com a existência da propriedade

¹⁰⁶ ¹⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 143.

¹⁰⁷ Ibidem, pp. 143-144.

¹⁰⁸ SADDY, André. **Formas de Atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 211.

privada (art. 5º, XXII e art. 170, II), liberdade de empresa (art. 170, p.único), livre concorrência (art. 170, IV), entre outros.¹⁰⁹

Os princípios da ordem econômica são classificados pelo professor Luis Roberto Barroso em: princípios de funcionamento e princípios-fins. Princípios de funcionamento são aqueles que se referem às dinâmicas das relações e vinculam todos os agentes. São eles: a soberania nacional, a propriedade privada e sua função social, a livre concorrência e a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente. Tanto o Estado quanto os particulares, quando exercem atividade econômica, devem zelar por esses princípios.¹¹⁰

Já os princípios-fins definem os objetivos que a ordem econômica deverá atingir, estando presentes no caput do artigo 170 e em seus últimos incisos. São eles: a existência digna para todos, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e a expansão das empresas de pequeno porte. Os princípios-fins informam a política econômica do Governo, orientando-a na direção dos preceitos constitucionais.¹¹¹

Diante dessa classificação, o Estado tem o papel de promover os princípios de funcionamento e implementar políticas e programas para a realização dos princípios-fins. O papel da iniciativa privada é o de respeitar os princípios de funcionamento, possuindo também o direito subjetivo à livre concorrência.¹¹² É, por exemplo, o caso de um empresário que deve valorizar o trabalho humano ao remunerar de maneira digna seus funcionários, seguindo as normas do ordenamento jurídico, mas seria impensável defender que o empresário fosse responsável pela busca do pleno emprego em detrimento da viabilidade de sua atividade econômica. Cabe ao Estado, portanto, criar políticas que tenham como objetivo concretizar os princípios-fins, ainda que envolva a iniciativa privada, por meio de incentivos.

Além dos princípios inerentes à ordem econômica, o Estado deve seguir todos os demais princípios constitucionais cabíveis quando atuar no campo econômico. É o caso, por exemplo, dos princípios referentes à administração pública presentes no caput do artigo 37. Seja atuando diretamente por meio de empresa pública, seja fomentando ou regulando, o Estado deve respeitar a legalidade, a imparcialidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a relação entre Estado e particular quando da intervenção regulatória estatal. Enquanto uma ordem econômica “saudável” é um dever do Estado e dos particulares, tendo estes ainda um direito subjetivo. Zelar pela ordem

¹⁰⁹ BARROSO, Luis Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. In: **Revista Diálogo Jurídico**, n. 14, jun/ago de 2002, pp. 3-4.

¹¹⁰ Ibidem, pp. 8-11.

¹¹¹ Ibidem, pp. 11-12.

¹¹² Ibidem, pp. 13-15.

econômica é um dever constitucional do Estado a ser realizado dentro dos ditames da administração pública, tendo para isso que se proteger de interferências de particulares. Uma das possíveis interferências que os particulares podem exercer sobre o Estado quando da intervenção no domínio econômico é a captura regulatória, a ser desenvolvida no próximo capítulo.

2. Captura regulatória

A regulação estatal da economia, apesar de ser uma tendência no exterior e no Brasil, não esteve imune a críticas ao longo dos anos. Uma das principais e mais contundentes críticas à intervenção do estado no domínio econômico através da regulação é a teoria da captura regulatória, atacando a própria capacidade do Estado intervir com independência técnica no mercado. Para os autores que defendem a captura, a regulação seria – através de variadas maneiras – deturpada pelos interesses dos grupos econômicos que motivaram a adoção da regulação em primeiro. O presente capítulo tem como objetivo explorar a captura regulatória como fenômeno, conhecer sua origem teórica, os mecanismos utilizados pelos grupos econômicos trabalhados pela literatura e identificar três elementos comuns dentre os diversos autores da teoria para, no próximo capítulo, analisar a hipótese da pesquisa.

Na primeira parte do capítulo se apresenta a origem da captura regulatória, a teoria de George Stigler desenvolvida em 1971 e aborda conceito correlatos para que se analise o desenvolvimento da teoria da captura regulatória que sucedeu a obra do autor, tais como o *rent seeking*, a lógica da ação coletiva dos grupos de interesse e a corrupção institucional. Na segunda parte discorre sobre a teoria da captura a partir dos autores que seguiram Stigler. Na terceira parte são analisados os desenvolvimentos contemporâneos da teoria da captura regulatória. Por fim, a quarta parte do capítulo realiza uma análise das teorias e estabelece três elementos comuns que serão utilizados para testar a hipótese da pesquisa, a falta de clareza dos objetivos regulatórios, a falta de instrumentos de medição dos impactos e o desequilíbrio de forças entre as partes interessadas.

2.1. Conceitos preliminares: ferramentas de análise

A tese da captura regulatória surge após o final da Segunda Guerra Mundial como uma crítica genérica do Estado regulador americano. Apesar de os primeiros pensadores não utilizarem o termo “captura regulatória”, a noção de que instituições republicanas e democráticas estavam não só sujeitas mas inclinadas à corrupção era clara. Há, segundo William J. Novak, um consenso extraordinário sobre a origem da teoria da captura, atribuída à

Escola de Chicago e George Stigler. Entretanto, outras aparições anteriores merecem ser mencionadas.¹¹³

A primeira tese sobre captura regulatória aparece não na economia e no direito, mas na ciência política e na administração pública. Samuel P. Huntington em *The Marasmus of the ICC* de 1952 mostra como a regulação pode ser adquirida pela indústria a partir da análise da *Interstate Commerce Commission*. A partir da ideia de marasmo, uma metáfora biológica, o autor identificava o declínio da referida agência não pelo decurso do tempo ou inércia, mas pela ação corrosiva e infecciosa que os interesses da indústria ferroviária exercia sobre a entidade. A conclusão era de que a ICC deveria ser extinta, pois se o argumento para sua existência é a imparcialidade e técnica de suas decisões, quando se perde tais características a razão de existir cessa.¹¹⁴

Outro importante desenvolvimento da tese de captura das agências foi feita pelo também cientista político Marver H. Bernstein em *Regulating Business by Independent Commission* de 1955. A análise se estende por outras seis agências reguladoras americanas e prossegue no uso de metáforas biológicas. Bernstein utiliza o conceito de ciclo da vida para explicar o processo de captura da agência.¹¹⁵ As agências reguladoras possuíam quatro fases no seu ciclo de vida: a gestação, a juventude, a maturidade e a velhice. É no processo de maturidade que a agência começaria a se render aos interesses dos regulados, tornando-se refém dos seus interesses. O período da velhice, de debilidade, assemelha-se ao anterior, mostrando incapacidade de agir com independência em relação aos grupos de interesse que deveria regular.¹¹⁶

2.1.1. A obra seminal: George Stigler a teoria econômica da regulação

Em *The theory of economic regulation* de 1971, George Stigler – um dos mais notórios membros da Escola de Chicago, responsável no campo da ciência econômica à reação ao keynesianismo e ressurgimento da teoria liberal nos Estados Unidos - desenvolve a relação entre os potenciais usos dos recursos e poderes públicos em benefício de determinados grupos econômicos e um esquema de demanda de regulação, a partir da ciência econômica. O campo de análise deixa de ser a ciência política e passa a ser o da ciência econômica, que ganhava

¹¹³ NOVAK, William J. A Revisionist History of Regulatory Capture. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (eds.) **Preventing Regulatory Capture: special interest influence and how to limit it**. New York: Cambridge University Press, 2014.

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ Idem

¹¹⁶ POSNER, Richard A. The Concept of Regulatory Capture: a short, inglorious history. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (eds.) **Preventing Regulatory Capture: special interest influence and how to limit it**. New York: Cambridge University Press, 2014.

força no período. A aplicação da racionalidade econômica em áreas anteriormente não exploradas pelos economistas é uma marca do período, com o desenvolvimento da *public choice* e da análise econômica do direito. Posteriormente essa obra ficou conhecida por muitos, sobretudo na ciência econômica, como a fundadora da teoria da captura regulatória, muito embora, como visto, a teoria já tivesse sido proposta em outras obras.

A influência da teoria da *public choice* sobre a teoria da captura de Stigler é um fruto do seu tempo, embora o autor não seja classificado como parte da *public choice*. Em 1962 fora publicado *The Calculus of Consent* de James M. Buchanan e Gordon Tullock, que aborda o processo político a partir da racionalidade da ciência econômica, em que os agentes políticos, visando maximizar seus benefícios, atuam conforme demandas daqueles que podem satisfazer suas necessidades, o que frequentemente se traduz em votos. Buchanan define a *public choice* como um programa de pesquisa que incorpora a aceitação de pressuposições rígidas, que no caso da *public choice* são o individualismo metodológico¹¹⁷, a *rational choice*¹¹⁸ e a política como troca (*politics-as-exchange*). Os dois primeiros são os alicerces da ciência econômica básica.¹¹⁹

Após o final da Segunda Guerra Mundial, os governos das democracias ocidentais alocavam de um terço até metade do seu produto interno bruto através de instituições políticas, ao invés de através dos mercados. Os economistas, por outro lado, focavam seus esforços quase que exclusivamente em entender o funcionamento dos mercados, enquanto nenhuma atenção era dada aos processos de tomada de decisão políticos e coletivos. É para preencher essa lacuna que surge a *public choice*, embora não tenha sido a única – outros autores como Duncan Black e Kenneth Arrow produziram ideias com grande repercussão a respeito dos processos políticos.¹²⁰

Diversas subdivisões podem ser atribuídas ao termo guarda-chuva da *public choice*, tais como a formação de coalizões, a análise econômica da anarquia, a manipulação da agenda política e tantas outras aplicações da metodologia econômica ao cenário político. Na presente

¹¹⁷ O individualismo metodológico (*methodological individualism*) é uma ideia atribuída à Max Weber em *Economy and Society* (1922), embora tenha sido cunhado por Joseph Schumpeter em 1908 para se referir às ideias de seu professor Weber. Refere-se à afirmação de que os fenômenos sociais devem ser explicados demonstrando-se como eles resultam de ações individuais. Ou ainda que explicações “macro” de fenômenos sociais devem ser oferecidas com fundações “micro”. Não se confunde, como o próprio Weber alertava, com um sistema de valores focado no indivíduo. Cf. HEALTH, Joseph. Methodological Individualism. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Primavera de 2015.

¹¹⁸ A teoria da escolha racional (*Rational choice theory*) refere-se à abordagem de que os indivíduos possuem preferências e agem de acordo com elas.

¹¹⁹ BUCHANAN, James M. **Public Choice: The Origins and Development of a Research Program**. Fairfax: Center for Study of Public Choice, 2003. p. 1

¹²⁰ *Ibidem*, pp. 1-2

pesquisa destacamos duas ideias que podem ser identificadas como influência da teoria da captura de George Stigler e que repercutem por toda a evolução do conceito ao longo dos anos: o conceito de *rent seeking* e a lógica da ação coletiva e como ela afeta a influência sobre as decisões públicas.

Primeiro será apresentada a teoria da regulação econômica desenvolvida por George Stigler e, posteriormente, serão apresentados os conceitos da *public choice* e, por fim, o conceito de corrupção institucional. Segundo Stigler, o Estado, através de seu maquinário e poder estatal, é um recurso e uma ameaça em potencial a toda indústria na sociedade. Seus poderes de proibir ou obrigar, de dar ou tomar dinheiro podem, de maneira seletiva, ajudar ou prejudicar um vasto número de indústrias. A partir dessa ideia, a tarefa de uma “*teoria da regulação econômica*” é entender quem se beneficiará ou prejudicará com os fardos da regulação, qual forma a regulação vai tomar e quais os efeitos da regulação sobre a alocação de recursos. Sua tese central é que a regulação é adquirida pela indústria e é desenvolvida e operada primariamente em seu benefício.¹²¹

Até então, duas visões sobre a regulação eram amplamente difundidas. Para a primeira, a regulação era instituída para proteção e benefício de todo o público ou de parcelas substanciais do público – uma teoria de interesse público. Seguindo essa teoria, uma regulação que onera o público é um custo de algum objetivo social – Stigler utiliza o exemplo das cotas de importação de petróleo, que encarecem os preços dos produtos derivados no mercado interno mas têm como objetivo a defesa nacional – ou uma deturpação da “*filosofia regulatória*”.¹²²

A segunda corrente é a de que o processo político – que desenvolve a regulação – desafia as explicações racionais. A política seria imponderável, uma mistura de forças constante e imprevisível que abarca gestos de grande virtude moral e corrupções.¹²³ Tentar compreender as razões que motivam determinada regulação seria, portanto, inócuo. Influenciado pelas ideias da *public choice*, Stigler aborda de maneira diferente, considerando o processo político como racional e instrumento capaz de cumprir os desejos dos membros da sociedade. Entretanto, não quer com isso afirmar que o processo político existe para satisfazer o interesse público, mas sim que o problema da regulação é descobrir quando e por quê uma indústria ou grupo de pessoas é capaz de usar o Estado para seus próprios fins privados.

¹²¹ STIGLER, George J. Theory of Economic Regulation. In: **The Bell Journal Economics and Management Science**. Vol. 2 No. 1 1971, p. 3.

¹²² Idem

¹²³ Ibidem, p. 4.

O autor afirma que o Estado possui um recurso que não divide com nenhum cidadão, o poder de coagir. O Estado é o único capaz de tomar dinheiro por meios lícitos numa sociedade civilizada, pela tributação. O Estado pode ordenar decisões econômicas de cidadãos e firmas sem seus consentimentos e é nesse poder que reside a possibilidade de utilização das prerrogativas estatais por indústrias para aumentar seus lucros. Stigler separa as formas como o Estado pode contribuir para uma indústria em quatro categorias: o subsídio direto de dinheiro – e podemos inserir também nessa categoria os incentivos fiscais em sentido amplo; o controle de entrada de rivais nos mercados – e também políticas que diminuam o crescimento de novas firmas; a regulação de bens substitutos e bens complementares¹²⁴; a fixação de preços.¹²⁵

Para o autor, para se compreender como uma indústria é capaz de empregar maquinário político para seus próprios fins, é necessário examinar o processo político. A primeira característica a se considerar é que o processo político é coercitivo, diferente dos processos de mercado. O autor se refere ao exemplo de uma decisão sobre qual meio de viagem deve receber subsídios, em que viajantes e não-viajantes tomarão a decisão coletivamente, cabendo a todos cumpri-la. Essa universalidade obrigatória do processo político faz com que as decisões políticas e as decisões de mercado tenham diferenças fundamentais.¹²⁶

A necessidade de que as decisões políticas sejam tomadas simultaneamente por um grande número de pessoas faz com que o processo político seja altamente custoso, tornando proibitivo o voto individual em todas as questões e fazendo necessário que haja representantes, com alto grau de discricionariedade, descartando mudanças marginais nas preferências. Além disso, o processo de decisão democrático deve envolver toda a comunidade e não apenas os afetados diretamente por uma decisão. Em um ambiente de mercado, um indivíduo não interessado em viajar não votaria em decisões sobre transporte aéreo ou ferroviário, por exemplo.¹²⁷

Partidos políticos e seus membros são recompensados pela descoberta e satisfação dos desejos políticos de seus eleitores ao serem eleitos. Se os políticos pudessem aguardar a reeleição sempre que votassem contra uma política econômica que lesasse a sociedade,

¹²⁴ Bens substitutos se referem aos bens que consumidores consideram como oferecendo a mesma utilidade que suas alternativas, como por exemplo manteiga e margarina. Bens complementares se referem aos bens que são consumidos em conjunto com outro, como por exemplo carros e gasolinas. Cf. RUTHERFORD, Donald. **Routledge Dictionary of Economics**. Second Edition. London: Routledge, 2002. Sendo assim, é do interesse de uma indústria se apoderar do monopólio estatal da coerção para interferir negativamente na produção de bens substitutos e incentivar a produção de bens complementares.

¹²⁵ STIGLER, George J. Theory of Economic Regulation. In: **The Bell Journal Economics and Management Science**. Vol. 2 No. 1 1971, p. 4-6.

¹²⁶ Ibidem, p. 10.

¹²⁷ Idem.

certamente o fariam, mas a virtude nem sempre é tão recompensada no cenário político. Se um representante nega subsídios a grandes indústrias, elas se dedicarão a eleger um sucesso mais alinhado aos interesses delas. Isso não significa afirmar que toda indústria consegue o que ou tudo o que quer, mas que os políticos eleitos devem encontrar uma coalizão de interesses mais durável que o lado anti-indústria de toda proposta econômica. Um político não pode se eleger ou manter seu mandato lutando contra os interesses de todas as indústrias.¹²⁸

Uma indústria que deseja poder político deve procurar o vendedor, o partido político. Os partidos possuem custos operacionais de manutenção, que se prolongam no tempo muito além dos processos eleitorais. Portanto, a indústria que desejar uma regulação deve estar preparada para pagar com as duas necessidades de um partido: votos e recursos. Os recursos podem ser pagos através de doações de campanha, serviços ou a contratação de membros do partido. Os votos a favor podem ser conseguidos ou os contrários podem ser contornados através de programas de (des)educação dos membros da indústria, por exemplo.¹²⁹

2.1.2. Fundamentos teóricos: rent seeking, grupos de interesse e corrupção

No artigo *The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft* de 1967, Gordon Tullock desenvolveu o conceito que viria a ser conhecido como *rent seeking* – embora o autor não utilize essa nomenclatura na obra.¹³⁰ Ao analisar o estabelecimento de tarifas pelo governo – uma forma amplamente utilizada para evitar a entrada de novos agentes em determinado mercado – o autor realiza uma comparação entre o comportamento dos agentes econômicos com o comportamento do ladrões.

Afirma o autor que, geralmente, uma tarifa não é imposta pelo governo por conta própria. Para que isso aconteça é necessário que haja *lobby* através de gasto de recursos no processo político. É possível se imaginar que um produtor investiria recursos em *lobby* até que cada dólar investido fosse igual ao retorno esperado. Esses dólares gastos no direcionamento do processo político são, do ponto de vista da sociedade, um desperdício, pois não estão sendo gastos em aumentar a riqueza, mas em tentativas de transferir ou resistir à transferência de riqueza.¹³¹

¹²⁸ STIGLER, George J. Theory of Economic Regulation. In: **The Bell Journal Economics and Management Science**. Vol. 2 No. 1 1971, p. 10.

¹²⁹ Ibidem, pp. 10-11.

¹³⁰ A nomenclatura *rent seeking* é comumente atribuída à Anne Krueger, que em 1974 desenvolveu análise do caráter competitivo da atividade. Cf. KRUEGER, Anne O. The Political Economy of the Rent-Seeking Society. In: **The American Economic Review**, vol. 64, n. 3, junho de 1974, pp. 290-303.

¹³¹ TULLOCK, Gordon, The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft. In: **Western Economic Journal** 5:3, 1967, p. 228.

Da mesma maneira acontece com os roubos: há a transferência de riqueza de uma pessoa para outra – da vítima para o ladrão – sem que o total de riqueza seja modificado. Entretanto, para evitar tal transferência de riqueza, as potenciais vítimas passariam a investir em segurança, com trancas sofisticadas, vigilância e armas e, do outro lado, o criminoso passaria a investir em formas de superar a segurança cada vez mais elaborada. Em algum momento esses dois esforços atingiriam um equilíbrio e o mesmo seria extremamente custoso para a sociedade. Entretanto, embora as transferências não custem nada para a sociedade, os investimentos para forçar ou impedir que elas aconteçam são um verdadeiro desperdício.¹³²

O custo total do roubo é a soma dos esforços investidos na atividade do roubo, os investimentos na proteção contra o roubo e o investimento público em proteção policial. O roubo em si é apenas uma transferência e não tem nenhum custo de bem-estar, mas o potencial de roubo resulta na canalização de recursos para outros campos que não produzem nenhum produto positivo. O problema das transferências de renda não está diretamente ligado às perdas de bem-estar, mas no fato de que as pessoas investirão recursos tentando obter ou prevenir tais transferências.¹³³

Quando analisada a situação de monopólios fica ainda mais clara a prática do *rent seeking*. É esperado que com um prêmio tão grande – um mercado operado por apenas um agente econômico – muitos recursos sejam gastos na tentativa de monopolizá-lo. Empreendedores investiriam recursos na tentativa de formar um monopólio até que o custo marginal igualasse o retorno. Assim como um roubo bem sucedido estimula outros ladrões a cometer o delito e as vítimas a se protegerem, o estabelecimento de um monopólio ou a criação de uma tarifa estimulam um gasto maior de recursos para futuras transferências de renda.¹³⁴

Um problema ainda maior é que muitos dos custos associados aos monopólios estão espalhados por empresas que não detêm o monopólio, mas que arriscam recursos na tentativa de estabelecer um. O custo total de um monopólio deve ser medido pela soma dos esforços para conseguir se estabelecer tanto das empresas bem sucedidas quanto das que falharam. O *rent seeking* é um tipo de “investimento” desperdiçado do ponto de vista social.¹³⁵

A busca de renda (*rent seeking*) não se confunde, portanto, com a busca de lucro (*profit seeking*), já que o primeiro é o desperdício de recursos para influenciar a transferência de uma

¹³² TULLOCK, Gordon, The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft. In: **Western Economic Journal** 5:3, 1967, p. 230.

¹³³ Ibidem, p. 221.

¹³⁴ Ibidem, p. 231.

¹³⁵ Ibidem, p. 232.

renda, mas não desenvolvê-la. Já na busca de lucro tem-se a expectativa de que o excesso de retorno motive atividades que gerem valor economicamente.¹³⁶

Entender o funcionamento da pressão que se exerce sobre os reguladores para que ocorra a captura regulatória é outra etapa fundamental para a compreensão do fenômeno. Embora Stigler mencione durante o desenvolvimento de sua teoria que a regulação pode ser adquirida por grupos de interesses que podem ser tanto as indústrias quanto consumidores ou outros interessados, a partir da análise da lógica da ação colectiva é possível perceber que a probabilidade de uma regulação ser adquirida pelas indústrias é muito maior do que por qualquer outro grupo interessado.

Em 1965, Mancur Olson escreve *The Logic of Collective Action* em que rompe com a teoria dos grupos até então vigente a partir do olhar da *public choice*. O autor afirma que um dos propósitos de uma organização, sobretudo daquelas que possuem interesses econômicos, é a persecução do interesse de seus membros. Essa ideia não apresenta em si nenhuma inovação, já que, desde pelo menos Aristóteles, a compreensão de que homens se associam politicamente para a vantagem do coletivo é conhecida.¹³⁷

A teoria tradicional sobre o comportamento de grupos assume implicitamente que grupos privados e associações operam de acordo com princípios completamente diferente daqueles que orientam as ações de firmas no mercado ou entre os contribuintes de tributos e o Estado. O autor reconhece a simplicidade de abordar todos os autores que escreveram sobre o comportamento de grupos em uma única “teoria tradicional”, mas afirma que eles podem ser divididas em sua forma mais casual e em sua forma mais formal. A forma casual corresponde à compreensão de que a formação de grupos e organizações privadas é ubíqua, ou seja, que o homem está propenso a formar e se associar a grupos – é o que defendia Aristóteles, por exemplo. A compreensão formal não se baseia no instinto de se associar, mas na explicação da evolução de uma sociedade rudimentar para uma sociedade moderna, da transição de pequenos grupos, quase sempre familiares, para grupos estruturados com a finalidade de garantir funcionalidades outrora garantidas pelos pequenos grupos. A associação voluntária poderia ser explicada pelo fato de desempenhar uma função – satisfazer uma demanda – que pequenos grupos não seriam capazes de desempenhar, isto é, a demanda ou interesse oferece o incentivo para a formação e manutenção da associação voluntária. Outra característica da teoria

¹³⁶ TOLLISON, Robert D. Rent Seeking: A Survey. In: **Kyklos**, vol 35, fasc. 4, 1982, p. 575.

¹³⁷ OLSON, Mancur. **The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups**. 20ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002, pp. 5-6.

tradicional em qualquer das suas formas é que grupos, sejam eles grande ou pequenos, atraem os indivíduos pelas mesmas razões – A diferença seria em grau, mas não em gênero.¹³⁸

O obstáculo à visão de que grupos grandes ou pequenos operam de acordo com os mesmo princípios está no fato de que, embora seus membros queiram bens que beneficiarão todos os demais membros do grupo, os mesmos membros não têm interesse em pagar o custo para obter esse bem coletivo. A relação entre esses interesses conflitantes é fundamentalmente diferente dependente do tamanho do grupo e é onde Olson diverge das teorias tradicionais sobre o comportamento de grupos e associações.

Primeiro, o autor discorre sobre a dinâmica de entrada e saída de indivíduos dos grupos: indústrias e grupos com interesses no mercado diferem de maneira fundamental de grupos sem interesses no mercado. Uma firma de uma indústria quer manter e aumentar sua fatia de mercado e quer que o maior número possível de firmas sejam diminuídas até que reste apenas uma – seu ideal é o monopólio. Já grupos que buscam bens coletivos, o comportamento é o oposto, em que quanto mais indivíduos melhor as condições de dividir os custos e conseguir o benefício para todos – um aumento no tamanho do grupo não significa competição, mas sim menores custos para todos. Em situações de mercado, o benefício coletivo – o maior preço – é tal que, caso uma firma venda mais por aquele preço, outras terão que vender menos, então o benefício é fixado na oferta. Já em situações fora do mercado, o benefício não é fixado na oferta. Enquanto somente alguns podem usufruir da venda a preço mais alto sem que o preço caia pelo excesso de oferta, todos os membros de uma organização podem ser beneficiar de um *lobby*, por exemplo. Os bens que só podem ser usufruídos por alguns indivíduos a ponto de incentivar a tentativa de diminuir o tamanho do grupo são chamados de “bens coletivos exclusivos”. Os bens que podem ser usufruídos por todos os membros do grupo em situações em que quanto maior o grupo melhor, são chamados de “bens coletivos inclusivos”.¹³⁹

Um grupo ser inclusivo ou exclusivo não está na sua natureza, mas sim na natureza do seu objetivo. O mesmo grupo de firmas, por exemplo, pode ser exclusivo quando interessado em fixar maiores preços, buscando a diminuição das firmas naquela indústria e pode ser inclusivo quando as firmas se unem para realizar *lobby* para menores taxas, tarifas de entrada ou alguma outra forma de política governamental.¹⁴⁰

¹³⁸ OLSON, Mancur. **The Logic of Collective Action**: Public Goods and the Theory of Groups. 20ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002, pp. 16-20.

¹³⁹ Ibidem, pp. 36-38.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 39.

A relação entre indivíduos em grupos inclusivos e exclusivos é diferente sempre que os grupos são pequenos e a ação individual tem efeito perceptível para os demais membros. Em grupos exclusivos os indivíduos devem considerar as reações, pois qualquer comportamento orientado ao grupo deve ter cem por cento de participação, já que além de rivais de cada um, é necessário que sejam colaboradores em qualquer ação colusiva – determinada firma que não participasse de uma atitude colusiva poderia usar tal fato para prejudicar as demais e se beneficiar, ganhando poder de barganha. Já em grupos inclusivos a barganha é muito menos comum, porque não se pretende diminuir o número do grupo.¹⁴¹

A relação estratégica entre membros que acontece em pequenos grupos exclusivos também é particularmente importante para grupos inclusivos de determinado tamanho que não seja tão pequeno que um indivíduo considere suficientemente vantajoso adquirir o bem por conta própria mas que é pequeno o suficiente para que a tentativa (ou a falta de tentativa) de obter o bem coletivo por determinado indivíduo seja perceptível – é o que o autor chama de grupos intermediários.¹⁴²

Em grupos pequenos, é de se presumir que o bem será providenciado pelo indivíduo que o valoriza o suficiente para adquirir sozinho – é o que o autor chama de grupos privilegiados - e em grupos grandes em que a contribuição individual não é perceptível é de se presumir que o bem não será providenciado sem que haja sanção ou incentivo para o adimplemento com o grupo – é o que o autor chama de grupos latentes e, caso existam as sanções ou incentivos para arregimentar o grupo para seu objetivo, serão grupos latentes mobilizados. No primeiro caso não é necessário nenhum tipo de coordenação entre os membros do grupo, já no segundo é extremamente importante que haja incentivos para que o indivíduo participe, seja através da punição ou de benefícios para seus membros – é o caso, por exemplo, de associações de classe que não permitem o exercício da profissão sem o devido registro e adimplemento e também oferecem descontos e serviços a custo reduzido para seus membros.¹⁴³

Os indivíduos que participam de um grupo grande e que optam por não participar na busca do bem coletivo, mas que usufruem dele são chamados de *free riders* (caroneiros, em tradução livre) – eles pegam carona nos esforços dos demais membros do grupo. Stigler em 1974 apresentou um apêndice ao *Theories of Economic Regulation* – texto de Richard Posner que será analisado no subcapítulo seguinte - em que aborda brevemente a teoria dos grupos de

¹⁴¹ OLSON, Mancur. **The Logic of Collective Action**: Public Goods and the Theory of Groups. 20ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002, pp. 41-42.

¹⁴² Ibidem, pp. 49-51.

¹⁴³ Idem.

interesse e os *free riders*. Para o autor, diferente do que fora preconizado por Olson, o caroneiro não usufrui de graça dos benefícios (*free*), mas os benefícios coletivos são conseguidos de forma mais barata. Isso porque o caroneiro incorre em dois custos ao não participar: o aumento da probabilidade de que um número suficiente de pessoas não participe e, portanto, que o ganho não ocorra e que ainda que haja um número suficiente de indivíduos buscando o bem, essa busca não será na mesma escala da hipótese de todos participarem.¹⁴⁴

Há também um problema de assimetria na formação de grupos de interesse. Para simbolizar tal problema, Stigler dá o exemplo da indústria de cigarros, em que 4 empresas correspondem a 66% da indústria e que para totalizar seria necessária a participação de mais quase duas centenas de empresas. As indústrias conseguem em alguma medida superar o problema da assimetria e dos caroneiros ao formar coalizões que representam o interesse das minorias presentes no grupo, incentivando que os pequenos participem dos esforços coletivos.

A teoria dos grupos de interesse é particularmente útil para compreender por que a captura regulatória é mais provável de ocorrer por ação das firmas e não de outros grupos de interesse. A regulação – intervenção indireta do Estado no domínio econômico – é um bem a ser adquirido, segundo Stigler. Ela pode se dar na forma de barreiras de entrada, aumento ou diminuição de exigências para comercialização de determinado produto, formas de licenciamento, entre outras medidas que podem ser entendidas como bens coletivos para as firmas que já estão no mercado. Seguindo a teoria de Olson, é racional que essas firmas se unam para adquirir coletivamente a regulação, distribuindo os custos e usufruindo coletivamente do benefício, assim como também é racional que os outros grupos de interesse afetados também se unam para essa aquisição.

Então seria mais provável que a captura ocorra por ação das firmas? Se se entender como correta a teoria de Olson sim, porque elas têm maior capacidade de organização e são um grupo menor – privilegiado ou intermediário – o que facilita a coordenação dos interesses e dos esforços de seus membros em prol do objetivo. Dificilmente os grupos de firma serão grandes o suficiente para que precisem de uma organização formal que precise de sanção ou incentivo. Enquanto do outro lado, trabalhadores e consumidores correspondem a um grupo extremamente grande, com grande dificuldade de organização e de alinhamento de interesses. Em raras ocasiões esses grupos conseguem se organizar, enquanto as firmas estão, como regra, sempre

¹⁴⁴ STIGLER, George. Free Riders and Collective Action: Na Appendix to Theories of Economic Regulation. In: **The Bell Journal of Economics and Management Science**. Vol. 5, n. 2, outono de 1974, p. 359.

organizadas em prol de seus interesses – através da constante atividade de *lobby* por exemplo.¹⁴⁵ Caso se considere a premissa de Stigler correta – e o tema será desenvolvido quando da análise da teoria de Posner no subcapítulo seguinte – a obtenção da regulação não necessariamente acontecerá por pequenos grupos de firmas, porque a assimetria e a formação de coalizões modificariam a dinâmica de cooperação entre os membros do grupo.

Robert Tollison faz sucinta e precisa análise sobre a relação entre a teoria dos grupos (de interesse) e a prática do *rent seeking*. A primeira se refere à prática do *lobby*, a compreensão de como ele ocorre e quais as condições necessárias para a formação de grupos capazes de engendrar tal atividade. Já a compreensão do *rent seeking* se refere aos efeitos econômicos da prática do *lobby*. Embora muito próximas, essas ideias não se confundem, mas se complementam.¹⁴⁶

A captura regulatória ocorre por meios lícitos e ilícitos, portanto, é fundamental compreender que a captura não se confunde com corrupção, ou pelo menos com a noção do crime de corrupção previsto, na modalidade ativa no Código Penal em seu artigo 333: “Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício” e na modalidade passiva no artigo 317: “Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”. O resultado esperado da captura regulatória pode ser alcançado por meios ilícitos como a corrupção, mas há também uma variedade de condutas lícitas engendradas pelo agente regulado a fim de obter o resultado da regulação.

Há uma distinção pertinente entre corrupção individual e corrupção institucional que ajuda a compreender a profundidade do fenômeno da captura regulatória. A corrupção individual é o ganho ou benefício pessoal por um agente público em troca de promover o interesse privado. A corrupção institucional é o ganho ou benefício político por um agente público em condições que, em geral, tendem a promover os interesses privados.¹⁴⁷

A diferença sutil entre os dois conceitos está nos ganhos ou benefícios. Por ganho ou benefício pessoal se entende os bens que são usáveis na busca do interesse individual sem necessariamente estarem atrelados à atividade política e não são produtos essenciais da realização de suas funções públicas, tais como dinheiro, viagens e favores sexuais. O ganho ou

¹⁴⁵ OLSON, Mancur. **The Logic of Collective Action**: Public Goods and the Theory of Groups. 20ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 143.

¹⁴⁶ TOLLISON, Robert D. The Interest-Group Theory of Government: Problems and Prospects. In: **Kyklos**, vol 54, 2001, p. 471.

¹⁴⁷ LESSIG, Lawrence. Institutional Corruptions. In: **Edmond J. Safra Working Papers**, n. 1, 2013, p. 1.

benefício político são usados primariamente no processo político e são obtidos necessariamente pela realização da função pública, tais como apoio político, contribuições de campanha e publicidade.

Não só os ganhos e benefícios diferem as duas formas de corrupção, mas também a forma como eles são obtidos. Enquanto na corrupção individual é necessário o estabelecimento de um motivo – ou seja, um entendimento claro de que determinada conduta é realizada em troca de um determinado benefício, já na corrupção institucional basta que haja uma tendência e uma regularidade, não sendo necessária a clareza da troca. A mazela da corrupção institucional é a corrosão da instituição, não permitindo horizontes para que seja diferente. É o exemplo dado por Lessig sobre o financiamento de campanha nos Estados Unidos: para que um candidato, por mais bem intencionado que seja, seja eleito, é necessário uma quantidade de dinheiro que apenas através do financiamento de empresas pode ser conseguido. Para angariar esse dinheiro, entretanto, o candidato deve se mostrar aberto à defesa dos interesses dessas mesmas empresas que financiam sua campanha.¹⁴⁸

Quando eleito, o político se encontra em um conflito: deve defender os interesses do povo que depositou nele seu voto e também deve defender o interesse de uma minoria que financiou sua chegada ao poder. O político depende desses dois grupos, que Lessig chama de corrupção de dependência. A instituição democrática deveria ser dependente somente dos eleitores e permitir que ela seja também dependente dos financiadores é uma forma de corrupção institucional, que irá produzir resultados diferentes daqueles que seriam produzidos sem a dupla dependência.¹⁴⁹

O que é distintivo da corrupção de dependência é que ela não pode ser identificada somente pela análise isolada do agente público, ela é um predicado do sistema, é a instituição como um todo que desenvolve o conflito de dependências e quando existe essa corrupção, até a conduta mais bem intencionada é parte dela.

A fragmentação da concepção de corrupção é importante ao se analisar o fenômeno da captura. Isso porque, como se verá no desenvolvimento do capítulo em seguida, muitas das formas de obtenção do resultado por parte do agente econômico não resulta em benefício pessoal para o regulador e muitas vezes ele percebe que sua decisão está sendo capturada. Apesar de a teoria da corrupção institucional ser desenvolvida em cima de um exemplo democrático, aplicá-lo à realidade da regulação, ou seja, de entidades que decidem pela técnica e não pelo processo democrático, também é possível, porque essas instituições e pessoas que a

¹⁴⁸ LESSIG, Lawrence. Institutional Corruptions. In: **Edmond J. Safra Working Papers**, n. 1, 2013, pp. 7-10.

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 16-18.

representam também possuem interesses e ganhos não necessariamente pessoais que podem ser manipulados pelo agente regulado. Esse entendimento de corrupção institucional não se aplicará a todas as formas de captura, mas será especialmente útil para determinadas teorias, sobretudo as mais sutis.

A partir da teoria desenvolvida por George Stigler e tida como o pontapé do desenvolvimento na ciência econômica da captura regulatória e com os três conceitos trabalhados no subcapítulo (*rent seeking*, teoria dos grupos de interesse e corrupção institucional) serão apresentados no próximo capítulo as diversas facetas que a captura ganhou ao longo dos anos na literatura.

2.2. Desenvolvimento da captura regulatória

A captura regulatória se desenvolveu na literatura após a publicação de George Stigler, primeiro com autores da Escola de Chicago e, posteriormente, com novas interpretações sobre o problema. O presente subcapítulo se dedica a apresentar o desenvolvimento da teoria a partir das ideias de Richard Posner em 1974 que junto de outros autores da Escola de Chicago se dedicaram a refinar a tese proposta por Stigler e Jean-Jacques Laffont, Jean Tirole que em 1991, diferentemente das ideias trabalhadas até então que analisavam a regulação do ponto de vista dos capturadores, passava a analisar a assimetria informacional entre agentes econômicos o governo que colocavam os particulares em situação de vantagem em relação aos reguladores – mais preocupados em por quê e quem obtinha a regulação, os autores franceses se dedicaram a responder como isso ocorre.

2.2.1. Richard Posner e a teoria dos cartéis

A tese de George Stigler de que a regulação seria um bem sujeito à lei da oferta e demanda a ser adquirida pelos grupos de interesse suscitou incursões de outros autores sobre o tema, seja para testar suas hipóteses ou para oferecer novas teorias sobre o fenômeno. Uma das mais importantes contribuições foi a de Richard Posner que, a partir da teoria de formação de cartéis, repensou o processo de funcionamento dos grupos de interesse, obra que recebeu, inclusive, um apêndice feito pelo próprio Stigler.

Em 1974, Richard A. Posner publica *Theories of Economic Regulation* tentando elucidar o que chamou de o grande desafio da teoria social: explicar o padrão da intervenção do governo no mercado, o que ele chamou de regulação econômica. Segundo o autor, duas teorias podem explicar a forma de intervenção do Estado na economia, a primeira seria a teoria

do interesse público, defendida pela geração anterior de economistas e pela a então atual geração de juristas. A segunda seria a teoria da captura, que ele chamou de um termo pobre para descrever o fenômeno. Muitas correntes de pensamento explicavam a regulação econômica como captura, desde marxistas até defensores do livre mercado e têm em comum que a regulação é ofertada de acordo com a demanda de grupos de interesse que brigam entre si para maximizar os benefícios dos seus membros.¹⁵⁰

A teoria do interesse público que floresceu desde a criação do *Interstate Commerce Act* em 1887 até a criação do *Journal of Law and Economics* em 1958 se baseava em duas ideias principais: de que os mercados são extremamente frágeis e operam de maneira frágil e ineficiente (ou desigual) se deixados à própria sorte e a ideia de que as regulações do governo são virtualmente sem custo. Com esses pressupostos era muito fácil argumentar que as regulações estatais – proteção sindical, regulação de serviços públicos, subsídios, licenciamento de profissões, salário mínimo e tarifas, para dar alguns exemplos – eram simples formas de resposta do governo para demandas públicas visando a correção de ineficiências e desigualdades palpáveis e remediáveis advindas da operação do livre mercado.¹⁵¹

Essa teoria, entretanto, não se sustentou, pois caso verdadeira, as regulações seriam mais comuns em indústrias altamente concentradas – portanto com maior risco de monopolização – e em indústrias que produzem maiores custos e benefícios externos, o que não é confirmado pelos estudos, que demonstravam não haver correlação positiva entre externalidades ou monopólios e o grau de regulação. O segundo argumento, de que a intervenção estatal seria virtualmente sem custos também foi desbancada com estudos de diversas áreas da economia que demonstraram que a regulação não pode ser explicada pelo aumento da riqueza ou por qualquer outro padrão aceito de equidade ou justiça social, havendo, portanto, custos.¹⁵²

A teoria do interesse público foi então reformulada para defender que as agências reguladoras seriam criadas para servir o interesse público, mas que seriam mal gerenciadas, não atingindo seus objetivos. Segundo Posner essa revisão apresenta duas falhas: primeiro ignora uma grande quantidade de evidências de que resultados socialmente indesejados são frequentemente desejados por grupos de influência na elaboração de normas regulatórias; também falha quando apresenta evidências fracas da má administração das agências

¹⁵⁰ POSNER, Richard A. Theories of Economic Regulation. In: **The Bell Journal of Economics and Management Science**. Vol. 5, no. 2 (outono de 1974) p. 335.

¹⁵¹ Ibidem, p. 336.

¹⁵² Ibidem, pp. 336-337.

reguladoras e nenhuma teoria satisfatória foi apresentada para explicar por que agências reguladoras seriam menos eficientes do que qualquer outra organização.¹⁵³

Outra reformulação da teoria do interesse público passa a considerar duas questões que a tornariam mais plausível: o fato de que as tarefas delegadas às agências não seriam condizentes com as suas possibilidades, tais como a regulação dos preços de serviços públicos sem as ferramentas necessárias para determinar de maneira satisfatória seu valor em relação aos custos e o segundo fator é a incapacidade da supervisão do legislativo – as agências são criadas em momentos em que o problema que devem solucionar está na agenda política, mas passado determinado tempo, o interesse da legislatura se volta para outros problemas, não havendo a devida observância do poder legislativo sobre as agências.¹⁵⁴

Versões alternativas foram oferecidas por outros grupos de pensadores. Marxistas explicavam o processo de desnaturação da regulação pelo fato de grandes empresas capitalistas controlarem as instituições da sociedade, incluindo a regulação – o que segundo Posner estaria longe de explicar a realidade fática. Já autores da ciência política usavam da teoria dos grupos de interesse para explicar a tomada ao longo do tempo das agências reguladoras, sem explicar, entretanto, por que somente indústrias seriam capazes de capturar as agências ou por que indústrias fortes o suficiente para capturar uma agência não seriam, em primeiro lugar, capazes de evitar a criação da mesma.¹⁵⁵

Diante da insuficiência de todas as teorias desenvolvidas até então, o autor descreve a teoria econômica da regulação, primeiro trabalhada por Stigler, reconhecendo seus méritos e tentando oferecer elementos de reflexão sobre suas fraquezas. Apesar de extremamente parecida com a versão da ciência política, Stigler teria avançado ao descartar o uso da expressão captura – que Posner considerou militarista – para uma terminologia mais neutra de oferta e demanda, além de reconhecer a possibilidade de captura por diversos grupos de interesse, não só pelas indústrias. Além disso, a teoria de Stigler seria falseável a partir de dados – portanto mais científica – que a que fora desenvolvida pelos cientistas políticos e os pressupostos adotados pela economia seriam mais adequados para se analisar situações de fato.¹⁵⁶

Posner elenca duas vantagens para a teoria econômica: a primeira desenvolvida por Stigler é a noção de que a regulação estatal – o poder coercitivo do Estado - pode oferecer benefícios aos indivíduos e grupos e pode ser vista como um produto a ser alocado a partir da

¹⁵³ POSNER, Richard A. Theories of Economic Regulation. In: **The Bell Journal of Economics and Management Science**. Vol. 5, no. 2 (outono de 1974), p. 338.

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 339-340..

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 342.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 343.

oferta e da demanda; a segunda é a aplicação da teoria dos cartéis para entender as curvas de oferta e demanda da regulação. Seguindo a racionalidade econômica, é de se esperar que um produto seja oferecido aos indivíduos que mais o valorizam. A teoria dos cartéis pode explicar tanto o aspecto dos custos quanto dos benefícios, pois ensina que o valor (benefício) da cartelização é maior quanto menos elástica a demanda por um produto da indústria e será melhor quanto mais custosa ou demorada seja a entrada de novos agentes econômicos na indústria. Já os custos são dois: o custo de os indivíduos chegarem a um acordo sobre o preço a ser cobrado e a quantidade de bens a serem oferecidos por cada um – acordo que determina a rentabilidade de cada agente; o segundo custo é o de fazer valer o acordo contra agentes que não participaram do mesmo ou descumpriram o acordo – cartéis sofrem do problema dos *free riders*, pois após o acordo cada indivíduo terá incentivo a vender por um valor levemente inferior ao acordado para aumentar seu volume de vendas e dependendo do número de agentes que sucumbam a esse incentivo, o cartel estará fadado ao fracasso.¹⁵⁷

O efeito dos instrumentos típicos de regulação são os mesmos da cartelização – aumentar o preço acima do nível de concorrência – fazendo com que a teoria dos cartéis seja relevante para a análise do tema. Assim como um indivíduo se beneficiaria caso permanecesse fora do cartel (desde que seus competidores permanecessem dentro), também se beneficiaria em não participar dos esforços de obtenção de uma regulação – caso ela se concretize ele se beneficiará, pois não poderá ser excluído e, diferentemente de seus concorrentes, seu benefício não terá custo.¹⁵⁸ Aos cartéis se aplica a mesma lógica dos grupos de interesse: é mais fácil coordenar grupos pequenos, em que o benefício é menos pulverizado e, portanto mais relevante para cada indivíduo, aumentando o incentivo para participar.

A teoria dos cartéis, embora útil para compreender a regulação, não se confunde com a teoria da regulação econômica. Se fosse o caso, as mesmas empresas que formam cartéis seriam aquelas que obtêm proteção regulatória. É observável, segundo o autor, que mercados mais concentrados são menos propensos a obter regulações favoráveis, revertendo a expectativa da cartelização. Há dois pontos que explicam essa relação: o primeiro é que a demanda por regulação é maior entre indústrias cuja cartelização é impossível ou muito custosa – elas não possuem bons substitutos para a regulação, como a formação de um cartel; o segundo ponto é que, enquanto a cartelização depende apenas da cooperação entre as firmas, a obtenção da regulação depende do processo político. Algumas empresas são capazes de influenciar o

¹⁵⁷ POSNER, Richard A. Theories of Economic Regulation. In: **The Bell Journal of Economics and Management Science**. Vol. 5, no. 2 (outono de 1974) p. 344.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 345.

processo político incorrendo em menores custos, não sendo necessariamente as mesmas empresas capazes de formar cartéis.¹⁵⁹

A dimensão política da regulação exige duas reformulações na teoria dos cartéis: primeiro, a respeito da demanda, como apontado por Stigler no apêndice ao texto de Richard Posner, o problema do *free rider* pode ser solucionado pela formação de uma coalizão que represente também os interesses dos indivíduos menos representativos (assumindo a assimetria entre seus membros) – isso porque a regulação a ser obtida pode se revestir de diversas formas, tais como barreiras de entrada, subsídios, tarifas, e participar da coalizão pode significar influenciar na escolha da regulação que melhor atende seu interesse. O problema do *free rider* é solucionado de maneira mais fácil quando o grupo é pequeno, mas em condições de assimetria até uma grande quantidade de indivíduos não será um problema insuperável para a formação de uma coalizão. Portanto, talvez seja mais barato para indústrias com muitos agentes obter a regulação estatal do que cartelizar privadamente.

A segunda alteração sobre a influência política deve ser feita na compreensão da oferta no “mercado da regulação”. Para isso é necessário compreender as diversas formas de sistemas políticos, que segundo Posner seriam três e desempenhariam um papel importante nos sistemas democráticos de governo: (i) sistema empreendedor, em que a legislação favorável é vendida a quem mais valoriza; (ii) sistema coercitivo, em que a legislação é dada a quem consegue realizar ameaças críveis de retaliar com violência (com desordem, greve, queixas) caso a sociedade não conceda o que se deseja; (iii) sistema democrático, em que a legislação é dada pelo voto dos representantes do povo. Tanto o sistema coercitivo quanto o democrático valorizam os números – quanto mais pessoas, mais provável a obtenção do resultado. A disponibilidade para pagar é igualmente importante nos sistemas democrático e empreendedor, pois os representantes são eleitos em campanhas que demandam recursos. Diferente do empreendedor, entretanto, o sistema democrático é severamente afetado pelo problema do *free rider*, podendo limitar a possibilidade de uma indústria ou grupo de interesse de fazer contribuições significativas para uma campanha.¹⁶⁰

Enquanto as condições que possibilitam um grupo de empresas cartelizar sejam as mesmas que permitiriam que elas obtivessem regulações a seu favor, uma característica fundamental que desencoraja a formação de cartéis – o número alto de participantes – encoraja a obtenção da regulação. Grande grupos possuem votos e poder de barganha por meio de

¹⁵⁹ POSNER, Richard A. Theories of Economic Regulation. In: **The Bell Journal of Economics and Management Science**. Vol. 5, no. 2 (outono de 1974) p. 345.

¹⁶⁰ Idem.

coerção e aumentam a probabilidade de que a assimetria entre as partes seja um fator agregador dos membros. Essa tese explica, por exemplo, o fato de diversos setores da economia incapazes de cartelizar (como agricultura e categorias profissionais) sejam capazes de obter regulações favoráveis.¹⁶¹

Posner conclui que, o corolário da teoria econômica da regulação é que o processo regulatório opera com razoável eficiência para atingir seus fins. Seus fins são o produto da luta entre grupos de interesse, muito embora esteja filiado à visão de Stigler sobre a formação de coalizões em condições de assimetria e não com a visão de que grupos menores seriam mais suscetíveis de cooperação em prol de um objetivo (regulação) como sugere a teoria de Olson.

2.2.2. Abordagens contemporâneas: novos panoramas

A compreensão da captura regulatória a partir dos grupos de interesse – e focada nesse aspecto do fenômeno – dominou a agenda da “teoria da regulação econômica” desde a obra seminal de Stigler no início da década de 1970, passando pelos autores da Escola de Chicago durante a década subsequente até que outras visões sobre o problema fossem desenvolvidas. A partir da década de 1990 com os trabalhos de autores franceses e mais recentemente com o desenvolvimento de obras em outras universidades dos Estados Unidos, o debate sobre a regulação econômica e suas mazelas tem ganhado novos contornos. Não só o esforço de desenvolver uma teoria focada nas estruturas regulatórias – em superação ao foco quase exclusivo nos grupos de interesse – como também esforços para refinar a compreensão sobre o termo “captura regulatória” são marcas das últimas três décadas do debate. A presente seção se dedica a explorar as ideias dos autores franceses Jean-Jacques Laffont e Jean Tirole sobre as estruturas regulatórias e o papel da assimetria informacional no fenômeno da captura como os esforços mais recentes de Daniel Carpenter e David Moss de refinar o conceito.

Jean-Jacques Laffont e Jean Tirole publicam em 1991 o artigo *A Theory of Regulatory Capture* em que buscam desenvolver uma teoria da abordagem das agências reguladoras em relação aos grupos de interesse. Partem, portanto, das ideias desenvolvidas tanto pela *public choice* quanto pela Escola de Chicago, porém com uma perspectiva da agência e não dos grupos de interesse como feito até então. As teorias desenvolvidas até então se concentrariam exclusivamente no aspecto da demanda da regulação, ignorando a oferta. Uma perspectiva das agências corrigiria o que seria para os autores uma limitação metodológica dessas abordagens.

¹⁶¹ POSNER, Richard A. Theories of Economic Regulation. In: **The Bell Journal of Economics and Management Science**. Vol. 5, no. 2 (outono de 1974) p. 347.

Os autores pretendem demonstrar, entre outras coisas, que a resposta organizacional das agências é diminuir os interesses (uma combinação de disponibilidade para pagar, custos de organização e custos de influência no governo) que os grupos de interesse podem ter na regulação e que os grupos de interesse têm maior poder quando seus interesses estão em regulações ineficientes, onde a ineficiência é medida pelo grau de assimetria informacional entre a indústria regulada e o ente político.

Segundo os autores existem três personagens na regulação. O primeiro é a firma – agente econômico – que possui informações privadas sobre os parâmetros tecnológicos e são essas informações que o permitem obter rendas (*rent*). Os outros dois personagens fazem parte da estrutura regulatória: a agência (supervisora) e o Congresso (o diretor). A agência possui o tempo e expertise para obter informações sobre a tecnologia da firma, enquanto o Congresso depende das informações fornecidas pelas agências para decidir, permitindo que a agência esconda informações do Congresso para satisfazer interesses da indústria ou de grupos de consumidores que seriam afetados pela decisão. Em outras palavras, os grupos de interesse podem fazer com que as agências retenham informações específicas sobre a condição de determinado mercado, induzindo o decisor ao erro.¹⁶²

A influência dos grupos de interesse sobre as agências podem se dar de diversas formas: (i) propinas em dinheiro; (ii) a promessa de emprego para os membros da agência; (iii) relações pessoais oferecem incentivos para que oficiais do governo tratem seus parceiros de maneira diferenciada; (iv) ameaças de críticas públicas sobre a gestão da agência, perturbando a tranquilidade institucional; (v) através de transferências indiretas para parlamentares que exercem influência sobre a agência.¹⁶³

Para que esse modelo seja crível, é necessário que haja assimetria informacional entre as firmas e os decisores, caso possuíssem todas as informações seria muito simples a realização de um controle, seja pelo próprio Congresso ou pela sociedade.

Após a crise financeira global desencadeada nos Estados Unidos em 2007-2009, o tema da captura regulatória retornou à agenda de discussão. Diversos matizes políticos, da esquerda à direita, explicaram a crise a partir da captura regulatória das agências estaduais e federais que deveriam supervisionar o sistema financeiro. Outros desastres fabricados pelo homem também encontram muitas vezes o seu culpado na captura regulatória, desde derramamentos de óleo nos oceanos até desastres em mineração. O argumento, e seu uso indiscriminado, de que as agências

¹⁶² LAFFONT, Jean Jacques; TIROLE, Jean. The Politics of Government Decision Making: A theory of Regulatory Capture. In: **The Quarterly Journal of Economics**, Vol. 106, No. 4 (Novembro de 1991), p. 1092

¹⁶³ *Ibidem*, pp. 1090-1091.

incumbidas de proteger o interesse público acabam por se alinhar aos interesses dos indivíduos que deveriam se submeter à sua supervisão, resultando na incapacidade governamental de proteger o público foi o estopim para que os professores de Harvard, Daniel Carpenter e David Moss, estudassem a captura regulatória a partir de uma nova perspectiva: com rigor conceitual, depurando os elementos necessários para a configuração do fenômeno e a diferenciação entre figuras correlatas.¹⁶⁴

Alguns elementos são necessários para que se possa falar em captura regulatória. Primeiro é necessário que exista um interesse público identificável, ou um objetivo para o qual a regulação (e a agência) foi criada. Em segundo lugar é necessário que existam um interesse da indústria e um interesse especial – de fora da indústria, como sindicatos, grupos ambientalistas, entre outros que valorizem determinado bem mais do que o público – também identificáveis. Em terceiro lugar é necessário que o interesse público seja conflitante com o interesse da indústria ou com o interesse especial. Em quarto lugar é necessário que exista um mecanismo de captura, isto é, algum mecanismo de influência desproporcional pelo qual a indústria ou grupo especial tente induzir o regulador a escolher seu interesse em detrimento do interesse público.¹⁶⁵

Duas interpretações são possíveis a partir desses elementos: (i) uma visão determinística da captura, em que haveria um padrão de escolha da agência pelo interesse público e que com os esforços de captura a agência passaria a repetidamente escolher o interesse da indústria/especial em detrimento do público; (ii) uma visão probabilística da captura, em que a escolha do regulador pelo interesse da indústria/especial se daria com maior probabilidade em condições de captura, mas que essa escolha não dependeria exclusivamente da captura.¹⁶⁶

Para Daniel Carpenter um dos grandes desafios de ser proceder a uma análise teórica ou empírica da captura regulatória é conhecer o que é efetivamente o interesse público para fins de captura, que não pode ser presumido. Existem pelo menos quatro abordagens para definir o interesse público: (i) definição através de teorias amplamente aceitas; (ii) uma abordagem republicana definindo-o como o consolidado de posições de membros eleitos ou da opinião público ao longo de determinado período; (iii) uma abordagem tecnocrata, em que evidências e estudos empíricos embasam o conceito; e (iv) não conhecer o interesse público, mas buscar a captura de maneira procedimental, identificando os resultados que beneficiariam os grupos de

¹⁶⁴ CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. Introduction. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (eds.) **Preventing Regulatory Capture: special interest influence and how to limit it**. New York: Cambridge University Press, 2014.

¹⁶⁵ Idem.

¹⁶⁶ Idem.

interesse. Da primeira para a última abordagem existe um declínio na fundamentação em teorias e um aumento da fundamentação em empiria. A maior parte da literatura empírica sobre a captura regulatória se baseia na quarta abordagem, não discutindo o que efetivamente é o interesse público, mas focando em evidências circunstanciais consistentes com a teoria da captura.¹⁶⁷

A captura regulatória não se dá necessariamente por meio de corrupção convencionais, isto é, atividades consideradas ilícitas e punidas no âmbito penal. Muitas das vezes, a corrupção institucional é adotada (v. supra). Por isso, é necessário que se tenha em mente uma noção de interesse público ao realizar estudos empíricos sobre a captura regulatória, pois é improvável que haja atividades ilícitas a serem constatadas, havendo apenas uma tendência ao desvio do funcionamento “adequado” das instituições.¹⁶⁸

Outro elemento fundamental para caracterizar a captura regulatória é a intenção do regulado. É necessário que haja uma intenção de *lobby*, uma oferta implícita de contrato, uma tentativa de direcionar o processo institucional ou ainda uma tentativa de influenciar a visão de mundo dos reguladores e profissionais envolvidos na regulação. A intenção é um elemento necessário para que não se confunda situações em que a regulação esteja de acordo com os interesses da indústria seja porque é coincidente com o interesse público, seja por erro, incompetência ou insuficiência burocrática do regulador para determinar o resultado que o público esperaria da sua atuação, sem que haja esforços do regulado para se beneficiar.¹⁶⁹

São três, portanto, os elementos necessários para se proceder à análise da captura regulatória: (i) um modelo identificável de interesse público; (ii) demonstrar a ação e intenção pela indústria regulada; e (iii) demonstrar a efetiva translação do resultado regulatório do interesse público para o interesse da indústria/especial.¹⁷⁰

Em posse desses elementos, é possível se definir o conceito de captura regulatória, muitas vezes confundida com corrupção, influência e falha regulatória. Daniel Carpenter e David Moss assim definem o fenômeno:

Captura regulatória é o resultado ou processo pelo qual a regulação, na norma ou em sua aplicação, é consistente ou repetidamente afastada do interesse público e

¹⁶⁷ CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. Introduction. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (eds.) **Preventing Regulatory Capture: special interest influence and how to limit it**. New York: Cambridge University Press, 2014.

¹⁶⁸ O autor utiliza o exemplo do médico que, incentivado pela indústria farmacêutica, receita remédio mais novo e mais caro em detrimento de uma opção mais antiga e com menor custo tendo ambos eficácia equivalente. Para ele o problema desse caso é a “economia da influência” que distorce os incentivos e motiva a prescrição desnecessária que irá onerar o paciente, muito embora essa prática imoral não configure nenhuma atitude ilícita.

¹⁶⁹ Idem.

¹⁷⁰ Idem.

aproximada dos interesses das indústrias reguladas, pela intenção e ação da própria indústria.¹⁷¹

Segundo os autores existem dois graus de captura: a forte e a fraca. Em situações de captura forte o interesse público é violado de uma maneira tão extensa que o público estaria melhor sem nenhuma regulação ou com a total substituição da política regulatória e sua respectiva agência – nessa situação os custos da regulação superariam os benefícios da intervenção estatal. As situações de captura fracas, que correspondem à maioria dos casos de captura, acontecem quando o interesse da indústria compromete a capacidade da regulação de perseguir o interesse público, mas o público ainda é contemplado pela regulação em relação a uma situação de desregulação – os benefícios sociais da regulação são diminuídos como resultado da captura pelos grupos de interesse, mas permanece um saldo positivo, isto é, os benefícios ainda conseguem superar os custos, ainda que nem todos os benefícios estejam sendo alcançados.¹⁷²

Outra importante definição dos autores é a de captura corrosiva. Diferentemente do defendido pela literatura clássica sobre o tema, em que a regulação capturada resultaria no processo de produção de mais regulações que aumentariam a obtenção de renda (*rent-enhancing regulation*), os autores defendem que captura poderia também resultar em regulações que serviriam menos ao interesse público e reduziriam os custos que as indústrias deveriam suportar. Não se trata, como pensado até então, em regulações que criam barreiras de entrada para novos concorrentes ou outras formas mais diretas de beneficiar as indústrias, mas sim em tornar as regulações menos robustas do que o que fora pretendido pelo legislador ou que o interesse público recomendaria, isto é, uma regulação que em sua formulação, aplicação ou fiscalização resulta em menos custos para as firmas reguladas, uma regulação corroída.

Em última instância, a identificação de uma regulação capturada levaria a duas possíveis conclusões. Caso se adote uma abordagem libertária ou antirregulatória, em casos de captura regulatória se procederia à desregulação, pois o mercado não regulado seria melhor que o mercado sujeito a uma regulação capturada. Entretanto, se a compreensão é de que não se deve abandonar a regulação, é necessário que se entenda os mecanismos da captura para combatê-la.

¹⁷¹ Traduzido livremente do inglês. Cf. CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. Introduction. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (eds.) **Preventing Regulatory Capture: special interest influence and how to limit it**. New York: Cambridge University Press, 2014.

¹⁷² Idem.

2.3. Mecanismos de captura: entre o refinamento e a paranoia

A captura regulatória ocorre por meio de diversas formas de mobilização dos grupos de interesse para alterar o resultado das decisões públicas. Esses meios podem ser ilegais e explícitos, como o suborno ou a ameaça, ou podem ser sutis, como a captura cultural e epistêmica. É inócua tornar todas essas formas de influência ilícitas, seria, além de impossível, extremamente custoso. Pensa-se nesse capítulo em elementos do ponto de vista do Estado para que, futuramente, possam ser analisadas soluções também no âmbito administrativo e não em abordagens que tentam subverter ou enfrentar o comportamento dos grupos de interesse.

Antes, entretanto, analisa-se algumas formas lícitas – ainda que imorais – de influência sobre o resultado regulatório. São elas a captura cultural e a epistêmica. A análise não tem como objetivo esgotar as possibilidades de captura por meios lícitos, mas de servir como exemplo e reforçar a importância de mecanismos institucionais que melhorem o processo de decisão.

A teoria tradicional da captura – *lobby* e oferecer algo do interesse pessoal do regulador, por exemplo – está, segundo Kwak, incompleta. É possível que interesses gerais vençam sobre interesses privados em alguns casos e seria absurdo pensar que os reguladores não favorecessem o interesse público – ou aquilo que pensam ser o interesse público – com alguma frequência. Existem, portanto, duas possibilidades: tirar proveito da posição decisora ou fazer aquilo se acha certo. A captura cultural atua justamente na compreensão do regulador sobre o que é o interesse público. Os grupos de interesse se aproveitam das limitações cognitivas inerentes a todos os seres humanos.¹⁷³

Segundo o autor são três os mecanismos da captura cultural: a identidade, o *status* e os relacionamentos. A identidade faz com que os reguladores estejam mais propensos a adotar posições defendidas por pessoas que eles consideram de seu grupo. O *status* faz com que eles estejam propensos a adotar posições defendidas por pessoas em melhores condições sociais, econômicas ou intelectuais. Os relacionamentos fazem com que eles considerem melhor propostas defendidas por pessoas com quem mantêm redes de contatos. Esses mecanismos muitas vezes atuam em conjunto, como no exemplo oferecido pelo autor, de uma reunião entre o regulador e um advogado representando bancos de investimento de *Wall Street*. A identidade atua por terem estudado na mesma faculdade, o *status* porque o advogado ganha muito mais dinheiro e o relacionamento porque ambos matriculam seus filhos na mesma escola. Com

¹⁷³ KWAK, James. Cultural Capture and the Financial Crisis. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (eds.) **Preventing Regulatory Capture: special interest influence and how to limit it**. New York: Cambridge University Press, 2014.

alguma dedicação, os grupos de interesse de indústrias podem trabalhar esses elementos a seu favor, sem que haja nenhum caráter ilícito. O regulador dificilmente saberá que sua concepção de mundo está sendo manipulada.¹⁷⁴

Já a captura epistêmica é o resultado da própria dinâmica dos grupos de interesse. Alguns grupos, como visto, são mais propensos a se organizarem e serão esses que lidarão com maior frequência com o regulador. Um certo desbalanceamento epistêmico é natural quando certos grupos têm mais acesso aos decisores e são melhores representados em termos de opiniões e informações fornecidas – a intencionalidade de usar esse fato como alavancagem configura, portanto, a captura epistêmica. Cass Sunstein se refere à epistemologia deficiente – uma ideia de Russell Hardin – e ao fato de que até mesmo extremistas religiosos acreditam estar fazendo a coisa certa, porque partem das premissas erradas.¹⁷⁵ Assim também pode ser com a regulação, em que o regulador terá somente uma visão dos fatos, uma deficiência epistemológica, que o levará a tomar uma decisão tendenciosa, mesmo que essa decisão seja a melhor decisão possível a partir daquelas informações.

Destaca-se, por fim, neste subcapítulo três elementos que permeiam as teorias analisadas anteriormente, quais sejam: (i) a falta de clareza dos objetivos regulatórios; (ii) a falta de instrumentos que permitam a compreensão dos impactos da decisão; (iii) e o desequilíbrio de forças entre os interessados.

A falta de clareza dos objetivos regulatórios advém da dificuldade de se conceituar, objetivamente, o interesse público. Ideias genéricas como a livre concorrência e a internalização de externalidades podem ser suscitadas, mas falta uma “régua” que permita, para cada situação concreta, definir o interesse público e como o Estado pode e deve interferir no domínio econômico para preservá-lo. Diante do cenário de incerteza, a captura regulatória se torna mais fácil de ocorrer e mais difícil de provar – se o Estado não sabe onde quer chegar, é mais fácil levá-lo para onde se deseja. É necessário que o Estado saiba o problema a ser resolvido e o resultado que pretende alcançar, reduzindo a margem de manobra de grupos interessados na intervenção.

Outra mazela encontrada pelo Estado ao regular é a falta de instrumentos capazes de mensurar os impactos da regulação e quem são os afetados. O grupo de interesse ao capturar é beneficiado em detrimento de outros grupos que foram incapazes de vocalizar seus

¹⁷⁴ KWAK, James. Cultural Capture and the Financial Crisis. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (eds.) **Preventing Regulatory Capture: special interest influence and how to limit it**. New York: Cambridge University Press, 2014.

¹⁷⁵ SUNSTEIN, Cass. **Valuing Life: Humanizing the Regulatory State**. Chicago: The University of Chicago Press, 2014, p. 33.

posicionamentos no processo decisório. Uma análise cuidadosa dos resultados da regulação demonstraria o benefício desproporcional a determinado grupo.

A assimetria informacional exerce um papel fundamental no processo de captura. Grupos de interesse manejarão as informações de tal forma que não fique claro sua posição no mercado, ocultando a real situação do setor e fazendo com que o Estado intervenha baseado em informações imprecisas, resultando em decisões que comprometem o interesse público. Posner aponta, como visto, para a missão hercúlea que se espera das agências sem que sejam municiadas com as ferramentas necessárias para cumpri-la. É necessário que o regulador, para decidir, tenha posse das informações que o permitam tomar uma decisão consciente e para isso é fundamental que haja uma metodologia – o mais neutra possível – e material humano qualificado para utilizá-la e interpretar os resultados adequadamente.

Por fim, o desenquilíbrio de forças entre as partes interessadas é um problema que advém da própria natureza de organização dos grupos de interesse. Determinados grupos são capazes de se mobilizar de maneira eficaz para vocalizar seus interesses e engendrar maneiras de modificar o resultado da regulação, enquanto outros sequer serão ouvidos – e sequer serão conhecidos se não forem identificados como afetados. Como proposto por Stigler, se a regulação é um bem que obedece a oferta e a demanda, é certo que será adquirida pela parte que mais a valoriza. Mas tão importante quanto estar disposto a pagar, é saber que se interessa por determinada regulação e participar do seu processo de elaboração.

O Estado regulador não pode esperar que os posicionamentos cheguem até ele passivamente, é necessário, como apontado anteriormente, identificar as partes interessadas e inseri-las no processo decisório, sob pena de se tornar um processo unilateral. Esse tema é especialmente sensível para grande grupos, como consumidores ou para grupos afetados por externalidades – como a poluição gerada por determinada indústria, por exemplo. É fundamental que esses grupos sejam inseridos no processo regulatório para que tenham seus posicionamentos ouvidos.

A captura regulatória, como visto, é um fenômeno rodeado de sutilezas. A separação em três elementos comuns entre as teorias é um esforço didático, que como toda simplificação abre mão da riqueza dos detalhes. A simplificação, porém, será útil ao final do terceiro capítulo da pesquisa, que de maneira propositiva abordará a análise de impacto regulatório como uma ferramenta capaz de “atacar” os principais pontos da captura, mitigando-a.

3. Metarregulação: agenda internacional por uma regulação de qualidade

O conceito de metarregulação, assim como o conceito de regulação, é polissêmico.¹⁷⁶ Por vezes é tratado como a relação entre a regulação estatal e a autorregulação ou de maneira mais abrangente como a interação entre diferentes atores e níveis regulatórios - sendo esse conceito tido como o primeiro uso do vocábulo.¹⁷⁷ Metarregulação pode ainda ser definido como a regulação dos reguladores. Trata-se de regular o processo regulatório em si, e não indivíduos - o vocábulo é apropriado para se referir a relações intragovernamentais e não entre o Estado e mecanismos de autorregulação.¹⁷⁸ Dentro dessa perspectiva, ainda é possível dizer que a metarregulação pode ser descrita como a regulação de uma instituição por outra. Uma análise do prefixo *-meta* sugere uma reflexão sobre a própria regulação, sobre sua qualidade e legitimidade.¹⁷⁹

O conceito de metarregulação difundido por padrões internacionais de governança regulatória, chancelados pela OCDE, abarca tanto a regulação do processo regulatório - com a análise de impacto regulatório - quanto a regulação dos reguladores - com a criação de *oversight bodies*. É a instrumentalização da preocupação com a qualidade e legitimidade da intervenção estatal por meio da regulação.

É razoável se afirmar que uma regulação da regulação, ou uma reflexão sobre o processo regulatório pretende alcançar uma regulação melhor. A busca por melhorias numa área tão sensível quanto a limitação da discricionariedade no exercício do direito à livre iniciativa não é surpreendente, mas definir o que é uma regulação "melhor" é objetivo delicado.

Do período imediatamente após a segunda guerra mundial, o debate sobre regulação era dominado pelos economistas e, portanto, uma regulação melhor era entendida como aquela que fomentasse resultados mais eficientes do ponto de vista econômico, reduzindo custos de transação, permitindo a concorrência e conduzindo a uma alocação eficiente. A partir da década

¹⁷⁶COGLIANESE, Cary; MENDELSON, Evan. Meta-Regulation and Self-Regulation. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. (eds.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 148.

¹⁷⁷ Gunningham e Grabosky em 1998 e Parker em 2002 utilizaram o vocábulo metarregulação para se referir ao processo de interseção entre o processo regulatório e de autorregulação. Cf. GUNNINGHAM, Neil; GRABOSKY, Peter. **Smart Regulation: Designing Environmental Policy**. Oxford: Clarendon, 1998.; PARKER, Christine. **The Open Corporation: Effective Self-Regulation and Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

¹⁷⁸ A metarregulação, mais do que um assunto burocrático, é a harmonização entre objetivos sociais e econômicos das políticas regulatórias. Metarregulação é o desejo de pensar reflexivamente sobre a regulação. Cf. MORGAN, Bronwen. The Economization of Politics: Meta-Regulation as a form of nonjudicial legality. In: **Social & Legal Studies**, vol. 12, 2003, p. 488-489.

¹⁷⁹ SILVESTRE, Matheus Meott. Metarregulação, retorno ao projeto inacabado: Análise do projeto de lei 1539 de 2015. In: **Revista Culturas Jurídicas**, v. 2, n. 4, 2015, pp. 213-219.

de setenta o debate ganha um novo panorama, entendendo-se ser necessário um *trade-off* entre eficiência econômica e outros objetivos¹⁸⁰ - objetivo muitas vezes sociais, como a promoção da diversidade, redistribuição de recursos, entre outros.

A superação da visão estritamente econômica acarretou outros problemas, pois a escolha desses objetivos não-econômicos não é tarefa pacífica. A pretensão de uma regulação melhor passa por alguma concepção de interesse público. Algumas respostas para essa questão foram dadas a partir de concepções particulares de bem, outras a partir de noções básicas como autonomia e bem-estar. Outros autores, entretanto, tentaram justificar a regulação sem recorrer a conteúdos substantivos, alguns partindo da teoria habermasiana focaram nos procedimentos que possibilitavam a participação e promoviam consenso sobre padrões para avaliar as instituições regulatórias.

Outros autores tentaram superar a necessidade de concepções substantivas específicas ao analisar conteúdos que permeavam o discurso de diferentes partes ao se referirem a qualidade, legitimidade e justificação da regulação, tais como o grau de eficiência na promoção da vontade legislativa, transparência, acessibilidade, devido processo, entre outros. Se essa abordagem conseguiu de maneira eficaz superar o problema das concepções substantivas¹⁸¹, incorria no pecado oposto: não oferecia nenhuma concepção de justiça ou sociedade que pudesse orientar o processo de avaliação da qualidade regulatória e os *trade-offs* realizados entre os critérios.¹⁸²

Nos países membros da OCDE, tem vigorado a concepção de melhor regulação que abrange os conteúdos comuns aos discursos, em detrimento de concepções específicas, com esforços constantes para se alcançar sistemas regulatórios melhores. Esses esforços têm sido empreendidos de diversas formas, seja buscando novos instrumentos regulatórios, seja aprimorando os instrumentos já existentes. Há também esforços para redução dos encargos administrativos e reformulação da aplicação das medidas regulatórias.

¹⁸⁰ BALDWIN, Robert. Better Regulation: The search and the struggle. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. (eds.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 260-261.

¹⁸¹ Superar aqui se refere ao fato de que tal abordagem foi amplamente utilizada, como por exemplos nos casos do Reino Unido com o *Better Regulation Task Force*, que defendeu princípios para uma regulação melhor como proporcionalidade, responsabilidade, consistência e transparência; nos Estados Unidos por meio do *Program Assessment Rating Tool* do *Office of Management and Budget* que avaliava não só o propósito e delineamento do regime regulatório, mas também seu planejamento, gerenciamento e sucesso em atingir os objetivos; no plano supranacional diversas organizações publicaram padrões regulatórios de qualidade, como o Banco Mundial, a União Europeia e a OECD. Cf. BALDWIN, Robert. Better Regulation: The search and the struggle. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. (eds.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 262.

¹⁸² *Ibidem*, pp. 262-263.

O presente capítulo se desmembra em quatro pontos: (i) primeiro analisará o histórico da metarregulação no âmbito da OCDE de maneira cronológica, a partir de seus documentos oficiais; (ii) posteriormente abordará a análise de impacto regulatório, a principal ferramenta que concretiza os princípios de qualidade regulatória defendidos internacionalmente; (iii) analisará a metarregulação no Brasil abordando os esforços empreendidos até então, os resultados alcançados e as perspectivas para o futuro; (iv) finalmente uma análise de como a metarregulação pode, como proposta melhoria regulatória, auxiliar na prevenção e mitigação da captura regulatória.

3.1. Histórico da Metarregulação na Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE

Traçar uma narrativa histórica do conceito de regulação seria um trabalho extenso e digno de uma pesquisa autônoma. Sendo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico uma das principais protagonistas e defensoras da melhoria regulatória - e sendo a principal proponente da análise de impacto regulatório e da criação de *oversight bodies*, elementos fundamentais das hipóteses da presente pesquisa - opta-se por resumir tal narrativa aos documentos publicados pela referida entidade. Todo resumo acarreta em perdas, portanto, a escolha da OCDE se torna ainda mais justificável porque suas publicações são em si resumos das práticas adotadas em seus países membros, englobando boa parte das principais economias do mundo.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, sigla em inglês, fundada em 1961, é uma organização internacional com sede em Paris, França e possui atualmente 34 países membros. Tem como objetivos estimular o progresso econômico e o comércio internacional, sendo um fórum de países comprometidos com a democracia e a economia de mercado. A OCDE sucede a *Organisation for European Economic Cooperation* (OEEC), criada em 1948. A Organização se estrutura por meio de delegações, formada por um embaixador de cada país membro e sua equipe e as delegações formam o Conselho. Os Comitês são responsáveis pelos estudos setoriais e são compostos por especialistas de países membros ou não. Por fim, o Secretariado, liderado pelo Secretário-Geral, oferece apoio ao Conselho e aos Comitês na elaboração dos trabalhos da Organização.

Os membros da Organização são: Austrália, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, República Tcheca, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Coréia do Sul, Luxemburgo, México, Holanda, Nova Zelândia, Noruega,

Polônia, Portugal, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Reino Unido da Grã-Bretanha e Estados Unidos. A presença como membros de catorze das vinte maiores economias do mundo¹⁸³ faz com que a Organização tenha um grande reconhecimento na elaboração de recomendações para condutas econômicas e reformas institucionais.

O histórico da metarregulação nas publicações da OCDE começa em 1992, quando a Organização começa a divulgar uma série de publicações intituladas *Regulatory Management and Reform Series*. O primeiro número da série trata das preocupações sobre regulação nos países membros.¹⁸⁴ O segundo número da série versa sobre o controle dos custos regulatórios. Segundo o artigo, os custos da regulação ainda viviam fora dos orçamentos públicos, apesar de serem uma importante causa dos gastos públicos. Poucos países conseguiam isolar os valores gastos para o cumprimento das regulações, muito menos manter os gastos abaixo de um determinado teto.¹⁸⁵

Já em 1993 é publicado o terceiro número da série, abordando estratégias de adesão à regulação, elencando as principais razões para o não cumprimento das regulações e as respostas administrativas para essas falhas de cumprimento. Segundo o documento, são causas do não cumprimento: a falha na compreensão; o colapso da crença nas normas; injustiça procedimental; custos da regulação; falha na aplicação; falha da sociedade civil.¹⁸⁶

No mesmo ano a Organização publica o '*Regulatory Management and Reform Series no. 4: The Design and Use of regulatory Checklists in OECD Countries*' descrevendo as melhores práticas de seus países membros no âmbito da regulação, uma análise preliminar das práticas adotadas nesses países e que seriam compiladas e recomendadas em documentos futuros. O documento foca sua atenção na utilização dos *checklists*, analisando quinze exemplos em dez países e na União Europeia, encontrando pontos de congruência desses países em relação aos princípios básicos para se tomar boas decisões regulatórias.

São eles: determinar a necessidade da regulação, as alternativas à regulação, o nível apropriado de ação governamental, os custos e benefícios e efeitos secundários, como efeitos na administração, na concorrência e em pequenas empresas; verificar a compatibilidade jurídica da regulação; usar linguagem clara e simples; o grau de discricionariedade concedida ao

¹⁸³ Segundo o *ranking* nominal de Produto Interno Bruto, a partir de estimativas para o ano de 2015 do Fundo Monetário Internacional - FMI. Cf. FMI. **World Economic Outlook Database**. 2015.

¹⁸⁴ Excepcionalmente esse artigo não é disponibilizado em formato eletrônico pela OCDE, motivo pelo qual não será abordado em detalhes na presente pesquisa.

¹⁸⁵ OCDE. **Regulatory Management and Reform Series no. 2: Controlling Regulatory Costs - The Use of Regulatory Budgeting**. Paris, 1992

¹⁸⁶ OCDE. **Regulatory Management and Reform Series no. 3: Improving Regulatory Compliance - Strategies and Practical Applications in OECD Countries**. Paris, 1993.

administrador para definir os deveres e sanções regulatórias; a forma de cumprimento e as estratégias de *compliance*; e a relação entre a norma proposta e as normas já existentes e acordos internacionais.¹⁸⁷

Em 1995 a OCDE publica o '*Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation*', documento no qual elenca as recomendações para a melhoria regulatória, reconhecendo a importância da regulação como a ferramenta mais importante dos governos dos países membros da organização e que o ambiente de competitividade entre empresas é fruto das responsabilidades e restrições estabelecidas pela regulação governamental. Estebece como valor a diminuição das barreiras para concorrência entre as economias nacionais resultantes de regulações ultrapassadas, custosas e inflexíveis. Trata-se de um documento de caráter normativo, uma clara mudança de discurso em relação ao documento de 1993, com caráter descritivo.

Foram quatro recomendações presentes nesse documento: examinar a qualidade dos processos políticos e administrativos na elaboração de regulações, utilizando como parâmetro o *checklist* que acompanhava o apêndice do documento; desenvolver, respeitando as particularidades de cada país, sistemas administrativos e gerenciais que refletissem nos processos de tomada de decisão os princípios presentes no apêndice; integrar os referidos princípios nos processos políticos em todos os níveis de governo; e prestar especial atenção à qualidade e transparência regulatórias em regulações que tenham impacto em outros países ou afetem o comércio, investimento ou relações internacionais.¹⁸⁸

O *checklist* de referência presente no referido apêndice (ver infra) afirma que os governos estão sob pressão e devem se adaptar às dificuldades orçamentárias e restrições econômicas mesmo com a crescente demanda por questões sociais e ambientais, sendo necessário realizar mais com menos, de maneira diferente e melhor. Dentre as dez questões presentes no *checklist*, pergunta-se se os benefícios da regulação justificam os custos, sendo necessário que os reguladores estimem o total esperado de custos e benefícios de cada proposta regulatória, disponibilizando essa informação de maneira acessível aos tomadores de decisão.¹⁸⁹

A preocupação econômica a respeito da regulação não desapareceu, como pode ser constatado da presença de questões sobre custos e benefícios, mas como anteriormente relatado,

¹⁸⁷ OCDE. **Regulatory Management and Reform Series no. 4:** The Design and Use of regulatory Checklists in OECD Countries. Paris, 1993.

¹⁸⁸ OCDE. **Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation.** Paris, 1995.

¹⁸⁹ Idem.

outras preocupações ganham espaço, e o documento faz questões fora da estrita racionalidade econômica, como transparência, efeitos distributivos participação das partes interessadas, entre outros.

A agenda de melhoria regulatória da OCDE ganha ainda mais força e em 1997 dois documentos são publicados. O primeiro, "*The OECD Report on Regulatory Reform - Synthesis*" é uma resposta às requisições dos países membros feitas em 1995 sobre o significado, direção e meios da reforma regulatória. O documento é, declaradamente, um plano de ação, aceito em maio do mesmo ano pelos Ministros dos países membros. Esse plano de ação deveria ser realizado com diálogo entre as partes, porque políticos eleitos e seus burocratas não conseguiriam realizar tais feitos sozinhos, sendo fundamental a participação de empresas e cidadãos.

Sem descaracterizar a importância da regulação e seu uso para promover o bem-estar econômico e social, a OCDE estabelece como fundamental sua reforma para que se evite que a regulação se torne um obstáculo, em desacordo com os avanços tecnológicos, criando barreiras desnecessárias ao comércio, investimentos e eficiência econômica ou que haja duplicação de esforços regulatórios entre setores, níveis governamentais e entre regulações de países diferentes.

A reforma regulatória, segundo o documento, são as mudanças para melhorar a qualidade regulatória, i.e., melhora do desempenho, do custo-efetividade e da qualidade jurídica das regulações e pode ser de uma única regulação ou de todo o arcabouço do regime regulatório e suas instituições. Não é sinônimo de desregulação, sendo esta uma das possibilidades da reforma regulatória para eliminação parcial ou total de regulação de determinados setores econômicos com objetivo de melhorar o desempenho econômico. A reforma tem o objetivo de aumentar a eficiência das regulações econômicos reduzindo barreiras, analisar a necessidade de regulações sociais e desenvolver outras formas de alcançar tais objetivos, como utilizar incentivos e abordagens mais flexíveis e de menor custo e eliminar o máximo de regulações administrativas possíveis.¹⁹⁰

Segundo o mesmo documento a reforma era urgente, pois reduzir os encargos e aumentar a transparência incentivaria o empreendedorismo, a entrada no mercado e o crescimento econômico, produzindo melhores salários e empregos. Além disso, ao reduzir a burocracia aumentaria a qualidade de vida do cidadão comum. Outros pontos fundamentais da reforma dizem respeito à necessidade de adequação aos mercados globais, adequação às

¹⁹⁰ OCDE. **OECD REPORT ON REGULATORY REFORM: SYNTHESIS**. Paris, 1997, p. 6.

inovações tecnológicas e encorajamento das pequenas e médias empresas, fontes de inovação e empregos. A reforma regulatória se sustenta, então, em um binômio: desregulação e melhor regulação.¹⁹¹

A necessidade da reforma regulatória surge da incoerência das estratégias governamentais e teve oportunidade de ocorrer por diversas vezes antes da metade da década de 1990. Por exemplo, quando houve o choque do petróleo em 1970, quando do crescimento da preocupação com as questões ambientais ou crescimento acelerado do número de intervenções estatais. As regulações futuras devem entender que os países necessitam da reforma.

As '*raízes*' do problema, conforme descrito pela própria Organização foram: a complexidade da reforma e incerteza de suas consequências, que barraram o processo; interesses que se apoderaram da regulação em seu favor, auxiliado pela falta de transparência; incentivos dentro das burocracias regulatórias não encorajaram o uso responsável da discricionariedade, privilegiando interesses politicamente relevantes em detrimento do interesse público; a falta de revisão e atualização das regulações existentes; a falta de controle de uma inflação legislativa e regulatória; e a exacerbação de todos os problemas quando existem níveis diferentes de governo com capacidade para impor regulações duplicadas ou em conflito.¹⁹²

Para se promover a reforma regulatória, uma das propostas mais concretas presente no documento analisado é a integração da análise de impacto regulatório ao processo de desenvolvimento, revisão e reforma das regulações. O outro documento publicado em 1997 pela OCDE diz respeito especificamente à análise de impacto regulatório e será tratado no subcapítulo específico, mas vale dizer que é o primeiro documento a tratar da ferramenta como assunto principal.

Em 1998 a OCDE publica o terceiro documento com recomendações para melhor regulação, atacando com veemência a ocorrência de cartéis. O documento preza pela efetividade das normas que proíbem cartéis, estabelecendo sanções efetivas e meios que possibilitem o cumprimento dessas normas, bem como recomenda a cooperação internacional contra esta prática comercial abusiva.¹⁹³

Em 2005 dois importantes documentos foram publicados pela entidade a respeito da reforma regulatória. O primeiro sendo um *checklist* da reforma regulatória publicado em

¹⁹¹ OCDE. **OECD REPORT ON REGULATORY REFORM: SYNTHESIS**. Paris, 1997, pp. 7-8.

¹⁹² Ibidem, pp. 9-10.

¹⁹³ OCDE. **Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels**. Paris, 1998.

conjunto com a Cooperação Econômica da Ásia e do Pacífico - APEC e o segundo um documento em que traça um panorama dos esforços empreendidos entre os anos de 1997 e 2005.

O primeiro documento de 2005 é de extrema relevância, pois os países membros da APEC e da OCDE reúnem dezessete das vinte maiores economias do mundo, com exceção da Índia, Brasil e Arábia Saudita. O reconhecimento coletivo desses países sobre a importância da reforma regulatória, no âmbito da OCDE desde 1995 e no âmbito da APEC desde 1999 com a publicação do "*Economic Leader's Declaration*"¹⁹⁴ torna indiscutível a (meta)regulação como agenda mundial. O *checklist* elaborado em conjunto possui quatro seções, a primeira sendo um questionário sobre a reforma regulatória e as três demais com políticas para setores específicos: políticas regulatórias, políticas de concorrência e políticas de abertura de mercados.

O *checklist* com objetivo de integrar os princípios regulatórios dos países membros tem também o condão de guiar uma auto avaliação da reforma regulatória por cada país. No total são onze perguntas a respeito das políticas horizontais - com objetivo de relacionar as ações regulatórias com a concorrência e a abertura dos mercados - e começa questionando a extensão da integração entre os três fatores - em outras palavras, se existe um processo de reforma em andamento. A seguir questiona o comprometimento dos oficiais de alto escalão com a reforma e como isso é publicizado e traduzido em ações concretas, além da reação das partes envolvidas. Questiona ainda a existência de mecanismos de *accountability*, de tratamento isonômico entre bens, serviços e empresas nacionais e estrangeiras, a coordenação entre regulações de diferentes níveis estatais, a transparência dos procedimentos, se há esforços inter-ministeriais e inter-setoriais para integrar concorrência e abertura de mercados, se há recursos humanos e técnicos adequados para a reforma, entre outros questionamentos.¹⁹⁵

Especificamente para as políticas regulatórias são oito perguntas, sobre a coerência da aplicação dos princípios de qualidade regulatória, a análise das bases legais, econômicas e sociais para novas regulações e para regulações existentes, sobre os mecanismos de consulta pública envolvendo diversos setores da sociedade, a avaliação de alternativas não regulatórias

¹⁹⁴ Nesse ano, os países da APEC estabelecem o fortalecimento dos mercados como objetivo, através da governança pública e privada, aumento do papel da concorrência e aumento da eficiência, melhoria da qualidade regulatória, redução dos custos do cumprimento das regulações e construção de um ambiente regional e internacional favorável aos livre mercado e à concorrência justa. Os países adotam ainda princípios semelhantes aos da OCDE para a reforma regulatória, como não discriminação, transparência, *accountability*, entre outros. Estabelecem a concorrência como fundamental e um papel governamental estimulá-la, bem como manter a cooperação entre os sistemas regulatórios entre seus membros para evitar sobreposição. Cf. APEC. **APEC Principles to Enhance Competition and Regulatory Reform**. Auckland, 1999.; APEC. **1999 Leader's Declaration**. Auckland, 1999.

¹⁹⁵ APEC; OCDE. **APEC-OECD Integrated Checklist on Regulatory Reform: A Policy Instrument for Regulatory Quality, Competition Policy and Market Openness**. 2005. pp. 5-14.

e se o cumprimento das obrigações regulatórias é assegurado. Especialmente na pergunta B6 - sobre a extensão da clareza e transparência das metodologias adotadas para analisar os impactos das novas regulações, a análise de impacto regulatório é citada como mecanismo que auxilia a organizar e consolidar todos os possíveis impactos e elementos das decisões, podendo se tornar o principal instrumento para analisar sistematicamente as bases legais e os impactos econômicos de regulações novas e existentes.¹⁹⁶

Também de 2005, o "*OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*" traça um panorama da reforma regulatória nos países membros e também em países fora do âmbito da entidade. Destaca-se os estudos da entidade na Rússia, a participação de Chile - posteriormente se tornou membro - e do Brasil como observadores no Grupo Especial sobre Política Regulatória ocorrido na China em 2003 e 2004 e a importância do documento conjunto com a APEC para países árabes.¹⁹⁷

Aproveita ainda para reforçar sete diretrizes para a qualidade regulatória: adotar um programa com objetivos e estrutura claros para a implementação da reforma; avaliar impactos e revisar regulações sistematicamente para garantir que os objetivos sejam alcançados de maneira eficiente; garantir que as regulações e suas instituições sejam transparentes e não discriminatórias; revisar e reforçar quando necessário as políticas de concorrência; estabelecer regulações econômicas para estimular a concorrência a eficiência e eliminá-las a menos que haja evidências que demonstrem que elas são a melhor maneira de alcançar o interesse público; eliminar barreiras ao comércio e liberalizar paulatinamente os mercados; encontrar pontos de interseção entre a reforma e outros objetivos políticos para desenvolver políticas que sirvam ambos.¹⁹⁸

Em 2009 é criado um Comitê específico para auxiliar os países membros e também não membros a construir e fortalecer a capacidade e qualidade das regulações. Em 2012 foi publicado o documento mais recente da Organização sobre a reforma regulatória, o "*Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*". Nele são feitas doze recomendações - entre reforçar as antigas e estabelecer novas - para adoção pelos países. Notadamente duas das recomendações (número 4 e 6) mencionam expressamente a ferramenta da análise de impacto regulatório. Primeiro recomenda-se sua adoção nos processos iniciais de elaboração da política regulatória, identificando de forma clara os objetivos, avaliando as

¹⁹⁶ APEC; OCDE. **APEC-OECD Integrated Checklist on Regulatory Reform: A Policy Instrument for Regulatory Quality, Competition Policy and Market Openness**. 2005, pp. 14-20.

¹⁹⁷ OCDE. **Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance**. 2005. pp. 1-4.

¹⁹⁸ *Ibidem*, pp. 4-8.

alternativas e a necessidade da intervenção regulatória. Além disso, recomenda-se a publicação de relatórios de desempenho que, com clareza, esclareçam os programas e técnicas adotadas pelas autoridades, incluindo como é feita a adoção da análise de impacto regulatório.¹⁹⁹

Embora cada país tenha abordado a questão da metarregulação de maneira distinta e concretizado as reformas regulatórias de acordo com sua cultura e com seu ordenamento jurídico, havendo países que priorizaram uma abordagem mais racional da elaboração de políticas enquanto outros priorizaram menos intervenção estatal, outros países que priorizaram uma regulação melhor informada e com mais análise empírica, e ainda aqueles que priorizaram a redução de custos e encargos²⁰⁰, é possível se constatar que há um fio condutor dessas reformas, há pontos de congruência.

Esses pontos de congruência podem ser identificados no discurso internacional corporificado pelas organizações internacionais das quais esses países fazem parte. Esses pontos de interseção são: os princípios regulatórios acordados pelos países, a necessidade de análise dos impactos na economia e em outros setores, das novas regulações e a revisão da eficácia e eficiência das regulações já existentes, avaliação da coerência das regulações para que não haja sobreposição entre diversas esferas governamentais ou até mesmo internacionais e a busca por alternativas não-regulatórias, que alcancem os mesmos objetivos com meios menos coercitivos. A análise da metarregulação se aprofundará num dos aspectos mais importantes para as reformas regulatórias: a adoção da ferramenta da análise de impacto regulatório - proposta concreta que adota todos os princípios, servindo como uma ferramenta com medidas objetivas a serem adotadas por cada país.

3.2. Análise de Impacto Regulatório: o *mainstream* da qualidade regulatória

A análise de impacto regulatório - AIR é a ferramenta mais proeminente no contexto da metarregulação e engloba os princípios estabelecidos ao longo dos anos no contexto de melhoria da qualidade da regulação econômica. O presente subcapítulo escolhe a abordagem cronológica em detrimento das demais possibilidades, isso porque o objetivo é descrever como o processo de adoção e reconhecimento da análise de impacto regulatório como ferramenta ocorreu ao longo do tempo e como determinados assuntos foram inseridos no contexto da ferramenta progressivamente. Além disso, desenvolve especificamente três aspectos da análise

¹⁹⁹ OCDE. **Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance**. Paris: 2012, pp. 4-5

²⁰⁰ BALDWIN, Robert. Better Regulation: The search and the struggle. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. (eds.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 263.

de impacto regulatório: seu formato a partir de *checklists*; seus métodos quantitativos; e seus métodos participativos. Os documentos da OCDE representam dois aspectos importantes da agenda metarregulatória: abordam as experiências consideradas de sucesso em seus países membros e funcionam como uma cartilha, extremamente simplificada, para que novos países adotem as técnicas.

A análise de impacto regulatório é um conjunto de métodos com objetivo de sistematicamente mensurar os impactos positivos e negativos de propostas regulatórias e políticas regulatórias já em execução. A ferramenta da AIR engloba os princípios norteadores da reforma regulatória, com vistas a aumentar a eficiência econômica das regulações, redução das sobreposições entre níveis governamentais e internacionais e também a integração das questões concorrenciais e de abertura dos mercados. A reforma regulatória pode significar a redução da regulação, o aumento da *accountability* e a melhora da qualidade das regulações. (v. supra) A análise de impacto regulatório é uma ferramenta da reforma regulatória que responde aos três anseios: é uma análise racional, que exige que os reguladores pensem de maneira estruturada antes de agir, permite o escrutínio do processo decisório por outras áreas do governo e da sociedade - aumentando o *accountability* - e reduz a quantidade de regulações na medida em que se considera verdadeira a crítica de que a maior parte das regulações não passariam por uma análise rigorosa.²⁰¹

No documento de maio de 1997 (v. supra) a ferramenta é endossada pelos países membros da OCDE, embora muitos já adotassem alguma forma da mesma. Ainda em 1997 é publicado um minucioso documento relatando as experiências de adoção da análise de impacto regulatório até então, dando-se os primeiros passos na elaboração de um conceito que abarcasse os pontos em comum sem menosprezar as especificidades de cada experiência.²⁰² Desde então diversos documentos foram publicados sobre o assunto e diversos *workshops* foram realizados em países (membros e não membros) para que adotassem a ferramenta com o auxílio da Organização.

No núcleo comum das experiências, pode-se afirmar que o conceito de análise de impacto regulatório é uma ferramenta para decisão a partir de um método que examina sistematicamente potenciais impactos de ações governamentais e comunica essas informações aos decisores. Esse método pode ser simplificado em cinco categorias: técnico, consensual, político, consistente e empírico.

²⁰¹ APOGEE RESEARCH. Regulatory Reform Through Regulatory Impact Analysis: The Canadian Experience. In: OCDE. **Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries**. Paris, 1997. p. 33.

²⁰² Ibidem, p. 7.

Trata-se de um processo técnico porque os resultados são alcançados por especialistas que usam julgamentos profissionais sobre o que deve ser feito; é consensual porque participam todas as partes envolvidas que chegam a uma decisão balanceada que harmonize seus interesses conflitantes; é político porque o decisor ainda é o representante político ou aquele a quem lhe foi politicamente delegada a competência para decidir, informados pelos resultados da análise; é consistente porque baseado em um modelo externo e em padrões internacionais; por fim, é empírico porque baseado em dados e parâmetros estabelecidos por critérios já estabelecidos.²⁰³

O documento frisa que a análise de impacto regulatório por si só não é suficiente para a tomada de decisão, mas deve servir como guia para melhorar a qualidade dos processos decisórios administrativos e políticos, ao mesmo tempo em que promove valores políticos como a transparência, participação pública e *accountability*.

Para realizar esse objetivo, o documento prevê, nesse primeiro momento de discussões a respeito do tema, são traçados dez elementos para as "*melhores práticas*": maximizar o comprometimento político com a AIR; alocar responsabilidades aos programas de AIR de maneira cuidadosa; treinar os reguladores; usar metodologias analíticas consistentes porém flexíveis; desenvolver e implementar estratégias de obtenção de dados; traçar objetivos para a AIR; integrar a ferramenta aos processos de elaboração de políticas públicas o mais cedo possível; comunicar os resultados; envolver o público; aplicar a AIR a novas regulações e a regulações em execução.²⁰⁴

Há diversas formas de se adotar a análise de impacto regulatório a partir de diversos fundamentos jurídicos. Embora os pontos abordados no presente trabalho sejam aqueles comuns a maioria das experiências, é importante um breve panorama das especificidades, sem a pretensão de uma análise exaustiva.

Em relação ao tipo de análise adotada, podem ser realizadas análises de custo-benefício, custo-efetividade, análise somente de custos ou benefícios e análise de riscos das regulações. Embora a recomendação seja pela adoção da análise de custo-benefício, muitos países não a adotam de maneira rigorosa pelos seus custos e dificuldades técnicas, adotando-se um sistema mais flexível. (v. infra) Adotam o modelo da análise de custo-benefício os Estados Unidos, Reino Unido, Japão, Canadá, entre outros, sendo o mais comum. A Holanda, por sua vez, adota uma análise com foco nos impactos sobre os empreendimentos; a França adota uma análise de impacto geral que analisa questões de emprego e fiscais; Áustria e Portugal adotam análises

²⁰³ JACOBS, Scott H. An overview of regulatory impact analysis in OECD countries. In: OCDE. **Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries**, 1997, p. 14.

²⁰⁴ OCDE. **Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries**. Paris, 1997. pp. 7-8.

somente de impactos fiscais; a Finlândia realiza diversas análises parciais, sobre impactos orçamentários, ambientais, econômicos, regionais, entre outros, de maneira isolada, sem que haja integração entre resultados e entre os ministérios responsáveis por cada estudo; a Bélgica adota um modelo que só avalia impactos sobre saúde, segurança e meio ambiente; Irlanda, Espanha e Suécia utilizam apenas um *checklist* sem estudos mais profundos.²⁰⁵

Sobre o fundamento jurídico que embasa a análise de impacto regulatório, há também vários modelos possíveis: por lei, como no México, na Coreia do Sul e na República Tcheca; por ordem presidencial, como nos Estados Unidos; por decreto do primeiro ministro, como na Austrália, França, Itália, Holanda e Áustria; por uma decisão administrativa (decisão ministerial, diretiva política, resolução governamental, etc) como no Reino Unido, Canadá, Portugal, Japão e outros.²⁰⁶

Outro fator que varia entre os países que adotaram a análise de impacto regulatório é o escopo de cobertura da ferramenta. Tendo em vista a sofisticação, o tempo e os custos necessários para realizar um estudo desse porte, alguns países optaram por limitar as regulações que necessitam de AIR para serem colocadas em prática. Essa limitação pode ser qualitativa, quando se escolhe analisar somente o processo decisório para normas primárias ou também para normas infralegais tomadas em âmbito administrativo; alguns países optam por realizar estudos somente para novas regulações, enquanto outros seguem a recomendação de analisar também as regulações em execução; há países que excluem do escopo normas de nível local e regional. Essas diferenças qualitativas são de ordem institucional, histórica ou cultural, tendo em vista que qualquer regulação tem o potencial de causar um grande impacto.²⁰⁷ É possível também que haja limitações de ordem quantitativa, os chamados testes de limiar (v. infra) no qual há estudos prévios que estimam grosseiramente os valores envolvidos na proposta regulatório para aferir se é vantajosa a análise de impacto regulatório.

Uma etapa fundamental do processo de análise de impacto regulatório é a participação das partes interessadas (*stakeholders*) e é importante que haja a publicização das etapas da análise o quanto antes (*disclosure*). Há várias abordagens utilizadas pelos países que adotam a AIR para o *disclosure*, havendo aqueles que seguem a orientação de publicizar o quanto antes para todos, aqueles que publicizam somente quando se tratar de regulações de grande impacto ou quando há interesse e conveniência, aqueles que circulam as informações entre as partes

²⁰⁵ OCDE. **Regulatory Impact Analysis (RIA) Inventory**. Paris, 2004, pp. 2-3.

²⁰⁶ Ibidem, pp. 3-4.

²⁰⁷ Ibidem, p. 4.

interessadas e aqueles que não publicizam a menos que a regulação seja submetida ao escrutínio do Parlamento.²⁰⁸

O documento inaugural, entretanto, não identifica somente pontos positivos na adoção da ferramenta. Há problemas de duas ordens: a não adesão, ou seja, mesmo realizados os estudos não há deferência aos resultados e problemas de qualidade dos resultados. Para Scott H. Jacobs, responsável por diversos estudos no âmbito da OCDE sobre reforma regulatória, há várias possíveis explicações para esses problemas.

As dificuldades na adoção da ferramenta podem ser: (i) técnicas: quando o método não está plenamente desenvolvido e há discussões a respeito de elementos metodológicos que paralisam os trabalhos; os dados são custosos ou simplesmente não existem; os métodos são complexos ou custosos demais para serem práticos, dada a capacidade das entidades regulatórias; (ii) sociais: quando a resistência é grande e grupos de interesse continuam se opondo à adoção da ferramenta; grupos de interesse que se beneficiam de outras formas de tomada de decisão se sentem ameaçados pelos resultados da AIR; (iii) institucionais: quando não há incentivos para o cumprimento ou as sanções para o não cumprimento não são possíveis; muitos reguladores não têm a capacidade para cumprir, seja por falta de conhecimento técnico, seja por falta de recursos; (iv) jurídicas: muitas vezes a lei exige que os reguladores persigam finalidades independente dos custos; (v) procedimentais: a qualidade é baixa, reduzindo os benefícios da ferramenta; as análises são feitas tardiamente ou somente após a decisão; a pressão para que os reguladores decidam rapidamente os faz descartar o processo de análise que pode demorar e atrasar o processo decisório; (vi) políticas: frequentemente o processo político não demanda informações técnicas que privilegiem interesses públicos difusos em detrimento de interesses a grupos que podem facilmente ser atribuídos a determinadas figuras políticas.²⁰⁹

Todas as causas de problemas devem ser consideradas no processo de adoção da ferramenta, mas não há motivos para preciosismos. Segundo Jacobs, as experiências dos países que adotaram a análise de impacto mostram que seu mérito reside no próprio fato de analisar, questionar e entender impactos no mundo real, desmistificando premissas e não em cálculos com precisão - o ótimo é inimigo do bom, segundo o próprio autor.²¹⁰

²⁰⁸ OCDE. **Regulatory Impact Analysis (RIA) Inventory**. Paris, 2004, p. 5.

²⁰⁹ JACOBS, Scott H. An overview of regulatory impact analysis in OECD countries. In: OCDE. **Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries**, 1997, pp. 20-21.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 22.

Conforme há o amadurecimento do instituto e o aprimoramento institucional a partir de diversas experiências internacionais, o foco da discussão tende a mudar. Em 2011 é divulgado documento que traz à luz a preocupação com o meio ambiente - embora alguns países já considerassem questões ambientais como custos e benefícios, é a partir desse momento que a Organização adota uma posição consistente sobre a temática em relação à análise de impacto regulatório. O documento reconhece a dificuldade metodológica de se mensurar impactos ambientais e pontua as dificuldades enfrentadas até então para a adoção, em geral, da ferramenta com transparência e consistência metodológica. O estudo foca nas inovações sobre análise de impacto climático e a necessidade de se reduzir as emissões de gás carbônico.²¹¹

O desenvolvimento sustentável foi a pauta seguinte, sendo publicado em 2012 o documento que analisa as necessidades e dificuldades de incorporar questões de sustentabilidade. Há dificuldades metodológicas para essa inclusão da sustentabilidade na análise, pois tal questão tende a ser de longo prazo e de interações complexas que envolvem diversas áreas, sobretudo a respeito do comportamento dos grupos afetados em relação à regulação e como seus comportamentos se adaptarão ao longo do tempo. Outra dificuldade é envolver todos os atores relevantes na participação e evitar que esses atores persigam interesses privados.²¹² Apesar das diversas dificuldades, a Organização considera uma temática fundamental.

Seguindo a tendência de abordar outros temas que extrapolam a preocupação puramente econômica, se por mais de uma década a preocupação no âmbito da Organização era disseminar a análise de impacto regulatório e seus benefícios para racionalização das políticas regulatórias - benefício focado na diminuição dos gastos públicos e na interferência no exercício da livre iniciativa - em 2016 é publicado documento no qual se discute o crescimento inclusivo a partir da regulação. Segundo o documento, a partir de uma preocupação surgida desde 2011, os países membros da Organização entenderam que é necessário ir além de políticas de crescimento econômico para se pensar também em resultados de crescimento inclusivo que beneficiem o bem-estar social.²¹³

Esse resultado deve ser alcançado pela melhoria na qualidade e aumento no acesso a bens como educação, saúde e emprego. O crescimento econômico não é um fim em si mesmo e as desigualdades de natureza multidimensional e seus impactos em diferentes grupos da

²¹¹ OCDE. **Integrating the Environment in Regulatory Impact Assessments**. Paris. 2011.

²¹² OCDE. **Sustainability in Impact Assessments**: A review of impact assessment systems in selected OECD countries and the European Commission. Paris. 2012. p. 7.

²¹³ OCDE. **Promoting inclusive growth through better regulation**: the role of regulatory impact assessment. Paris, 2016

população. É necessária uma mudança da abordagem tradicional - de aumento da renda e das possibilidades de consumo da população - para dimensões não-monetárias para combater o crescimento das desigualdades que alcançaram seu maior patamar no período pós-guerra.²¹⁴

Os governos possuem três ferramentas primordiais para promover o bem-estar social e a prosperidade econômica: a tributação, os gastos e a regulação. O processo regulatório, se aplicado da maneira correta tem o potencial de explicitar as consequências das decisões e os potenciais *trade-offs*, podendo dar voz aos grupos regulados e demais *stakeholders* ajudando na identificação dos efeitos específicos para cada grupo e, portanto, auxiliando para um crescimento inclusivo. Para que haja crescimento inclusivo é necessário que existam as instituições necessárias e os cidadãos devem confiar nelas.

Diversos instrumentos regulatórios estão disponíveis para alinhar objetivos de crescimento inclusivo com a preocupação econômica, dentre eles orçamentos com desempenho e ferramentas avaliativas, como a análise de impacto regulatório, entre outros. A maioria dos instrumentos já é utilizada por muitos países, mas há espaço para aprimoramentos a respeito de objetivos sociais e impactos a grupos específicos.²¹⁵ Uma dessas ferramentas é a análise de impacto regulatório, que se molda aos novos objetivos da regulação, pois preocupações ambientais, sobre sustentabilidade e crescimento inclusivo não pretendem se sobrepôr sobre as questões econômicas, mas sim pretendem ganhar espaço como elementos de análise a serem considerados pelas ferramentas econômicas clássicas.

O estudo da ferramenta da análise de impacto regulatório para os fins desse trabalho desmembrará para análise isolada três características: primeiro o estudo do início do processo, a partir dos *checklists* e a racionalização do processo decisório que eles representam, bem como a instrumentalização da transparência na apresentação dos resultados; posteriormente o estudo da metodologia de padrão internacional utilizada para a análise quantitativa, a análise de custo-benefício e suas derivações, o cálculo de riscos, o teste de limiar e os descontos necessários para se calcular os impactos; e por fim o aspecto consensual a partir das formas de participação das partes envolvidas para uma análise qualitativa. É certo que na elaboração de uma análise de impacto regulatório esses três fatores não se desenvolvem de maneira isolada, estancados uns dos outros e que essa separação se dará para fins didáticos.

3.2.1. Os *checklists*: organização e transparência

²¹⁴ OCDE. **All on Board Making Inclusive Growth Happen**. Paris, 2014, pp. 13-15.

²¹⁵ OCDE. **Public Governance for Inclusive Growth**. Paris, 2015, p. 6.

Os *checklists* são a primeira incursão da Organização a respeito da melhora regulatória, ainda no ano de 1993 (v. supra). Eles são uma importante ferramenta que pode ser usada por diferentes atores do processo regulatório, como os legisladores, os administradores incumbidos da competência regulatória, ministros de Estado, entidades da sociedade civil e grupos de interesse. Como e por quem serão usados, de maneira institucional ou não, são questões que variam entre os países que adotam. São o ponto de partida que norteia os trabalhos daqueles que desenvolvem a política de regulação, servindo também como forma de apresentação dos resultados alcançados.

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

(1) o problema está definido corretamente?; (2) A ação do governo é justificada?; (3) A regulação é a melhor forma de ação do governo?; (4) Existe base legal para a regulação?; (5) Em qual nível deve ocorrer a ação governamental na situação?; (6) Os benefícios da regulação justificam os custos?; (7) Os efeitos da distribuição pela sociedade estão transparentes?; (8) A regulação é clara, consistente, compreensível e acessível ao usuário?; (9) Todas as partes interessadas tiveram oportunidade de apresentar seu ponto de vista? (10) Como ela será cumprida?²¹⁶²¹⁷

O problema deve estar bem definido, com evidências claras da sua natureza e magnitude e as razões que o fazem efetivamente um problema; a justificativa da ação governamental é um efeito da abordagem mais liberal que sustenta os esforços metarregulatórios²¹⁸, devendo-se buscar alternativas não-regulatórias à questão e respeitando sempre que possível a dinâmica do mercado; a compatibilidade jurídica se refere essencialmente à compatibilidade da solução proposta com as regras de competência e o enquadramento com normas internacionais sobre o tema. bem como com princípios jurídicos relevantes, como a proporcionalidade; os níveis de governo tratam da verticalidade da estrutura governamental, adequando a política ao nível que melhor satisfaça seus objetivos e criando medidas de coordenação quando mais de um nível estiver envolvido, sendo especialmente sensível em países que adotam o federalismo.

A necessidade de os benefícios superarem os custos e as estimativas que acompanham esse juízo quantitativo são um dos principais pilares - e fontes de controvérsias da metodologia - e podem ser encarados de forma rígida ou mais flexível; a transparência aparece em duas

²¹⁶ OCDE. **Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation**. Paris. 1995.

²¹⁷ Essas mesmas perguntas reaparecem em vários documentos da OCDE sobre análise de impacto regulatório ao longo dos anos. Entre eles o OCDE. **Regulatory Impact Analysis in OECD Countries: Challenges for developing countries**. Dhaka, Bangladesh. 2005.

²¹⁸ Trata-se como abordagem liberal o fato de os esforços regulatórios pretenderem diminuir a intervenção do Estado no domínio econômico ao reduzir o número de regulações e exigir justificativas mais consistentes e metodologias mais conscientes dos impactos para que se proceda nos esforços regulatórios.

perguntas distintas, sendo uma das características fundamentais da análise de impacto regulatório, devendo as informações estarem disponíveis, de maneira compreensível e acessível aos usuários; a participação de todos os interessados também é fundamental, de maneira transparente e aberta, com procedimentos e tempo adequados; por fim, o *compliance* deve ser uma preocupação dos reguladores, devendo haver maneiras que garantam o sucesso de política regulatória.²¹⁹

O *checklist* analisado acima é, como dito, uma recomendação da Organização e há variações na adoção que cada país faz da ferramenta. Essas recomendações consolidadas no ano de 1995 refletem os elementos identificados dois anos antes. No documento de 1993 que aborda a utilização dessa ferramenta, quinze experiências foram analisadas e quatro elementos em comum foram identificados, ainda que não fossem expressados com as mesmas palavras, todos os *checklists* buscam consolidar: (i) o papel do governo como regulador; (ii) os custos e efeitos da regulação; (iii) a regulação como instrumento jurídico de governo; e (iv) a regulação no contexto do governo e das políticas internacionais. Esses elementos foram analisados e subdivididos pela Organização como forma de realizar uma análise comparada das experiências. Para fins didáticos, denomina-se de *elementos* essas categorias macro analisadas no documento e de *componentes* as características atreladas àqueles.

A respeito do papel do governo como regulador, o primeiro ponto abordado é a necessidade da ação governamental, abrangendo a identificação do problema, dos objetivos da ação e análise das capacidades do setor privado de (não) lidar com o problema, desconstruindo a premissa de que o governo é capaz de resolver todos os problemas. Diversos países, como Holanda, Alemanha, Japão, Canadá, Estados Unidos, Finlândia, Espanha, Reino Unido e a União Europeia, adotam essa ideia de necessidade da regulação, seja questionando a não intervenção governamental e seus efeitos, tratando a regulação como medida excepcional ou exigindo elementos concretos que definam o problema como tal.²²⁰

Outro componente do papel do governo é a forma de ação prioritária e suas alternativas, ou seja, análise das regulações *command and control* e suas alternativas que não envolvam coerção, como autorregulação, incentivos, licenciamento, entre outras.²²¹

Os *checklists* têm como finalidades mais importantes, dentre outras, comunicar valores e políticas de governo, fomentar a resposta do setor público às prioridades políticas, estabelecer

²¹⁹ OCDE. **Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation**. Paris, 1995.

²²⁰ OCDE. **Regulatory Management and Reform Series no. 4: The Design and Use of regulatory Checklists in OECD Countries**. Paris, 1993, p. 19

²²¹ *Ibidem*, p. 20

um processo regulatório ordenado, aumentar a qualidade da regulação, melhorar o desenvolvimento e implementação dos programas regulatórios, promover mudanças culturais e facilitar a visão gerencial do sistema regulatório. Outro elemento importante é o nível de governo em que a ação é tomada, sendo problema comum aos países federalistas, mas também preocupação para países unitários, como o Japão que tenta coordenar da melhor maneira possível as ações em níveis locais ou a Espanha que se preocupa com questões de ordem constitucional em relação às comunidades autônomas.²²²

O segundo elemento, custos, benefícios e efeitos da regulação é dividido em cinco componentes. O primeiro trata dos custos aos afetados pela regulação, uma preocupação sobre os custos que o setor privado deve incorrer e quais os impactos na concorrência a nível internacional. A abordagem sobre custos é diversas, alguns países exigem apenas a indicação de que os custos existem, outros países exigem uma informação detalhada, outros com o balanceamento entre custos e benefícios. O Reino Unido exige informação sobre custos impostos ao setor privado recorrentes e não recorrentes para o cumprimento de determinada regulação, enquanto a Alemanha analisa se a relação custo-benefício é "aceitável". Os Estados Unidos por sua vez modulam a necessidade de estudos detalhados, cabendo à regulação com impacto estimado superior a cem milhões de dólares a necessidade de estudos minuciosos. A Suécia inclui custos com burocracia e a Finlândia inclui questões ambientais. Há, portanto, uma variedade de elementos que podem ser considerados, criando uma variedade de possíveis abordagens que seguem a mesma lógica: os benefícios devem superar os custos estimados. O benefício - outro lado da moeda - é o segundo componente, mas não é uma preocupação tão grande nos *checklists* analisados, havendo ênfase nos custos.²²³

O terceiro componente trata de efeitos distributivos e a identificação dos afetados pela regulação. É uma preocupação que excede a análise de custos e benefícios totais, analisando também a distribuição entre os segmentos da sociedade, sobretudo sobre pequenos empreendimentos. Seguindo a tendência de analisar custos em detrimento de benefícios, os países que adotam a análise distributiva focam nos perdedores e não nos beneficiados pela regulação. É o caso, por exemplo, do Reino Unido, Canadá, Suécia e Estados Unidos - este, além da preocupação com pequenos empreendimentos também observa os impactos em pequenos governos, devido ao federalismo.²²⁴

²²² OCDE. **Regulatory Management and Reform Series no. 4:** The Design and Use of regulatory Checklists in OECD Countries. Paris, 1993, p. 21

²²³ Ibidem, pp. 22-25

²²⁴ Ibidem, pp. 24

O quarto componente trata dos efeitos secundários da regulação, sendo especialmente útil quando analisadas regulações já existentes. Efeitos secundários são aqueles que não estão diretamente ligados aos custos de cumprimento imediato das obrigações regulatórias, mas que advêm deles, sendo muitas vezes não previstos e não quantificados na análise de custo-benefício. A Holanda e o Japão abordam diretamente esses custos, o primeiro analisando efeitos no mercado, nos investimentos, no desenvolvimento socio-econômico e o segundo se preocupa em não permitir que a regulação sirva para criar barreiras de entrada nos mercados regulados.²²⁵

O quinto componente trata dos custos para o governo. Essa preocupação é crescente dadas as restrições fiscais também crescentes dos países. A necessidade de conjugar um orçamento restrito com as expectativas, sobretudo em áreas como saúde e segurança, faz com que boa parte dos países abordem os custos para a administração em seus *checklists*. Alemanha, Estados Unidos, Canadá, Suécia, Holanda, Espanha, Japão e Finlândia de alguma maneira abordam tais custos.²²⁶

O terceiro elemento é a regulação como instrumento jurídico de governo. A regulação como ação governamental que controla e limita o setor privado, é usualmente corporificada em norma jurídica, seja lei ou norma infralegal e conta com o respaldo da autoridade estatal. Os *checklists* atentam para as consequências jurídicas de regular seus cidadãos e a necessidade de verificar a legitimidade de tais normas. Esse elemento é dividido em oito componentes.²²⁷

O primeiro componente é a autoridade para regular, ou seja, se a autoridade é competente para agir e se a regulação está de acordo com as normas jurídicas. A Suécia em seu *checklist* exige que seja dito de forma clara se a proposta trata de uma obrigação respaldada por uma norma ou se é apenas uma recomendação, já a Áustria exige que a norma contenha apenas regras e não motivos ou desejos. A Holanda deixa expresso que as regulações estão sujeitas a normas superiores, tais como a proporcionalidade. Na União Europeia há a exigência de que os direitos e deveres daqueles afetados pela regulação estejam claramente definidos.²²⁸

A linguagem é o segundo componente, exigindo que o esboço da política seja feito em linguagem clara e simples, evitando termos técnicos e específicos. Assim, tenta-se evitar que haja incerteza e também que os regulados entendam melhor o que se exige deles. Com o mesmo objetivo de evitar incertezas está o terceiro componente, que trata da exigência da adoção de critérios substantivos para o exercício da discricionariedade, ou seja, critérios estáveis o

²²⁵ OCDE. **Regulatory Management and Reform Series no. 4:** The Design and Use of regulatory Checklists in OECD Countries. Paris, 1993, p. 25

²²⁶ Ibidem, p. 26

²²⁷ Idem.

²²⁸ Ibidem, pp. 26-27

suficiente para que não gere insegurança e permitam certa previsibilidade quando lidando com casos semelhantes, mas que possuam a flexibilidade de adaptação quando houver necessidade. O quarto componente trata de procedimentos de segurança, como o direito a audiências ou reexame de documentos e podem ser previstos fora dos *checklists* que orientam a produção regulatória, sendo uma espécie de direito de recurso. O quinto componente trata do grau de invasão da vida privada aos qual os governos devem estar atentos.²²⁹

Os três últimos componentes tratam da aplicação da regulação. São eles: a viabilidade do cumprimento, ou seja, a capacidade de detectar o descumprimento e aplicação das sanções correspondentes; as estratégias de cumprimento, desenvolvendo um programa que garanta o maior grau de cumprimento por parte dos regulados com o menor custo de fiscalização; o último diz respeito ao período em que a regulação deve ser aplicada, seguindo a tendência de desregulação, é necessário que seja avaliada a duração em que a regulação se faz necessária.

O quarto e último elemento em comum nos *checklists* analisados pela Organização trata da regulação no contexto de políticas governamentais e internacionais. Seu primeiro componente trata da relação e compatibilidade das regulações com normas e políticas governamentais já existentes, a fim de evitar sobreposições, desperdícios ou normas contraditórias. O segundo componente trata da compatibilidade com normas e acordos internacionais, com o mesmo objetivo do anterior.²³⁰

Em 2005, no documento publicado em conjunto com a Cooperação Econômica Ásia-Pacífico - APEC um *checklist* alternativo é divulgado (v. supra). Trata-se de uma versão simplificada, com oito pontos - em comparação aos dez propostos pela OCDE - mas aborda os mesmos elementos do anterior: custos e benefícios, alternativas à regulação, transparência e consulta pública.²³¹

Em 2008 é publicada uma sugestão de *checklist* para apresentar os resultados da análise de impacto regulatório, melhor estruturada que a apresentada em 1995, tornando mais fácil a interpretação das informações pelas partes interessadas, além de ser mais minuciosa. Nessa nova lista as informações são divididas em nove categorias: objetivo; problema; proposta regulatória; análise dos custos e benefícios; comparação dos custos e benefícios; identificação de alternativas; comparação dos custos e benefícios das alternativas; comparação das alternativas com a proposta regulatória; e os elementos obtidos nos processos de consulta,

²²⁹ OCDE. **Regulatory Management and Reform Series no. 4:** The Design and Use of regulatory Checklists in OECD Countries. Paris, 1993, p. 29-31

²³⁰ Ibidem, p. 32-33

²³¹ APEC; OCDE. **APEC-OECD Integrated Checklist on Regulatory Reform:** A Policy Instrument for Regulatory Quality, Competition Policy and Market Openness. 2005.

listando todos os grupos de participantes. Chama a atenção o especial cuidado dado aos pontos da proposta regulatória - subdividido para descrever a regulação, apontar a autoridade competente, listar os grupos potencialmente afetados e as estratégias de cumprimento - e os pontos de custos e benefícios da regulação - devendo-se apontar impactos administrativos, econômicos, sociais, ambientais e os custos para o cumprimento.²³²

Além da racionalização do processo decisório, apresentar o resultado de forma inteligível é tão importante para a análise de impacto regulatório quanto o próprio estudo técnico em si. Essa apresentação ocorre também por meio do *checklist*, que se preocupa em demonstrar tanto a etapa de estudos quantitativos, como a análise de custo-benefício, bem como a participação das partes interessadas de maneira clara e simples. Outro fator importante é a demonstração dos pressupostos que motivaram a regulação, como o problema identificado e a necessidade da medida regulatória.

No contexto jurídico brasileiro, a publicidade da administração pública é um princípio constitucional previsto no artigo 37, *caput* e o §3º, II prevê o acesso dos usuários da administração pública a registros administrativos e informações sobre atos de governo - respeitadas a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, bem como a segurança nacional e da sociedade, conforme o artigo 5º incisos X e XXXIII respectivamente. Sendo as agências reguladoras entidades que compõem a administração pública indireta, é necessário que cumpram tais exigências. Regulando essa obrigação, a Lei 12.527 - Lei de Acesso à Informação - estabelece que seus procedimentos destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem seguir os princípios básicos da administração pública. Estabelece ainda que o dever do Estado extrapola a mera divulgação das informações, que deve ser feita de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão, conforme previsto em seu artigo 5º.

Essa obrigação é especialmente sensível quando analisados os resultados da análise de impacto regulatório apresentado na forma do *checklist*, porque as informações de ordem técnica, com maior complexidade e especificidade, devem ser na medida do possível 'traduzidas' para linguagem de fácil compreensão. Há dois benefícios para essa descodificação da informação, sendo o primeiro o já citado cumprimento da obrigação de publicidade e transparência, e o outro de ordem interna ao processo de decisão, porque os membros do colegiado de agências reguladoras não são necessariamente versados nos termos técnicos abordados nos estudos - a metodologia é a mesma para diversas áreas da regulação econômica

²³² OCDE. **Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)**, Paris. 2008.

e há agências que regulam transmissão de energia elétrica enquanto outras regulam transporte aquaviário, por exemplo, sendo natural que os membros dos colegiados sejam de formações diversificadas. Além disso, para que seja possível um controle externo da atividade regulatória é necessário que as informações possam ser compreendidas por entidades como o Judiciário, o Ministério Público ou o Legislativo no exercício do artigo 49, X da Constituição Federal (fiscalização e controle dos atos do poder Executivo). Pelas razões apresentadas, acredita-se que os *checklists* são uma ferramenta promissora para cumprir os anseios de racionalização e publicidade no processo decisório.

3.2.2. Métodos quantitativos: custos, benefícios e seus desdobramentos

A análise de custo-benefício é o método quantitativo que mais ganhou popularidade com a adoção da análise de impacto regulatório. A premissa é simples: medir custos e benefícios e agir caso o retorno compense o esforço. A execução, entretanto, é complicada. De acordo com a metodologia, devem ser incluídos e explicitados todos os impactos significativos da regulação, independentemente de serem quantificáveis os custos e benefícios associados.

O *Routledge Dictionary of Economics* assim define a análise de custo-benefício e o que pode ser considerado por ela:

A avaliação de um projeto de investimento com uma perspectiva de longo prazo do ponto de vista da economia como um todo [...] ao comparar os efeitos de se realizar o projeto ou não. Essa forma de análise foi desenvolvida para oferecer meios para avaliar obras públicas e projetos de desenvolvimento em casos em que os valores poderiam ser medidos empiricamente. Pode ser atribuída à obra de Dupuit *De la mesure de l'utilité des travaux publics* (1844), mas foi utilizada pela primeira vez como técnica para avaliar projetos sob o *US Flood Control Act* de 1936. A justificativa teórica para procedimentos de custo-benefício era frágil até que Hicks publicou em 1943 artigo sobre excedentes do consumidor. Um cálculo do valor presente líquido dos custos e benefícios esperados torna possível usar a regra de decisão de que um projeto só será realizado se os benefícios excederem os custos. A maximização dos benefícios sociais líquidos passou a ser considerada o critério adequado para se selecionar um projeto.

Os benefícios e custos podem ser reais (tangíveis ou intangíveis) ou pecuniários. Benefícios tangíveis podem ser equiparados com aumento de rendimento; benefícios

intangíveis com prestígios e a criação de algo belo; e benefícios pecuniários com a mudança na remuneração relativa de uma indústria ou ocupação.²³³

O termo análise de custo-benefício, entretanto, tem uma variedade de significados e usos. Pode, por um lado, ser entendida como um sinônimo de economia do bem-estar²³⁴, ou seja, a economia usada normativamente, para oferecer ajuda na formação de políticas públicas ou privadas. De outro lado, o termo pode denotar o uso do conceito de eficiência Kaldor-Hicks²³⁵ (maximização de riqueza ao invés de maximização de utilidade) para avaliar projetos do governo.²³⁶²³⁷ Utilizar a análise de custo-benefício nos termos da eficiência de Kaldor-Hicks significa avaliar os resultados como um todo e não para cada parte envolvida na equação, ou seja, se o resultado final traz mais benefícios do que custos no total, independentemente de quem obtém os lucros e quem arca com os prejuízos.

O uso do termo pode ainda se referir a um método de pura avaliação, conduzido sem a preocupação com os usos de seus resultados, estando o decisor livre para decidir conforme outros critérios. Essa abordagem resolve um problema fundamental da eficiência de Kaldor-Hicks, que possui diversas inadequações - pois desconsidera a justiça distributiva, por exemplo²³⁸ - mas que pode ser considerada como um valor social, ainda que não o único valor social a ser considerado.²³⁹ Resumidamente, a análise de custo-benefício pode ser vista de três pontos de vista, variando a importância que ela possui na tomada de decisão: como pura avaliação, como um dos elementos da decisão e como regra de decisão.

Para Posner o uso da análise de custo-benefício deve ser pragmático, ou seja, analisar se o desempenho do governo é melhor em algum sentido de melhora que o observador considera

²³³ Tradução livre do inglês. Optou-se por manter o nome de obras e normas estrangeiros como no original. RUTHERFORD, Donald. **Routledge Dictionary of Economics**. Second Edition. London: Routledge, 2002, p. 136.

²³⁴ Economia do bem-estar refere-se ao ramo da economia dedicado ao estudo da maximização do bem-estar da sociedade, considerando tanto o tamanho do bem-estar social quanto sua distribuição. É um dos campos mais abstratos e teóricos da ciência econômica porque foca seus esforços em questões normativas. Cf. RUTHERFORD, Donald. **Routledge Dictionary of Economics**. Second Edition. London: Routledge, 2002, p. 622.

²³⁵ O princípio de compensação de Kaldor-Hicks é atribuído, como sugere seu nome, às obras de Nicholas Kaldor e John Hicks e diz respeito a um teste de economia do bem-estar em que haverá um ganho em bem-estar social quando aqueles que ganham bem-estar são capazes de compensar os perdedores e ainda mantenham um ganho líquido. Essa compensação, entretanto, não deve obrigatoriamente ocorrer.

²³⁶ POSNER, Richard A. Cost-Benefit Analysis: Definition, Justification, and Comment on Conference Papers. In: **The Journal of Legal Studies**, vol 29, no. S2, junho de 2000, pp. 1153-1154.

²³⁷ Richard Posner compara a eficiência de Kaldor-Hicks com 'fazer a torta crescer sem se preocupar em como o tamanho relativo das fatias se altera'. POSNER, Richard A. **Op Cit.**, p. 1155.

²³⁸ O conceito de Kaldor-Hicks considera um dólar como valendo o mesmo para todos, mesmo se sabendo que a utilidade marginal da renda é diferente para cada pessoa. POSNER, Richard A. Cost-Benefit Analysis: Definition, Justification, and Comment on Conference Papers. In: **The Journal of Legal Studies**, vol 29, no. S2, junho de 2000, pp. 1154.

²³⁹ Idem.

apropriado.²⁴⁰ Há uma clara flexibilidade normativa na concepção do autor, assim como na abordagem da análise de custo-benefício defendida pela OCDE, porque caso fosse extremamente rígida, sua adoção se complicaria em vários países.

A análise de custo-benefício defendida no âmbito dos documentos da OCDE é marcado por essa flexibilidade: não se pretende uma regra de decisão, mas um elemento a ser considerado pelo decisor, uma fonte de informação que não vincula, mas orienta a tomada de decisão; também não se pretende filiar rigidamente à eficiência de Kaldor-Hicks, levando em consideração efeitos distributivos e, em conjunto com as consultas públicas, compreender a utilidade marginal dos elementos considerados para cada grupo.

Na elaboração da análise de custo-benefício, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade em que esforços devem ser concentrados na consideração dos custos e dos benefícios mais significativos. O presente subcapítulo se dedicará prioritariamente à análise de custo-benefício, descrevendo os instrumentos que a compõem e as dificuldades enfrentadas por aqueles que a executam. Além disso, apresentará meios alternativos, que derivam da análise de custo-benefício, que podem ser utilizados quando as dificuldades são intransponíveis.

A análise de custo-benefício adotada no âmbito da metarregulação pode medir custos e os benefícios do governo, das empresas ou dos demais *stakeholders*, sendo recomendável que a análise seja completa. Para medir esses custos e benefícios é necessário que se quantifique e que se monetize os elementos em jogo. Quantificar é descobrir a quantidade de determinado custo ou benefício, enquanto monetizar é atribuir valor monetário para cada elemento. Trata-se, no caso da quantificação, de conhecer a dimensão dos elementos analisados enquanto a monetização objetiva trazer todos os elementos para a mesma 'medida' - um valor monetário - que permita objetividade na análise.

Essas duas técnicas, entretanto, não caminham necessariamente juntas. É possível que o regulador saiba determinada quantidade e tenha problemas para atribuir valor monetário. É o exemplo comum de quando se estima que determinada regulação salve um número de vidas, ou evite um determinado número de acidentes. Embora se saiba a quantidade, há questões de ordem moral que dificultam a atribuição de valor monetário - quanto custa uma vida? O contrário também pode ser verdadeiro: o regulador consegue atribuir valor monetário à contratação de um técnico especializado em determinado problema, mas não consegue determinar quantos técnicos são necessários para alcançar o resultado desejado.

²⁴⁰ POSNER, Richard A. Cost-Benefit Analysis: Definition, Justification, and Comment on Conference Papers. In: **The Journal of Legal Studies**, vol 29, no. S2, junho de 2000, pp. 1156.

A análise de custo-benefício ideal ocorre quando todos os elementos a serem considerados podem ser quantificados e monetizados, permitindo que as opções disponíveis sejam comparadas de maneira objetiva. Mesmo assim, tal objetividade não é tida como uma obrigatoriedade na decisão final, servindo apenas como um ônus argumentativo caso outra opção seja a escolhida. Tenta-se com a metodologia medir custos e benefícios para melhorar a cognição individual e social sobre riscos e resultados.²⁴¹

A abordagem que cada país faz da análise de custo-benefício varia (v. supra). Enquanto o recomendado pela OCDE é que todos os custos e benefícios sejam quantificados e monetizados. A Organização cita em documento de 2008 quais os custos e benefícios comuns envolvidos na regulação, separando-os em três grupos, quais sejam, empresas, consumidores, governos e uma categoria 'outros' que engloba custos e benefícios mais genéricos.

Para as empresas são custos comuns aqueles envolvidos na familiarização com a nova regulação e o planejamento para se adequar, aumento dos custos de materiais devido a regulações, aumento dos custos de produção, transporte ou propaganda por requisitos regulatórios, perda de negócios devido a restrições no acesso a mercados, licenciamentos e outras taxas e custos internos e de taxas de fiscalização para garantir o cumprimento. Já os benefícios comuns são a redução de acidentes de trabalho, ganhos associados à produtividade, maior disponibilidade de informações sobre os mercados e ganhos de eficiência decorrentes, maior produtividade e eficiência graças à proibição de comportamentos que ferem a concorrência.²⁴²

Os custos comuns envolvendo consumidores são os maiores preços por produtos e serviços, a redução da variedade de oferta dos mesmos e atrasos na introdução de novos produtos devido à necessidade de regulações que exigem testes prévios. Os benefícios são a redução dos preços de produtos ou serviços graças à proibição de comportamentos que ferem a concorrência, maior segurança dos bens e serviços, melhores informações sobre bens e serviços possibilitando melhores escolhas e melhores requisitos mínimos de qualidade.²⁴³

Para o governo os custos podem ser os relacionados à administração das regulações, incluindo-se aqueles de prover informações para as empresas, recrutamento e treinamento de pessoal, processamento de licenças e aprovações de produtos; os custos de verificação do

²⁴¹ Nesse sentido Cass Sunstein afirma que a análise de custo-benefício não pode servir como uma "*camisa de força aritmética*" limitando o espectro de escolhas possíveis. Seu papel é informar o tomador de decisão sem excluir o fator político e democrático do processo. Cf. SUNSTEIN, Cass R. **Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 130.

²⁴² OCDE. **Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)**, Paris. 2008, p. 10-11.

²⁴³ Idem.

cumprimento das regulações, incluindo-se inspeções e auditorias; e os custos do cumprimento e sancionamento, como as investigações e processos. Os benefícios podem ser a melhor saúde pública e a redução dos custos com saúde, melhoria da quantidade e qualidade das informações disponíveis auxiliando o processo de tomada de decisão e investigações e processos por descumprimento.²⁴⁴

Na categoria 'outros' a OCDE coloca custos como a redução da concorrência ao, por exemplo, favorecer produtores já consolidados tornando a entrada no mercado mais difícil, custos distributivos, ou seja, se os custos são desproporcionalmente sustentados pelos pobres ou grupos vulneráveis e ainda como custos estão as restrições às inovações e a habilidade de desenvolver e comercializar novos produtos e serviços. Como benefícios nessa categoria estão a melhoria da concorrência e os benefícios distributivos que beneficiam grupos pobres ou em áreas rurais, por exemplo.²⁴⁵

Cass Sunstein aponta três problemas na quantificação: (i) epistêmico; (ii) moral; (iii) incomensurabilidade. O problema de ordem epistêmica se dá por conta das questões difíceis e a falta de conhecimento para quantificar os benefícios ou monetizá-los. O problema de ordem moral se dá quando, mesmo conseguindo quantificar os custos e benefícios, o regulador não tem a confiança de que as ferramentas econômicas utilizadas são as mais corretas ou apropriadas. O problema da incomensurabilidade é quando o regulador não consegue estabelecer equivalências entre bens desejados e unidades instrumentais, por exemplo ao atribuir um valor monetário à dignidade humana.²⁴⁶

O problema epistêmico pode se concretizar de maneiras distintas. A ignorância, quando o regulador não consegue sequer uma estimativa, é uma delas, embora seja rara. A incerteza também é uma possibilidade, podendo identificar diversos resultados possíveis sem conseguir atribuir a probabilidade de cada um deles. Há também a possibilidade já citada de conseguir quantificar e não monetizar. Entretanto, para Sunstein, essas razões não são suficientes para abandonar os esforços de quantificação e monetização.²⁴⁷

Para sanar as dificuldades de monetização de determinados custos e benefícios, algumas técnicas estão disponíveis ao regulador, como o valor estatístico da vida (*value of statistical life*) e a disponibilidade para pagar (*willingness to pay*).

²⁴⁴ OCDE. **Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)**, Paris. 2008, p. 10-11.

²⁴⁵ Idem.

²⁴⁶ SUNSTEIN, Cass. The Limits of Quantification. In: **California Law Review**. vol. 102, issue 6, 2014, p. 1375.

²⁴⁷ Ibidem. p. 1384.

Na técnica chamada de valor de vida estatística (*Value of Statistical Life – VSL*)²⁴⁸ os reguladores tentam estabelecer valores para a vida baseados no valor monetário que as pessoas estão dispostas a pagar.²⁴⁹ O valor alcançado não é um número estático e único para cada pessoa ou situação. Para cada risco a que se está exposto um valor distinto será estabelecido. É prática comum nas agências dos Estados Unidos a adoção de valores em cada agência. Esses valores são alcançados a partir de outra técnica chamada disponibilidade de pagamento (*willingness to pay – WTP*)²⁵⁰. Trata-se da consideração individual do valor monetário que cada pessoa está disposta a pagar para se ver segura de determinado risco.²⁵¹

Trabalhar com os conceitos de vida estatística e disponibilidade para pagar traz diversos questionamentos. Pode-se prosseguir com regulações que excedam os custos aos quais as pessoas estão dispostas a incorrer? Há argumentos de bem-estar e autonomia que embasariam a visão de que as pessoas não devem ser obrigadas a pagar mais do que estão dispostas, pois sendo cidadãos livres devem ter a permissão de alocar seus recursos onde bem entenderem, seja em comida, recreação ou diminuição de um risco. Essa visão extremamente liberal sofre diversas críticas, como a adaptação aos riscos, tornando a percepção dos mesmos deturpadas, como é o caso de baixos valores de WTP para soluções ambientais, pois as pessoas já estão adaptadas ao meio-ambiente vilipendiado (*deprivation*) e não estão dispostas a pagar valores altos para corrigir a questão, o que de maneira alguma diminui sua importância. Trata-se de uma deturpação. (*miswanting*).²⁵²

²⁴⁸ O conceito de *Value of Statistical Life* não deve ser confundido com uma tentativa de atribuir um valor à vida de um indivíduo. Trata-se de uma estatística que reflete a disponibilidade de se pagar para a redução de um risco de morte prematura com baixa probabilidade de acontecimento. O *Office of Management and Budget* do Governo dos Estados Unidos esclarece o conceito por meio da Circular A-4: “*Some describe the monetized value of small changes in fatality risk as the “value of statistical life” (VSL) or, less precisely, the “value of a life.” The latter phrase can be misleading because it suggests erroneously that the monetization exercise tries to place a “value” on individual lives. You should make clear that these terms refer to the measurement of willingness to pay for reductions in only small risks of premature death. They have no application to an identifiable individual or to very large reductions in individual risks. They do not suggest that any individual’s life can be expressed in monetary terms. Their sole purpose is to help describe better the likely benefits of a regulatory action.*”

²⁴⁹ SUNSTEIN, Cass R. **Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 142.

²⁵⁰ Existem dois métodos de cálculo da disponibilidade de pagamento (WTP): o primeiro por meio de pesquisas diretas, perguntando-se às pessoas quanto pagariam para minimizar determinado risco e o segundo de uma maneira indireta, analisando-se o mercado (por exemplo por meio de exigências salariais maiores para se correr determinados riscos - adicional de risco - ou o aumento de preço de bens e serviços que diminuam o risco). O valor que a pessoa alega estar disposta a pagar para se ver livre do risco é então associado à probabilidade do risco se concretizar e se alcança um valor individual. Esses valores individuais então serão analisados para se chegar a um valor estático da vida, o VSL. Cf. REVESZ, Richard L. Quantifying Regulatory Benefits. In: Institute for Policy Integrity. **Working Paper**. No. 2014/2. New York: New York University School of Law, 2014.

²⁵¹ SUNSTEIN, Cass R. **Op Cit.**, p. 149.

²⁵² *Ibidem*, p. 154.

Outra possível interpretação está em abordar o problema do ponto de vista dos direitos das pessoas de não serem expostas a riscos de determinada magnitude. Usar os valores de WTP nessas situações seria uma violação a direitos. Quando se trata de de riscos com probabilidades consideráveis, o Estado deve intervir mesmo que o custo exceda a disponibilidade de pagar.²⁵³

Há ainda um problema quando se trata de desigualdades sociais. O uso de técnicas de WTP com grupos de pessoas carentes apresenta consistentemente valores menores de disponibilidade para pagar, sendo coerente que os valores alcançados para regulações e políticas públicas que tenham como público-alvo as pessoas de baixa renda sejam menores. Os beneficiados pagam somente uma fração ou nenhuma parte da medida enquanto os que pagam não recebem tantos benefícios diretamente. Caso se levasse os valores de WTP ao extremo, nenhuma política pública para população de baixa renda se concretizaria. Sunstein defende que não se fere a autonomia ao se garantir bem-estar às pessoas com subsídios nem se fere os direitos daqueles que subsidiam porque está se gerando um bem-estar social, um benefício coletivo.²⁵⁴

Para Amartya Sen, é comum que na elaboração de análises de custo-benefício não se leve em consideração os “custos humanos” das propostas em questão, feitas para satisfazer critérios monetários. É comum também que se retire conteúdos éticos das considerações, não se observando as violações a direitos e os motivos da decisão. outro fator que não pode ser desconsiderado ao se tomar decisões baseadas em tais análises é o valor da liberdade. É possível que a análise de custo-benefício se baseie em uma concepção liberal de liberdade, i.e. das pessoas fazerem suas escolhas (valoração de oportunidades e não só de ações efetivamente realizadas). Entretanto, há uma grande diferença entre uma pessoa que jejua por opção e outra que passa fome por falta de comida, embora ambas não se alimentem. Apenas para uma delas há a possibilidade de escolha. Especificamente sobre o uso da técnica de WTP critica o fato de não considerar em sua totalidade os efeitos distributivos, presumindo que cada unidade monetária tem o mesmo valor para diferentes grupos sociais.²⁵⁵

A disponibilidade para pagar é apenas uma *proxy* para bem-estar. Como visto, se as pessoas não possuem muito dinheiro, terão menor disponibilidade para pagar por bens ou experiências, mesmo que eles tenham um impacto significativo em suas vidas. Os números que resultam da disponibilidade para pagar não devem ser decisivos, mas não se pode ignorar que

²⁵³ SUNSTEIN, Cass R. **Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 155-157.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 167.

²⁵⁵ SEN, Amartya. The Discipline of Cost-Benefit Analysis. In: **Journal of Legal Studies**. N. 29. 2000. pp. 943-946.

se tem que atribuir algum valor a esses bens. A disponibilidade para pagar pode ser um piso ou um ponto de partida.²⁵⁶

Outra questão importante é que os seres humanos são complexos e valorizam as coisas de formas distintas entre si. Os esforços para quantificar e monetizar uma grande variedade de variáveis pode acabar por ignorar as diferenças. Colocar distintos bens numa escala monetária, como saúde, proteção aos animais, diminuição do desemprego e os custos de energia pode não ser a forma mais eficiente de entender o problema como um todo, mas possibilita ao regulador entender os *trade-offs* entre eles.²⁵⁷

Não se deve encarar o papel do governo como um maximizador de eficiência econômico. O uso indiscriminado dos conceitos de disponibilidade e valores estatísticos resultaria em distorções e injustiças.. Defende-se que se considere os efeitos desejados antes da análise, que os objetivos estejam traçados e depois analisados em termos monetários, para que o WTP seja apenas um ponto de partida e que se considere os efeitos distributivos.²⁵⁸

Além da quantificação e monetização, é necessário que seja feito o desconto (*discounting*), que é a técnica de avaliar em valores atuais fluxos econômicos que se originam em datas diferentes.²⁵⁹ Ao se avaliar o impacto de regulações deve-se considerar custos únicos e custos recorrentes e além disso os custos e benefícios podem ocorrer em momentos diferentes. Considere um exemplo de regulação que exija altos investimentos nos primeiros dois anos para a redução da poluição. O benefício (redução da poluição) não é imediato, entretanto se prolonga no tempo e pode ser usufruído por muitos anos. O efeito do tempo sobre o dinheiro faz com que um dólar gasto ou recebido hoje valha mais que um dólar gasto ou recebido no futuro.²⁶⁰

A diferença no tempo que os benefícios e custos vão se concretizar deve ser sanada através do processo de desconto, ajustando-se os valores através de uma taxa de desconto que os torne comparáveis em termos atuais, calculando-se um valor presente líquido. Essa será a quantia que resume em valores atuais o impacto total da regulação e, caso positivo, os benefícios superam os custos.²⁶¹

²⁵⁶ SUNSTEIN, Cass. The Limits of Quantification. In: **California Law Review**. vol. 102, issue 6, 2014, p. 1377.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 1379.

²⁵⁸ SUNSTEIN, Cass R. **Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 168-169.

²⁵⁹ RUTHERFORD, Donald. **Routledge Dictionary of Economics**. Second Edition. London: Routledge, 2002, p. 165.

²⁶⁰ OCDE. **Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)**, Paris. 2008, p. 13.

²⁶¹ *Idem*.

Quando não é possível ou desejável realizar uma análise de custo-benefício em sua completude, seja por impossibilidade de comoditização ou os elevados custos necessários para sua realização, outras técnicas de quantificação estão disponíveis ao regulador.

A análise de custo-efetividade (*Cost-effectiveness Analysis*) é a análise dos custos de diversas alternativas que pretendem alcançar o mesmo objetivo para se descobrir qual possui os menores custos.²⁶² É utilizada em situações em que se conhece os benefícios das opções - mas por alguma razão não se pode ou não se deseja monetizá-lo - e consiste na comparação dos custos entre regulações que geram benefícios iguais ou semelhantes. Não se aplica para determinar quais metas devem ser atingidas, mas, uma vez determinadas, é consistente em comparar quais meios são menos custosos para atingi-las. A análise de custo-efetividade não pretende responder se uma regulação deve ser realizada, mas sim responder quais opções são preferíveis para se realizar a regulação que já se decidiu realizar.²⁶³

A análise de ponto de equilíbrio, (*Break Even Analysis*) é a ferramenta disponível quando regulador conhece os benefícios esperados de determinada regulação mas desconhece a efetividade de medidas para alcançar os mesmos. Trata-se de estimar os custos da regulação e perguntar "quão efetiva a regulação deve ser para que os benefícios justifiquem os custos". No exemplo citado pela OCDE, um regulador que sabe que o uso de capacete por motociclistas reduz o número de mortes e acidentes graves deve estimar quantas mortes e lesões serão efetivamente evitadas e comparar com os custos incorridos por todas as partes para efetivar o uso do capacete.²⁶⁴ Em termos econômicos trata-se de encontrar o ponto em que os custos totais e as receitas totais se equivalem - o ponto de equilíbrio.²⁶⁵

A análise de múltiplos critérios (*Multi-Criteria Analysis*) é a metodologia que permite decisões sistemáticas e transparentes quando a quantificação dos impactos não é possível. Envolve a identificação dos objetivos e determinação de todos os fatores (critérios). Os fatores são elencados em ordem de prioridade para o cumprimento do objetivo e então cada opção pode ser ranqueada de acordo com os critérios estabelecidos, ajudando na visualização do regulador. A transparência reside na possibilidade de divulgação dos *rankings* utilizados demonstrando ao público as valorizações e decisões tomadas no processo.

²⁶² RUTHERFORD, Donald. **Routledge Dictionary of Economics**. Second Edition. London: Routledge, 2002, p. 136.

²⁶³ OCDE. **Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)**, Paris. 2008, p. 14.

²⁶⁴ Idem.

²⁶⁵ RUTHERFORD, Donald. **Op Cit.**, p. 77.

Outra opção é a utilização das análises parciais, utilizadas quando determinada medida atinge um público específico, ou o poder público pretende compreender o impacto de determinada medida somente sobre aquele público específico. Como a regulação pode ter impacto desproporcional em alguns grupos específicos da economia ou da sociedade, pode ser desejável analisar separadamente estes impactos, necessitando de estudos menos abrangentes e gerando menos custos para o orçamento público.

Outro fator importante é decidir quando as análises de custo-benefício (e em maior escala as análises de impacto regulatório) devem ser efetuadas. As análises de impacto regulatório são custosas, demandam pessoal especializado, tempo e dinheiro público, além da mobilização dos *stakeholders*. Para evitar que todas as propostas regulatórias, independentemente de sua magnitude, sejam objetos das análises, são realizados os testes de limiar. Os testes de limiar são feitos preliminarmente às análises completas, tendo como objetivo determinar uma estimativa dos custos e benefícios possíveis e esperados da regulação para, sendo muito baixos, não se proceder no estudo completo da análise de impacto regulatório.

3.2.3. Processos de participação: dando voz às partes interessadas

A obtenção das informações necessárias para a análise de impacto regulatório é um dos maiores desafios impostos à técnica. A assimetria informacional é um dos grandes obstáculos impostos à regulação (v. supra) e é um desafio durante a análise de custo-benefício. Para mitigar o problema, é necessário possibilitar a participação de todas as partes afetadas pela regulação para que cada uma possa demonstrar seus desejos e preocupações em relação à intervenção estatal.

Tendo em vista a elevada capacidade de organização dos principais agentes econômicos do mercado regulado para demonstrar seu ponto de vista, é especialmente sensível a participação das partes que não conseguem se organizar com facilidade, como por exemplo consumidores, pequenas empresas e grupos de risco.²⁶⁶ Para isso é necessário que o regulador tome medidas proativas para a participação. A pluralidade de posições analisadas é importante também para evitar que a informação seja apresentada de forma unilateral e para que não haja captura cultural do regulador. É razoável inferir que cada parte apresentará os argumentos que melhor lhe favorecem da melhor maneira possível, menoscabando e ocultando argumentos

²⁶⁶ BRODER, Ivy E.; MORRALL III, John F. Collecting and Using Data for Regulatory Decision-Making. In: OCDE. **Regulatory Impact Analysis: Best practices in OECD countries**. Paris, 1997, p. 246.

desfavoráveis, problema que pode ser em alguma medida sanado pela multiplicidade de partes consultadas.²⁶⁷

A boa informação é fundamental para o resultado da análise, mas sua obtenção é, na maioria das vezes, excessivamente custosa. O esforço na obtenção das informações deve ser proporcional ao impacto que se espera da medida e, tendo em vista o volume de informação necessário, não é raro que o regulador tenha que se basear em dados fornecidos por terceiros. Além disso, a participação aumenta a legitimidade do processo regulatório porque a decisão passa a ser compartilhada com as partes afetadas.²⁶⁸

É importante lembrar que um dos objetivos identificados pelos países que adotaram a análise de impacto regulatório - e reforçados para os países em desenvolvimento em 2005 - é a melhoria da transparência e da consulta pública.²⁶⁹ Além da obtenção das informações, a OCDE recomenda que elas sejam publicizadas da maneira mais ampla possível (*public disclosure*), embora nem todos os países o façam e alguns deixem para fazer após a tomada de decisão.²⁷⁰

A Comissão de Produtividade Australiana identificou seis pré-requisitos para um bom processo de consulta, posteriormente endossado pela OCDE. São eles: os objetivos devem ser claros, ajudando a identificar o público alvo e o método de consulta adequado; as partes envolvidas devem estar bem identificadas, sendo recomendado que o público alvo da consulta seja maior que o impactado ou que tenha interesse direto; outros órgãos e agências devem estar envolvidos no processo; a natureza e a forma das perguntas dos questionários escritos devem ser cuidadosamente consideradas; e os riscos da consulta precisam ser gerenciados, como baixa participação e uma apresentação ruim de temas complexos que podem ser difíceis demais para a compreensão.²⁷¹

Há diversas técnicas de obtenção de informação disponíveis ao regulador no processo de análise de impacto regulatório. Algumas delas foram brevemente analisadas no documento de 2008 da OCDE *"Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis"*. Dentre elas estão os questionários, a revisão de experiência em outros países, a comunicação com outras agências do governo, a revisão de literatura e a consulta pública, esta podendo ser

²⁶⁷ OCDE. **Building an institutional framework for regulatory impact analysis (RIA)**: Guidance for policy makers. Paris. 2008, p. 48.

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ OCDE. **Regulatory Impact Analysis in OECD Countries**: Challenges for developing countries. Dhaka, Bangladesh, 2005, p. 7.

²⁷⁰ OCDE. **Regulatory Impact Analysis (RIA) Inventory**. Paris. 2004, p. 5

²⁷¹ OCDE. **Building an institutional framework for regulatory impact analysis (RIA)**: Guidance for policy makers. Paris. 2008, p. 49.

feita através de quatro mecanismos: o *notice and comment*; o *circulation for comment*; audiências públicas; e órgãos de assessoramento.

Cada técnica para consulta pública tem suas vantagens e desvantagens, sendo recomendável que mais de uma delas seja aplicada ao processo de tomada de decisão. A consulta deve ocorrer o mais cedo possível e em várias etapas do processo, preferencialmente com o fornecimento antecipado de material explicativo, para que se aumente a efetividade da participação. A técnica de *notice and comment*, notícia e comentário em tradução livre, envolve a publicação de notícia informando ao público a intenção de regular, convidando os interessados a comentar, geralmente sobre uma questão específica presente em um documento disponibilizado para embasar a discussão. Já a técnica de *circulation for comment*, circulação para comentário, em tradução livre, envolve o envio de material requerendo comentário para um grupo específico de interessados, usualmente utilizada no início do processo regulatório para entender o posicionamento dos grupos afetados.²⁷²

As audiências públicas, instrumento de participação presente tanto no judiciário quanto nas agências reguladoras no Brasil, permitem que as pessoas comentem as regulações, facilitando a participação para determinados grupos interessados, principalmente as pessoas afetadas que dificilmente submeteriam um documento escrito comentando a proposta de regulação. Audiências públicas também promovem o diálogo, permitindo ao regulador formar um entendimento melhor do posicionamento de cada parte.²⁷³

Já os órgãos de assessoramento englobam diversos arranjos institucionais possíveis. Pode-se tratar de entidade fixa que auxilia o regulador em diversas propostas regulatórias, pode ser temporário para assessorar proposta específica. Pode ser composto exclusivamente por partes interessadas, ou pode ter especialistas em áreas relevantes, ou ainda funcionários públicos de carreira. Em geral esses órgãos podem possuir um de dois propósitos: oferecer *expertise* em determinado assunto ou construir consenso. Ou seja, o órgão pode ajudar o regulador a entender determinada informação ou a criar uma regulação que seja aceita pelas partes afetadas. A experiência dos países da OCDE mostra que os órgãos temporários tendem a ser informativos, enquanto os permanentes tendem a servir para a construção do consenso.²⁷⁴

Na elaboração de questionários é importante submetê-lo a um grupo representativo das partes afetadas, considerando cuidadosamente o tamanho da amostra, balanceando a necessidade de informação e os recursos escassos. As perguntas devem poder ser respondidas

²⁷² OCDE. **Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)**, Paris. 2008, p. 19.

²⁷³ Idem.

²⁷⁴ Ibidem, p. 20.

de maneira realista com informações disponíveis aos participantes, evitando-se ao máximo resposta enviesadas pelos interesses dos grupos afetados.²⁷⁵

A consulta pública não é um instrumento exclusivo do processo de análise de impacto regulatório e é prevista para grande parte das agências reguladoras federais brasileiras. A consulta é uma ferramenta democrática e deve estar acompanhada da transparência, permitindo uma regulação menos autoritária, colaborando inclusive para seu cumprimento. Trazida para o contexto específico da análise de impacto regulatório, a consulta pública é fundamental para identificar o máximo possível dos custos e benefícios envolvidos na proposta regulatória, bem como seus impactos indiretos, além de auxiliar na quantificação e no esclarecimento de quanto cada parte envolvida valora benefícios e custos. É uma ressignificação de um antigo instrumento para novos objetivos.

3.3. A metarregulação no Brasil

As discussões sobre metarregulação no Brasil apresentam um atraso considerável em relação à pauta internacional. Enquanto os países membros da OCDE começam já na década de 1980 a discutirem modelos institucionais de melhoria regulatória, somente na década de 1990 o Brasil começa a adotar um modelo de agências reguladoras e 'despolitização' do processo regulatório em favor de decisões técnicas. As agências reguladoras demoram a ganhar tração e enfrentam diversas resistências, nos campos político e jurídico, tendo que superar diversos obstáculos. É na segunda metade da década de 2000 que efetivamente se começa a discutir melhoria regulatória especificamente dentro das instituições regulatórias, mas isso não significa que outros esforços e reflexões não tenham sido empreendidos antes. Além disso, mesmo se aproximando da marca de uma década de discussões metarregulatórias, não se alcançou boa parte dos objetivos. Esse capítulo se dedica a analisar os esforços já empreendidos e, posteriormente, aqueles que estão no horizonte, faltando-lhes vontade política ou o decurso do tempo para que possam mostrar resultados.

3.3.1. Panorama: o que fizemos e o que pensamos?

A preocupação entre custos e benefícios da intervenção estatal não é, em si, inédita no Brasil. Em 1996, o sistema antitruste brasileiro no caso Kolynos-Colgate apresentou uma

²⁷⁵ OCDE. **Measuring Regulatory Performance: A practioner's guide to perception surveys.** Paris, 2012. pp. 32-44.

comparação entre custos privados, custos públicos e benefícios esperados, alguns quantificados e outros não, para fundamentar a decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.²⁷⁶ Entretanto, essa preocupação se restringiu ao sistema antitruste, não se espraiando, naquele momento, nos demais setores da administração brasileira.

O Decreto nº 4176 de 28 de março de 2002 que 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 é tido como um dos primeiros esboços de análise de impacto regulatório no Brasil. É possível vislumbrar alguns componentes do instituto na referida norma.²⁷⁷

Segundo o artigo 34 do Decreto, é competência da Casa Civil da Presidência da República examinar a constitucionalidade, a legalidade, o mérito, a oportunidade e a conveniência política das propostas de projeto de ato normativo, bem como decidir sobre a divulgação do projeto ao público por meio da internet ou de audiências públicas. Cabe à Subchefia de Coordenação da Ação Governamental da Casa Civil, segundo o artigo 35, solicitar as informações, quando julgar conveniente, a outros Ministérios e órgãos da Administração Pública Federal, antes da apreciação do Presidente da República.

O artigo 37, caput, estabelece a obrigatoriedade de acompanhamento da proposta com um Anexo I, muito semelhante aos *checklists* propostos para a análise de impacto regulatório, perguntando se é necessária alguma providência, o objetivo pretendido com a medida normativa, as razões que a determinam, qual a repercussão econômica, científica, técnica e jurídica do problema. Questiona também quais as consequências caso nenhuma providência seja tomada e quais as alternativas possíveis, considerando o desgaste e os encargos para os cidadãos e a economia, a eficácia, os custos para o orçamento público, os efeitos colaterais, entre outros aspectos. Requer ainda a análise dos efeitos sobre os direitos de liberdade, de igualdade e sobre a segurança jurídica.

Estabelece, no artigo 37, I, a exigência de um formulário que, previsto no Anexo II, ainda mais sucinto que o previsto no Anexo I, com a síntese do problema ou da situação que reclama providências; soluções e providências da medida proposta; alternativas existentes à medida proposta; custos; razões que justificam a urgência, quando aplicável; impacto sobre o meio ambiente; alterações propostas; e síntese do parecer do órgão jurídico.

²⁷⁶ SALGADO, Lucia Helena. **O caso Kolynos-Colgate e a introdução da economia antitruste na experiência brasileira.** Disponível em: <<http://goo.gl/NiJdfk>> Acesso em 08/01/2016.

²⁷⁷ SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória.** Brasília: ipea, 2010. pp. 17-18.

O decreto exige ainda, em seu artigo 37, III que a proposta de norma seja acompanhada de um parecer conclusivo sobre a constitucionalidade, a legalidade e a regularidade formal elaborado pela Consultoria Jurídica do órgão proponente. Quando a proposta afetar a área de dois ou mais órgãos, deverá ser feita em conjunto, tentando minimizar a sobreposição e colaborando para a coesão interinstitucional, conforme o parágrafo 2º do referido artigo. Nesse mesmo sentido o artigo 42 estabelece um Grupo Executivo de Consolidação dos Atos Normativos.

Os pontos de interseção entre o disposto no Decreto 4.176 de 2002 e a análise de impacto regulatório são evidentes quando analisados seu caráter sistemático, as preocupações com os efeitos da norma sobre o setor afetado e os possíveis efeitos colaterais, a exigência da análise das alternativas e o procedimento de *checklists* semelhante. Além disso, a preocupação com a sobreposição de esforços e a tentativa de consolidação de uma autoridade central no papel da Casa Civil assemelha-se aos objetivos pretendidos pela consolidação de *oversight bodies* nos países que tem realizado a reforma regulatória.

Apesar das semelhanças, não se pode dizer que o Decreto 4.176 estabeleça no Brasil uma espécie de análise de impacto regulatória, ou até mesmo de maneira mais ampla de impacto normativo, nos moldes aqui analisados como metarregulação. Isso porque o procedimento definido na referida norma é interno à administração pública federal, com nenhuma ou pouca participação das partes afetadas, com consultas realizadas somente quando a Casa Civil julgar necessário. Além disso, as fontes de informação são basicamente internas à administração pública, sem os instrumentos de questionários e análise das experiências em outros países previstos expressamente na norma, mesmo que não sejam vedados. A ênfase na metodologia empírica não se encontra presente na norma brasileira, embora haja abertura hermenêutica para inseri-la no contexto de produção normativa. Seria importante ainda estender essa preocupação sistêmica na produção normativa também para os entes descentralizados da administração pública com poder normativo, em especial às agências reguladoras. Em relação à Casa Civil como um órgão de monitoramento tem-se duas situações distintas: em alguns aspectos tímido, como na coesão interinstitucional e em outros excessivo, como no controle da divulgação e da abertura de processos de consulta.

Em 16 de março de 2007 é instituído pelo Decreto nº 6062 o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação - PRO-REG, que é resultado de uma parceria entre a Casa Civil, os Ministérios da Fazenda, do Planejamento e o Banco Interamericano de Desenvolvimento, englobando também ministérios setoriais, as agências reguladoras e as instituições de defesa do consumidor, tendo como finalidade a

melhoria do sistema regulatório, coordenação das instituições regulatórias federais, dos mecanismos de prestação de contas e da participação da sociedade civil.

O PRO-REG tem como objetivos, presentes no artigo 2º do referido decreto: I - fortalecer o sistema regulatório de modo a facilitar o pleno exercício de funções por parte de todos os atores; II - fortalecer a capacidade de formulação e análise de políticas públicas em setores regulados; III - a melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo regulatório; IV - o fortalecimento da autonomia, transparência e desempenho das agências reguladoras; e V - o desenvolvimento e aperfeiçoamento de mecanismos para o exercício do controle social e transparência no âmbito do processo regulatório.

O PRO-REG se organiza por meio de um Comitê Gestor e um Comitê Executivo que deverão, segundo o artigo 3º: I - mobilizar os órgãos e entidades da administração pública envolvidos no processo regulatório; II - coordenar e promover a execução de estudos e pesquisas e formular propostas a serem implementadas no âmbito dos órgãos e entidades envolvidos no processo regulatório; III - identificar e propor a adoção de modelo de excelência em gestão regulatória, bem assim elaborar os instrumentos necessários a sua implementação; e IV - apoiar tecnicamente os órgãos e entidades da administração pública na implementação das medidas a serem adotadas.

O PRO-REG surge, portanto, com o objetivo de concentrar os esforços de melhoria da regulação por parte da administração brasileira em uma única entidade. Na época do surgimento do programa, a OCDE emitiu relatório da situação regulatória brasileira e sugeriu mudanças no modelo, atribuindo um maior papel ao recém criado programa. Além disso, era esperado que, a partir de 2008, por intermédio do mesmo, fosse adotada a análise de impacto regulatório nas agências reguladoras brasileiras, reforçando a necessidade de maximizar o comprometimento político com a ferramenta.²⁷⁸

Em 2010 o Programa divulga o documento denominado "Análise de impacto regulatório: a importância da melhoria da qualidade da regulação." no qual aborda os principais aspectos da ferramenta de análise de impacto regulatório no contexto brasileiro, defendendo a adoção da medida no Brasil e abordando aspectos como a análise de custo-benefício.

Entretanto, pouco tem se evoluído nesse sentido desde então. As agências reguladoras brasileiras têm adotado a análise de impacto regulatório de maneira tímida, muitas vezes como mera burocracia a ser cumprida no processo de elaboração normativa. A agência mais avançada

²⁷⁸ OCDE. **Relatório sobre a Reforma Regulatória:** Brasil – Fortalecendo a governança para o crescimento. 2008. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2064390.PDF>> p. 63.

no processo de adoção da análise de impacto é a Anvisa, que em 2008, por meio da Portaria n. 422 adotou o Programa de Melhoria de Processo de Regulamentação, que adota diversas medidas da análise de impacto regulatório sem que, curiosamente, haja menção expressa à metodologia na norma. Concretamente a norma exige que os atos normativos encaminhados para a apreciação da diretoria colegiada sejam instruídos com exposição de motivos, parecer jurídico, análise de viabilidade operacional, aspectos econômicos e internacionais.²⁷⁹ A consulta pública, entretanto, é prevista apenas como uma possibilidade a ser demandada pela diretoria ou não. No mesmo ano de 2008 a Anvisa elabora o "Guia de Boas Práticas Regulatórias" em que aborda expressamente a análise de impacto regulatório seguindo expressamente as recomendações da OCDE. Estabelece dois procedimentos, um de urgência em que se consulta apenas os setores considerados essenciais e um procedimento 'ordinário' em que se realiza uma pré-consulta.²⁸⁰

Outras agências seguiram o exemplo da Anvisa e adotaram a análise de impacto em algum nível normativo.²⁸¹ A Anac editou a Instrução Normativa n. 61 de 2012 em que estabelece uma análise preliminar para proposição de atos normativos e decisórios a partir do preenchimento de um formulário específico pelas unidades organizacionais quando houver proposta de resolução ou concessão de isenção, em que deve constar elementos como a análise qualitativa e, quando possível, quantitativa de custos e benefícios, definição do problema, estratégias de implantação e *compliance* e o comportamento dos entes regulados em relação à regulação. A Instrução Normativa cita ainda, como um dos objetivos do formulário, suscitar discussões de Análise de Impacto Regulatório no âmbito da atividade de regulação desempenhada pelas Superintendências finalísticas. Aparentemente houve uma confusão no uso do termo análise de impacto regulatório, que sem maiores explicações normativas parece indicar que deve suscitar deliberações sobre impactos a partir dos elementos apresentados no formulário, este sim mais assemelhado ao que a literatura considera ser análise de impacto regulatório.²⁸²

No ano de 2013 a Ancine editou a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) n. 52, posteriormente editada pela RDC 61 de 2014 em que expressamente dispõe sobre análise de impacto, tornando-a requisito para deliberação de proposta de ato normativo pela diretoria

²⁷⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal**: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 287-289.

²⁸⁰ ANVISA. **Boas Práticas Regulatórias**: Guia para o programa de melhoria do processo de regulamentação da Anvisa. Brasília: Anvisa, 2008, p. 19-20.

²⁸¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Op Cit.**, p. 290.

colegiada, podendo ser dispensada somente em casos de urgência, quando a proposta versa sobre mera atualização de texto ou correção de erro formal em norma preexistente e em propostas de baixa complexidade. Essa obrigação vale para todos os atos normativos da Agência, tanto so de regulação, de fiscalização e de fomento. A análise de impacto deve conter a delimitação do problema, a justificativa, premissas adotadas e fundamentação legal, experiências internacionais quando houver, análise de impactos externos e benefícios esperados de todas as alternativas, inclusive a de absenteísmo administrativo, mensuração dos custos, a relação entre a proposta e as regulações já existentes, inclusive de outros órgãos. Tal como na Anvisa, a resolução da Ancine prevê os processo de consulta como uma possibilidade e não como uma etapa obrigatória, cabendo ao responsável pela elaboração da análise, ou seja, o Superintendente da área afeta à matéria, fazer juízo de valor sobre a necessidade de consulta.

Também em 2013 a Aneel tornou obrigatória a análise de impacto regulatório para o exercício do poder normativo, por meio da Resolução n. 540 que aprovou a Norma de Organização n. 40²⁸³ devendo o estudo apontar a identificação do problema, justificativas, objetivos, prazo para início da vigência da proposta, análise comparativa dos impactos entre as alternativas consideradas e a escolhida, identificação das modificações nas regulações já existentes, formas de acompanhamento dos resultados.

A Anatel por meio da Resolução n. 612 de 2013 passou a exigir a elaboração de análise de impacto regulatório nos processo decisórios. Entretanto, somente no final de 2015 com a Portaria 927 foram estabelecidos os procedimentos.²⁸⁴ A norma da agência prevê a coleta de dados com os grupos afetados bem como organismos internacioanais e exige no relatório a identificação do problema, os objetivos, as alternativas e seus impactos utilizando preferencialmente metodologias quantitativas e os grupos afetados., podendo ser dispensada por meio de decisão da diretoria colegiada.

A ANS também em 2013 por meio da Resolução Normativa n. 331 alterou seu Regimento Interno para inserir a análise de impacto regulatório, já utilizando a metodologia a partir do mesmo ano para analisar a proposta de implementação do Registro Eletrônico de Saúde.²⁸⁵

²⁸³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal**: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 293.

²⁸⁴ A Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL regulamentou por meio da portaria 927 de 05 novembro de 2015 a adoção da análise de impacto regulatório. Para uma evolução do instituto na referida agência até o ano de 2014, Cf. SILVESTRE, Matheus Meott. **Análise de impacto regulatório na ANATEL**: uma abordagem econômica sobre o Direito. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2014.

²⁸⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Op Cit.**, p. 297.

Outras agências não possuem normas específicas e que regulamentem a análise de impacto regulatório em seus processos decisórios. É o caso da ANP, da ANTT, da Antaq e da ANA, embora a falta de previsão não impeça essas agências de utilizarem a ferramenta. A ANP, por exemplo, utilizou a metodologia para decidir sobre aditivção mínima da gasolina C, enquanto a Antaq utilizou para decidir sobre o uso de espelhos d'água, entre outros exemplos.²⁸⁶

O fracasso na adoção da análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras foi parcial porque nem todas as agências normatizaram e tornaram a metodologia uma etapa obrigatória do processo decisório, além de não reforçarem as consultas públicas como uma etapa mantendo-as como apenas como possibilidade. A respeito dos resultados, ainda não é possível nenhuma conclusão porque algumas análises de impacto regulatório realizadas são meros exercícios burocráticos, um preenchimento nulo de papéis para cumprir exigências²⁸⁷, enquanto outras apontam para estudos mais minuciosos, com participação mais ampla dos interessados e com resultados mais transparentes e compreensíveis.²⁸⁸

A evidência de que o PRO-REG não logrou se tornar um *oversight body*, ainda que efetivamente não tenha empreendido esforços para isso - mais uma vez considerando a hipótese de que não encontrou condições para tal - se reforça com o fato de que no âmbito do próprio programa foi publicado em 2009 documento intitulado "Estudo para subsidiar a estruturação de uma unidade de coordenação, acompanhamento e avaliação de assuntos regulatórios, com o objetivo de apoiar o Governo Federal em temas de melhoria da qualidade regulatória" do consultor Wladimir Antonio Ribeiro em que além de analisar as experiências de outros países na adoção de *oversight bodies* faz uma proposta de criação de um Conselho de Regulação assemelhado ao Conselho Nacional de Justiça. A proposta tem muitos méritos, mas sacramenta o fato de que o PRO-REG não foi e não pretendeu ser uma unidade de supervisão da regulação.

Em relação à proposta de Ribeiro, alguns pontos são importantes de serem analisados. Primeiro a já citada comparação com o Conselho Nacional de Justiça, que foi capaz de preservar a independência dos entes que supervisiona, sendo soberano e independente com atuação no

²⁸⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal**: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, pp. 294-296.

²⁸⁷ Como é o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, que em 2015 na elaboração da análise de impacto regulatório para o Aperfeiçoamento da regulamentação da Taxa de Fiscalização dos Serviços de Energia Elétrica — TFSEE, quanto aos critérios da base de cálculo do encargo. O estudo divulgado ao público é extremamente sucinto, com pouca informação relevante e nenhuma menção a processo de participação das partes envolvidas.

²⁸⁸ Tratando-se da mesma Agência, a ANEEL em 2014 realizou análise de impacto regulatório sobre garantias financeiras, a homologação de registros de contrato e a divulgação de informações associadas à comercialização no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, em que apresenta um estudo muito mais consistente do que o citado anteriormente.

controle administrativo e financeiro do Judiciário sem que interferisse na atividade jurisdicional. Assim também deve ser um órgão de supervisão da atividade regulatória, exercer suas atribuições sem intererir no núcleo das decisões regulatórias realizadas pelas agências. O projeto propõe diversas atribuições a esse órgão, dentre elas cabe destacar: estabelecimento de uma agenda regulatória, com metas; disciplinar a análise de impacto regulatório, inclusive sobre as hipóteses em que ela deve ser realizada; analisar as análises de impacto regulatório realizadas; promover programas de treinamento de servidores; prestar assessoria e apoio às instituições regulatórias; e administrar banco de dados sobre regulação que envolva todos os níveis de governo e a sociedade civil (universidades, entidades de defesa do consumidor, organizações do setor produtivo). Essa instituição estaria vinculada diretamente ao Presidente da República e deveria ser criada por lei de iniciativa deste, tendo uma composição colegiada de nove membros.

3.3.2. Perspectivas: análise do futuro regulatório

Entende-se como perspectiva as oportunidades de esforços na melhoria da qualidade regulatória que ainda não podem apresentar resultados, seja porque ainda não se tornaram realidade - e nem se sabe se um dia se tornarão - ou porque ainda não tiveram o tempo necessário para que se possa fazer qualquer análise. Dentro dos esforços que ainda não se materializaram, existem o Projeto de Lei do Senado 52 e o Projeto de Lei 1539 de 2015 que ainda estão em tramitação no Congresso e que não se sabe como se desenrolará no parlamento. Já em relação aos esforços que ainda não se pode analisar os resultados está o Programa de Parceria de Investimentos - PPI criado a partir da Medida Provisória 727 em maio de 2016, convertida na Lei 13.334 de 13 de setembro de 2016.

Em março de 2003 foi criado um grupo de trabalho interministerial por decisão do Presidente da República com objetivo de analisar o arranjo institucional regulatório, o papel das agências reguladoras e propor medidas corretivas ao modelo adotado pelo governo anterior - cabe pontuar que era ainda o primeiro trimestre do governo trabalhista, assumindo após oito anos de intensas reformas de Estado promovidas pelo governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Resultou do grupo de trabalho o Projeto de Lei n. 3337 de 2004, encaminhado à Câmara dos Deputados pelo Poder Executivo com o intuito de ser uma Lei Geral das Agências Reguladoras. Em 2013, a pedido do Poder Executivo o projeto foi retirado de pauta e no mesmo ano foi apresentado o Projeto de Lei do Senado n. 52, com redação muito semelhante pelo Senado Eunício Oliveira.

O projeto tem o intuito de reduzir o poder político das agências reguladoras através de contratos de gestão firmados pelas agências e os ministérios aos quais elas estão ligadas. Apesar de seu objetivo criticável, o projeto apresenta algumas propostas positivas em termos de melhoria da qualidade regulatória.

Destaca-se a adição ao colegiado das agências, ainda que sem poder de voto, membro do Ministério Público Federal, representante da OAB, representante dos Procons e representante das entidades privadas de defesa e proteção ao consumidor. Também haveria um procedimento único de consultas públicas, com prazos e procedimentos definidos na lei geral - substituindo modelo esparso e confuso que relega às legislações de cada agência o tema, procedimentos unificados de transparência, criação de ouvidoria - ainda que o Ouvidor fosse nomeado diretamente pelo Presidente. Haveria ainda uma clara definição de competências entre o órgão de defesa da concorrência e agências reguladoras, tema atualmente controvertido. O projeto tem tramitado no Senado e foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania com modificações e o substitutivo foi enviado à Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional.

Já o Projeto de Lei 1539 de 2015 proposto pelo Deputado Eros Biondini do PTB/MG estabelece as diretrizes gerais para a realização da análise de impacto regulatório para a tomada de decisões regulatórias pelas Agências Reguladoras, incluindo nominalmente neste rol a Comissão de Valores Mobiliários e englobando possíveis novas agências reguladoras criadas posteriormente por meio de leis ou decretos. Tem como objetivos a eficácia, eficiência, coerência, transparência e monitoramento das decisões, bem como o acompanhamento dos resultados. Conceituano artigo 2º a análise de impacto regulatório como:

o procedimento administrativo de observância obrigatória, voltado a subsidiar e orientar a tomada de decisões regulatórias pelas Agências Reguladoras, bem como permitir o monitoramento de sua implementação, baseado no uso sistemático de análise econômica dos custos, benefícios e dos possíveis efeitos de uma determinada decisão regulatória, tendo em consideração os objetivos a serem perseguidos em cada setor regulado

As agências reguladoras federais deverão, obrigatoriamente, realizar a análise de impacto regulatório para a edição e alterações de atos normativos e de planos setoriais e atos normativos que alterem ou prorroguem outorgas. É possível a dispensa da análise mediante ato do órgão colegiado da agência, nas hipóteses de atos administrativos de efeitos concretos ou de simples organização interna.

O projeto prevê o sigilo dos atos que envolvam informações protegidas por sigilo legal, dispensando somente as etapas que envolvam a publicidade de atos, mas não as demais etapas

da análise de impacto regulatório. Não se enquadrando nas hipóteses de sigilo, as agências deverão disponibilizar em seus sites as informações provenientes dos estudos de impacto, conforme determinação do artigo 8º.

Estabelece a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE como responsável pelo parecer e validação dos relatórios, uma espécie de *oversight body* com papel semelhante ao de sinalização e escrutínio.

O Projeto de Lei prevê, em seu artigo 6º oito etapas obrigatórias para a análise de impacto regulatório:

- I – definição do problema e dos objetivos a serem perseguidos;
- II – Chamamento Público para oferecimento de oferta de alternativas para atingimento dos objetivos;
- III – seleção das alternativas e levantamento de dados correlatos;
- IV – Consulta Pública;
- V – análise circunstanciada das alternativas e das contribuições obtidas em Consulta Pública e validação dos dados por parte da Agência Reguladora,
- VI – emissão do Relatório de AIR;
- VII – escrutínio e parecer de validação por parte da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE do Ministério da Fazenda
- VIII – monitoramento da alternativa adotada, a ser realizado conjuntamente pela Agência Reguladora e pela SEAE.

O chamamento público ocorre após a definição do problema e dos objetivos, para que os interessados submetam contribuições sobre as alternativas para atingir os objetivos, podendo qualquer interessado participar, vedado o anonimato. Já consulta pública deverá ocorrer depois do levantamento de todas as alternativas, inclusive a de não intervir, e os interessados deverão validar as opções encontradas pelos estudos prévios.

A análise dos custos benefícios deve ser realizada sempre que possível, mas o projeto não ignora as dificuldades de se atribuir valor a determinados custos e benefícios. Sendo assim, caso não seja possível mensurar quantitativamente tais aspectos, o grupo de trabalho encarregado pelo estudo deve demonstrar as razões de tal dificuldade. A partir da comparação, a alternativa mais adequada ao objetivo pré-definido deverá ser destacada e o relatório deverá ser elaborado.

O referido relatório será emitido pelo grupo de trabalho responsável e deverá possuir, no mínimo, a identificação do problema, as justificativas para a intervenção, os objetivos desejados, o prazo para o início das intervenções, a análise dos impactos das alternativas consideradas e, sobretudo, da alternativa eleita, incluindo os resultados do chamamento e da consulta pública, as mudanças normativas necessárias e as formas de acompanhamento dos resultados. Após a elaboração do relatório, o mesmo deverá ser encaminhado para o escrutínio da SEAE, que deverá ratificar, apontar ressalvas ou rejeitar o estudo. Nas duas últimas

hipóteses, o estudo deverá ser retomado, cumprindo-se as exigências feitas pelo órgão. Sanados eventuais problemas, o relatório será submetido ao órgão superior da agência reguladora, que deverá deliberar orientado pelo estudo apresentado, motivando as decisões contrárias às recomendações da análise de impacto regulatório.

O artigo 34 do projeto determina que a não realização da análise de impacto regulatório, nos casos em que a dispensa não for possível, ensejará a nulidade do ato administrativo, levando ao extremo as exigências de *compliance* por parte do regulador. Por fim, o artigo 35 prevê as hipóteses de urgência em que o ato normativo não poderá esperar todo o procedimento previsto na lei, cabendo ao Ministro de Estado ao qual a Agência se encontra vinculada dispensar os atos que julgar necessário, sendo vedada a delegação de tal competência.

O Projeto de Lei 1539 de 2015, portanto, prevê grande parte das práticas de boa governança regulatória defendidas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Não havendo um modelo rígido para adoção da análise de impacto regulatório, mas sim uma flexibilidade que permita que o instrumento seja juridicamente possível à maioria dos países, é possível defender tal projeto como viável. Entretanto, algumas críticas ainda poderiam ser feitas para aperfeiçoamento da medida legislativa. A lei apresenta prazos extremamente exíguos para a elaboração de relatórios e de consultas públicas, o que pode tornar inviável ou prejudicar a qualidade dos institutos. Além disso, a concentração de determinadas competências na administração central, como o monopólio da dispensa de atos previstos na lei, acaba por diminuir a autonomia técnica da agência, medida contrária aos esforços de reforma do arcabouço regulatório brasileiro que almejou descentralizar e aumentar a autonomia da administração indireta.

A tramitação do Projeto de Lei 1539/15 tem avançado timidamente no âmbito da Câmara dos Deputados, sendo inicialmente apensado ao Projeto de Lei 5442 de 2013 de autoria do Deputado Leonardo Picciani que versa sobre a organização e o controle social das Agências Reguladoras - e que prevê a necessidade de consulta pública prévia às decisões e possibilidade de audiência pública caso se entenda necessário. Em junho de 2015 o Deputado Eros Biodini apresentou recurso pedindo que os projetos fossem desapensados, primeiramente negado e depois revisto de ofício pela Mesa Diretora, sendo encaminhado para a Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público em julho do mesmo ano. Em maio de 2016, o relator Deputado Nelson Marchezan entendeu pelo prosseguimento do Projeto apresentando modificações pontuais na redação do projeto e em junho se encerrou o prazo para apresentação de emendas ao substitutivo sem que nenhuma fosse apresentada. Além da Comissão de

Trabalho, de Administração e Serviço Público ainda será necessária a aprovação na Comissão de Finanças e Tributação e na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Em termos mais concretos, o Programa de Parceria de Investimento - PPI criado pela Medida Provisória 727 de 12 de maio de 2016 pelo presidente interino Michel Temer em seu primeiro dia no exercício da Presidência da República após o afastamento da presidente Dilma Rousseff. A Medida Provisória foi convertida na Lei 13.334 de 13 de setembro de 2016. O Programa tem como objetivo a ampliação e o fortalecimento da interação entre Estado e iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para obras de infraestrutura e formas de desestatização. O programa engloba o Programa Nacional de Desestatização - PND (Lei n. 9491 de 1997) e é integrado também pelos empreendimentos públicos federais de infraestrutura delegados ou celebrados pelos Estados, municípios e Distrito Federal com o fomento da União.

O Programa prevê expressamente em seu artigo 6º, II a análise de impacto regulatório quando da edição ou alteração de regulamentos, planos regulatórios setoriais e outros atos regulatórios setoriais para orientar a tomada de decisão a fim de garantir a eficiência, eficácia, coerência e a qualidade das políticas regulatórias, respeitadas as normas e direitos envolvidos. O artigo 4º estabelece que o PPI será regulamentado por meio de decretos e, sendo assim, é provável que haja a regulamentação também da adoção do procedimento de análise de impacto no âmbito do programa.

Os resultados que essas perspectivas concretizarão são impossíveis de determinar previamente. Entretanto, é possível diagnosticar que há uma mudança de abordagem em relação à adoção da análise de impacto. Se antes a adoção era individualmente em cada agência - resultando em uma adoção esparsa e tímida - com a proposição de leis para a adoção há uma imposição de cima para baixo na adoção, sob pena de haver a anulação de atos normativos das agências caso descumpram tais exigências. Se por um lado essa medida impositiva resolveria o problema de iniciativa e timidez das agências, por outro ignora as especificidades e dificuldades técnicas que cada agência possui, podendo engessar o processo decisório ou incentivar que se ignore por completo a determinação, aumentando a probabilidade de contendas judiciais a respeito das decisões regulatórias - causando mais insegurança do que o objetivo precípuo da criação das agências reguladoras que é a segurança.

3.4. Metarregulação e captura regulatória: como os esforços de melhoria podem auxiliar?

Ao final do capítulo 2 foram definidos três elementos que perpassam as teorias de captura regulatória analisados até então. Esses elementos serão úteis agora para a análise da hipótese da pesquisa: a de que a análise de impacto regulatório é uma ferramenta capaz de mitigar os efeitos nocivos da captura regulatória.

Os elementos destacados foram: a falta de clareza dos objetivos que se pretende alcançar com a regulação; a compreensão dos impactos e dos impactados com a regulação; e o desnível entre os grupos de interesse. São esses elementos que, de uma forma ou de outra integram as teorias de captura regulatória, que possibilitam que o interesse público seja deixado de lado para que a regulação favoreça interesses privados.

Para que a análise de impacto regulatório seja uma ferramenta capaz de mitigar os efeitos, é necessário que seja também capaz de atacar esses elementos que tornam a captura possível em primeiro lugar. Por isso, o estudo da ferramenta foi, para fins didáticos, dividido em três componentes, ainda que, durante o processo de análise de impacto, esses elementos não sejam estanques.

O primeiro componente trabalhados, os *checklist*, são instrumentos simples, porém poderosos. São listas formatadas previamente, em que diversas perguntas devem ser respondidas pelo regulador quando da elaboração de uma nova regulação – ou revisão de uma regulação já existente. Essas perguntas existem com o propósito de organizar o processo decisório e externalizar informações de maneira organizada e clara. São úteis também para se conhecer as lacunas de conhecimento, quais informações o regulador não possui ao decidir, podendo superá-las com novas análises ou decidir sem que as tenha.

Ficam claras, portanto, questões como a necessidade da intervenção estatal, a adequação da regulação como medida mais capaz de resolver o problema em questão, a dimensão dos custos e benefícios e os afetados pela regulação em questão. Ainda que elementos como o custo e o benefício da proposta só possam ser determinados com maior rigor a partir da análise quantitativa, o *checklist* é o responsável por fazer uma estimativa grosseira que justifique o andamento do restante da análise de impacto regulatório, ainda que essa estimativa seja desmentida pelos estudos posteriores.

Em relação à captura os *checklists* têm duplo papel. O primeiro é o de organizar informações técnicas e realizar uma “tradução” que possibilite o controle externo. A clareza das informações ali presentes (assim como as informações que constarão no relatório final da

análise) servem como instrumentos de controle por órgãos como o Ministério Público, o Judiciário e membros da sociedade civil. O segundo papel é o de demonstrar para o próprio regulador a adequação da ideia proposta. Embora não se tenha uma compreensão fechada sobre o interesse público, o regulador sabe do seu papel institucional e dos objetivos que sua agência deve cumprir. Uma regulação com resultados que somente favorecem determinado grupo de regulados ou que não sirva para internalizar externalidades, como impactos ambientais, desenvolvimento econômico sustentável, desenvolvimento regional, entre outros, é inadequada desde a sua formulação inicial. O *checklist* é, portanto, o primeiro filtro de racionalidade do processo decisório, capaz de escancarar absurdos que, muitas vezes, são produzidos pela captura regulatória.

O segundo elemento da análise de impacto regulatório é a metodologia quantitativa, principalmente a análise de custo-benefício. Ela é capaz de quantificar os custos e os benefícios não só do governo, mas também das partes envolvidas, conhecendo os maiores afetados pela regulação. Além disso, a análise é capaz de apontar envolvidos que possivelmente não estavam previstos no *checklist*.

A captura regulatória se baseia na assimetria informacional, isto é, na diferença quantitativa e qualitativa das informações que a indústria possui em relação ao regulador. Naturalmente o regulado possui mais informação sobre a sua operação, sobre a tecnologia que possui e sobre a concorrência que enfrenta, podendo usar esse fato como alavanca para induzir o regulador ao erro. A análise de custo-benefício tem como um de seus objetivos reduzir a assimetria informacional, dando mais informações ao regulador. O resultado da análise não sana toda a assimetria informacional, mas é um mecanismo adequado para mensurar – e para apontar elementos não quantificáveis – ajudando o regulador a tomar uma decisão mais consciente.

O terceiro e último elemento da análise de impacto regulatório – os mecanismos de participação das partes interessadas – respondem diretamente à organização dos grupos de interesse. Conforme analisado no capítulo 2, os grupos de interesse compostos por grandes indústrias têm maior facilidade de mobilização e vocalização de seus posicionamentos, tornando mais propícia a captura por essas entidades. Por outro lado, grupos mais pulverizados, mesmo possuindo maior número de indivíduos – e justamente por isso – têm maior dificuldade de organização e de captura. Se a participação desses grupos mais desorganizados não ocorre de forma natural, é necessário que eles sejam trazidos para o processo de tomada de decisão.

A partir dos resultados preliminares dos *checklists* e das análises quantitativas, é possível saber quais os grupos afetados pela regulação, permitindo ao regulador que os insira no

processo de tomada de decisão. Assim, é possível compreender da melhor maneira possível como esses grupos consideram os impactos, como eles valorizam determinados elementos. A relação entre a participação das partes interessadas e as análises quantitativas é de mão dupla, enquanto se pode descobrir quem são as partes através da análise, a participação é fundamental para quantificar os custos e benefícios, considerando também os posicionamentos desses grupos.

Acredita-se, portanto, que com esses três mecanismos – *checklists*, análises quantitativas e métodos de participação das partes interessadas – a análise de impacto regulatório seja um mecanismo capaz de mitigar a captura regulatória. Ao dar robustez ao processo de tomada de decisões regulatórias, a análise de impacto regulatório é eficaz não só em limitar a ineficiência estatal, mas também a desvirtuação dos resultados em benefício de particulares.

Por conta da dificuldade em identificar e mensurar os efeitos da influência privada nas decisões regulatórias aliada à timidez da adoção da análise de impacto regulatório no Brasil, não foi a proposta desta pesquisa analisar a hipótese empiricamente. Entretanto, do ponto de vista teórico, a análise de impacto regulatório se mostra uma ferramenta viável para atacar os pilares que possibilitam a captura.

E ainda que seja difícil comprovar empiricamente a captura – e os efeitos positivos da análise de impacto regulatório – os mandamentos constitucionais são claros: a administração pública deve atuar com impessoalidade, moralidade e eficiência. A regulação, como adotada no trabalho, é um elemento fundamental da administração pública contemporânea, que chega até a flexibilizar algumas noções cristalizadas do direito brasileiro, como separação de poderes e as competências do chefe do executivo, mas que não pode, em hipótese alguma, desconsiderar os princípios que regem a atividade estatal. Agir com impessoalidade e moralidade significa não favorecer, voluntária ou involuntariamente, determinados grupos em detrimento do interesse público e atuar de maneira eficiente para alcançar os resultados fazendo o melhor proveito dos recursos públicos.

Considerações finais

Como conclusão à pesquisa, lista-se as principais ideias desenvolvidas ao longo do trabalho em formulações sintéticas que abordam a proposta metodológica desenvolvida, qual seja, a viabilidade da análise de impacto regulatório como ferramenta eficaz para mitigar os efeitos da captura regulatória.

1. A compreensão conceitual do fenômeno da regulação se fez fundamental para alicerçar a pesquisa em desenvolvimento. Um vocábulo amplamente utilizado no direito administrativo contemporâneo e poucas vezes desenvolvido com o rigor conceitual que o transplante de uma ideia da realidade estrangeira merece. O trabalho explorou diversas facetas da “regulação”, a partir do marco teórico do liberalismo com John Locke, Adam Smith e John Stuart Mill, em que não se encontrava uma utilização homogênea da ideia, referindo-se na mesma obra, como em Locke e Smith, como a interferência do Estado sobre outrem bem como também à lógica de funcionamento do mercado e o uso mais apurado feito por Mill referindo-se às interferências do Estado no âmbito privado.

2. De uma perspectiva histórica, a regulação é entendida como a abordagem do Estado sobre a economia que sucedeu o *laissez faire* em vigor nos Estados Unidos até as últimas décadas do século XIX. Com o aumento dos problemas de responsabilidade civil no setor ferroviário estadunidense, começaram a ser criadas as primeiras comissões responsáveis por regular o setor ferroviário. Com a crise desencadeada a partir de 1929, o modelo regulatório e a maior intervenção do Estado se tornaram a regra e o modelo regulatório ganhou fôlego, com a expansão das comissões para todo o país e para outros setores econômicos. Internacionalmente, entretanto, é a partir de 1980 que a regulação ganha força, com diversos países promovendo reformas regulatórias e redefinindo o papel do Estado na economia. A crise financeira da década de 2000 foi o último duro golpe sofrido pelo *laissez faire*, em que a negligência do Estado em regular o setor financeiro foi tida como culpada pelo colapso da economia a nível mundial, o que serviu de combustível para novas investidas no sentido da regulação.

3. Ainda no desenvolvimento da ideia de regulação, a pesquisa explorou a literatura contemporânea, em caráter interdisciplinar, a fim de encontrar um núcleo comum que perpassasse todas as diversas possibilidades de conceituação presentes na atualidade. Nesse sentido, a referência à Baldwin, Cave e Lodge se faz pertinente, pois os autores abordam de maneira didática as diversas possíveis visões da regulação, classificando-as em três: (i) como um conjunto específico de comandos; (ii) como toda influência deliberada do Estado; (iii) como

todas as formas de influência social e econômica. Partindo-se de uma visão extremamente restrita da compreensão, passando por uma visão abrangente, embora estatista e englobando, por última, uma visão holística que considera diversos atores da regulação, para além do Estado. Refina-se, a partir dessa visão didática, a compreensão do conceito a partir de outros autores, não só do direito mas também da ciência econômica, destacando-se para os fins conclusivos desse capítulo a conceituação preliminar de André Saddy, que compreende a regulação (estatal) como a interferência pública intencional, por meio de normas jurídicas que indiquem, induzam, proíbam ou permitam condutas visando o interesse público. Fundamental apontar que a pesquisa faz um recorte necessário, compreendendo a regulação como um fenômeno estatal, sem, entretanto, desconsiderar ou menosprezar outras possíveis interpretações mais pluralistas do fenômeno. A escolha se dá por razões metodológicas para o desenvolvimento do problema e da hipótese propostos pela pesquisa.

4. A regulação – e o direito regulatório – passam a fazer parte do vocabulário brasileiro a partir da Reforma Gerencial do Estado a partir de 1995, que reestruturou a administração pública brasileira, privatizando o modelo de intervenção direta do Estado no domínio econômico e adotando as agências reguladoras, a primeira sendo a ANEEL em 1996. A “agencificação” da administração brasileira – que se consolidou a partir das já conhecidas autarquias – enfrentou diversas dificuldades de se adaptar às exigências constitucionais e legais da época. A impossibilidade de demissão *ad nutum* dos diretores, a impossibilidade do recurso hierárquico e o próprio poder normativo dado às agências em seus setores respectivos era argumentos sólidos do ponto de vista institucional, capazes de oferecer segurança e previsibilidade às decisões governamentais. Do ponto de vista jurídico, entretanto, uma verdadeira saga foi necessária para que se consolidasse o modelo, que até hoje é objeto de debates acadêmicos.

5. Do ponto de vista constitucional e das diversas possibilidades de intervenção do Estado no domínio econômico, a regulação não se fez uma exigência, mas sim mais uma possibilidade dentre tantas. A intervenção direta com as empresas estatais e outras formas de intervenção indireta continuaram disponíveis ao Estado, ainda que parte da doutrina defende haver no texto constitucional um “voto de abstenção” – a subsidiariedade – obrigando ao Estado a preservar ao máximo a autonomia e liberdade dos indivíduos, promovendo seu potencial e intervindo apenas em caráter excepcionalíssimo. Entretanto, não é o que se pode concluir do texto constitucional, como propõe a pesquisa, pois a Constituição prevê diversas formas de intervenção do Estado, mais ou menos incisivas, com mais ou menos requisitos para sua promoção, sem entretanto descartar possibilidades de intervenção direta. A regulação é,

portanto, uma política de governo perante o setor econômico e não um mandamento constitucional a ser seguido.

6. Enfrentada a questão conceitual, e adotando a regulação estatal da economia como tema do trabalho, o capítulo seguinte se dedica a analisar o conceito fundamental para a compreensão do problema proposto: a captura regulatória. Entre todas as possibilidades de intervenção estatal, cada um possui seus benefícios e seus pontos fracos. Uma parte da literatura sobre regulação se dedica a analisar a captura regulatória como um ponto fraco, ou seja, a desvirtuação promovida pelo particular nas decisões públicas. O conceito, que tem origem na ciência política analisando as agências dos Estados Unidos a partir da década de 1950, fez morada na ciência econômica com a obra de George Stigler publicada em 1971. A partir desse momento, a regulação começa a ser entendida como um bem a ser adquirido e que, portanto, obedeceria à lei da oferta e da demanda: o interessado que fosse capaz de pagar mais, obteria a regulação a seu favor.

7. Desta afirmação calcada em noções elementares da ciência economia surgem questões muito mais complexas: O que motiva determinados grupos a buscarem uma regulação favorável? Como os grupos se arregimentam para demonstrar interesse em determinada regulação? O que esses grupos de interesse têm a oferecer para o legislador? Há meios lícitos para promover a captura da regulação ou somente meios ilícitos como a corrupção? Para abordar essas questões a pesquisa trouxe diversas teorias e autores, desde as ideias de *rent seeking* e comportamento de grupos de interesse nascidas no bojo da *public choice* na década de 1960, até ideias contemporâneas como a corrupção institucional.

8. Conceituar a captura regulatória foi uma tarefa por muito tempo ignorada, mas Daniel Carpenter e David Moss assim o fazem: captura regulatória é o resultado pelo qual a regulação, na norma ou em sua aplicação é afastada do interesse público em benefício dos interesses dos regulados, por sua ação ou intenção. O trabalho destaca ainda três elementos em comum nas teorias abordadas: a falta de clareza dos objetivos regulatórios; a falta de instrumentos que permitam a compreensão dos impactos da decisão; e o desequilíbrio de forças entre os interessados. A falta de compreensão do que efetivamente é o interesse público, a falta de *expertise*, capital humano e rigor metodológico para uma análise minuciosa das propostas regulatórias e a mobilização de grupos de grandes indústrias em detrimento de outros grupos afetados são fatores que contribuem fortemente para os resultados distorcidos (capturados) da regulação.

9. Como mitigar a captura regulatória? A pesquisa tem como hipótese a análise de impacto regulatório. Não se trata de um esforço para mudar as motivações dos regulados, assim

como não luta contra o fato de que determinados grupos se mobilizam de maneira mais eficiente para expressar seus posicionamentos. A solução, acredita-se, passa pela inserção dos excluídos no processo decisório e na racionalização das tomadas de decisão, que devem ser tomadas em benefício do interesse público apesar dos esforços de captura da indústria. Por isso, o terceiro capítulo aborda a metarregulação, isto é, os esforços de melhoria da regulação, a partir das reformas realizadas pelas principais economias do mundo – a partir da experiência dos países da OCDE.

10. A metarregulação - e a análise de impacto regulatório que nasce em seu contexto – surge na década de 1980 como uma revisão da política econômica adotada pelos Estados desenvolvidos. Se desde a grande crise de 1929 o Estado adotou um protagonismo na direção dos rumos econômicos, após cinco décadas passou-se a considerar o modelo anacrônico, pensando-se uma reestruturação do modelo liberal. Os esforços de reforma foram, portanto, para limitar a ingerência estatal na economia, forçando os governos a tomarem decisões mais técnicas e menos políticas, conscientes dos impactos gerados e valorando a liberdade econômica. Não foi muito explorado, entretanto, o potencial que essas mesmas mudanças poderiam ocasionar nos outros sujeitos do processo decisório – os grupos de interesse – e a pesquisa pretendeu analisar essa dupla função da análise de impacto regulatório: regular o regulador, mas ao mesmo tempo limitar o poder de influência do regulado.

11. O contexto internacional, entretanto, não corresponde à realidade brasileira. Aqui, o discurso da regulação chega somente na metade da década de 1990, com as privatizações. Metarregulação desembarca no Brasil somente uma década depois e mesmo após o transcurso de quase dez anos, a análise de impacto regulatório ainda engatinha no país. Se a regulação surge no contexto estadunidense para aumentar a presença do Estado na economia, aqui no Brasil ela surge para realizar o oposto. A metarregulação surge para colocar um freio no Estado e no Brasil – com sua realidade constitucional garantista – o Estado tem muitas obrigações ainda a cumprir. É preciso, portanto, ressignificar a metarregulação no Brasil – e é isso que o trabalho pretendeu fazer, em parte.

12. Destacou-se três importantes elementos da análise de impacto regulatório: os *checklists*, a metodologia quantitativa e os métodos de participação das partes interessadas. Esses elementos respondem, respectivamente, aos elementos destacados na captura regulatória. Os *checklists* possibilitam a clareza das informações, tornando palpável os objetivos que o regulador pretende perseguir – e ainda possibilitando o controle externo da regulação de maneira mais prática. Os métodos quantitativos atacam o problema dos efeitos e sujeitos da regulação e, por fim, os métodos de participação podem ser instrumentais úteis para a redução

do desnível entre os grupos de interesse, inserindo grupos outrora dispersos e incapazes de se posicionar no processo de tomada de decisão. Esses mecanismos não solucionam questões de ilicitude, mas ajudam o regulador a visualizar o problema de maneira mais ampla, reduzindo a assimetria informacional e possibilitando decisões mais conscientes – ainda que essa consciência não garanta decisões melhores, o que poderia ser objeto de outra pesquisa completa.

Referências

AMO, Pedro Andres; RODRIGO, Delia. Oversight bodies for regulatory reform. In: OCDE. **Background document**. Tunis, 2007.

ANEEL. **Análise de impacto regulatório**: Aperfeiçoamento da regulamentação da Taxa de Fiscalização dos Serviços de Energia Elétrica — TFSEE, quanto aos critérios da base de cálculo do encargo. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/017/documento/air_v1_submodulo_5_5_proret_tfsee.pdf> Acesso em 05 de janeiro de 2016.

ANVISA. **Boas Práticas Regulatórias**: Guia para o programa de melhoria do processo de regulamentação da Anvisa. Brasília: Anvisa, 2008

APEC. **1999 Leader's Declaration**. Auckland, 1999.

APEC. **APEC Principles to Enhance Competition and Regulatory Reform**. Auckland, 1999.

APEC; OCDE. **APEC-OECD Integrated Checklist on Regulatory Reform**: A Policy Instrument for Regulatory Quality, Competition Policy and Market Openness. 2005.

APOGEE RESEARCH. Regulatory Reform Through Regulatory Impact Analysis: The Canadian Experience. In: OCDE. **Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries**. Paris, 1997. p. 33-62.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras**: e a evolução do direito administrativo econômico. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Atual Estágio da Regulação Estatal no Brasil. In: MARRARA, Thiago (org.) **Direito Administrativo**: transformações e tendências. São Paulo: Almedina, 2014.

BALDWIN, Robert. Better Regulation: The search and the struggle. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. (eds.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. . Introduction: Regulation - the field and the developing agenda. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. (eds.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. The Future of Regulation. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. (eds.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

BALDWIN, Robert; et al. **Understanding Regulation**: Theory, Strategy and Practice. 2nd Edition. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BARKOW, Rachel E. Insulating Agencies: Avoiding Capture Through Institutional Design. In: **Texas Law Review**, vol. 89, 2010, pp. 15-79.

BARROSO, Luis Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. In: **Revista Diálogo Jurídico**, n. 14, jun/ago de 2002.

BECKER, Gary S. A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence. In: **The Quarterly Journal of Economics**. Vol. 98, No. 3. (Agosto de 1983), pp. 371-400.

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

BECKER, Gary. A Comment on the Conference on Cost-Benefit Analysis. In: **Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic, and Philosophical Perspectives**. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

BERNSTEIN, Marver H. Regulating Business by Independent Commission. In: **Indiana Law Journal**: Vol. 31: Iss. 1, Article 10. 1955.

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

BOEHM, Frédéric. **Regulatory Capture Revisited: lessons from economics of corruption**. Disponível em: <<http://www.icgg.org/downloads/Boehm%20-%20Regulatory%20Capture%20Revisited.pdf>>. Acesso em 17 de maio de 2016.

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

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

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

BREYER, Stephen. **Regulation and its reform**. Cambridge: Harvard University press, 1982.

BRODER, Ivy E.; MORRALL III, John F. Collecting and Using Data for Regulatory Decision-Making. In: OCDE. **Regulatory Impact Analysis: Best practices in OECD countries**. Paris, 1997.

BRONSTEEN, John; BUCCAFUSCO, Christopher; MASUR, Jonathan S. Well-Being Analysis vs. Cost-Benefit Analysis. In: **Duke Law Journal**, vol. 62, 2013 , pp. 1603-1689.

BUCHANAN, James M. **Public Choice: The Origins and Development of a Research Program**. Fairfax: Center for Study of Public Choice, 2003

BUCHANAN, James. M., TULLOCK, Gordon, **The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy**, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Poder Normativo Das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARPENTER, Daniel. Detecting and Measuring Capture. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (eds.) **Preventing Regulatory Capture: special interest influence and how to limit it**. New York: Cambridge University Press, 2014.

CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. Introduction. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (eds.) **Preventing Regulatory Capture: special interest influence and how to limit it**. New York: Cambridge University Press, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COGLIANESE, Cary; MENDELSON, Evan. Meta-Regulation and Self-Regulation. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. (eds.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

DAL BÓ, Ernesto. Regulatory Capture: A Review. In: **Oxford Review of Economic Policy**. Vol. 22, no. 2, 2006.

DECKER, Christopher. **Modern Economic Regulation: An Introduction to Theory and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

DEIGHTON-SMITH, Rex. Regulatory impact analysis: Best practices in OECD countries. In: OCDE. **Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries**, 1997, pp. 211-244.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Direito Administrativo Brasileiro Sob Influência dos Sistemas de Base Romanística e da Common Law. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Nº 8 nov/dez 2006-jan 2007.

FENTUCK, Mike. Regulatory Rationales Beyond the Economic: in search of the public interest. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. (eds.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

FRANK, Robert H.; SUNSTEIN, Cass R. Cost Benefit Analysis and Relative Position. In: **AEI-Brooking Joint Center for Regulatory Studies Research Paper**, n. 00-5, maio de 2000.

GLAESER, Edward L.; SCHLEIFER, Andrei. The Rise of the Regulatory State. In: **Journal of Economic Literature**, vol XLI, jun/2003, pp. 401-425.

GONÇALVES, Ricardo Miguel Pereira. **A Captura Regulatória: Uma Abordagem Introdutória**. Coimbra: Cedipre, 2014.

GUERRA, Sérgio. Agencificação no Brasil: causas e efeitos no modelo regulatório. In: MARRARA, Thiago (org.) **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014.

HAHN, Robert W. Policy Watch: government analysis of the benefits and costs of regulation. In: **Journal of Economic Perspectives**, vol. 12, n. 4, outono 1998, pp. 201-210.

HEALTH, Joseph. Methodological Individualism. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Primavera de 2015.

HEMPLING, Scott. "Regulatory Capture": sources and solutions. In: **Emory Corporate Governance Accountability and Review**, vol. 1, 2014, pp. 24-35.

JACOBS, Scott H. An overview of regulatory impact analysis in OECD countries. In: OCDE. **Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries**, 1997, pp.13-32.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

KAHN, Alfred. **Whom the Gods Would Destroy, or How Not to Deregulate**. Washington D.C.: AEI-Brookings Joint Center, 2001.

KRUEGER, Anne O. The Political Economy of the Rent-Seeking Society. In: **The American Economic Review**, vol. 64, n. 3, junho de 1974, pp. 290-303.

KWAK, James. Cultural Capture and the Financial Crisis. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (eds.) **Preventing Regulatory Capture: special interest influence and how to limit it**. New York: Cambridge University Press, 2014.

LAFFONT, Jean Jacques; TIROLE, Jean. The Politics of Government Decision Making: A theory of Regulatory Capture. In: **The Quarterly Journal of Economics**, Vol. 106, No. 4 (Novembro de 1991), pp. 1089-1127.

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

LESSIG, Lawrence. Institutional Corruptions. In: **Edmond J. Safra Working Papers**, n. 1, 2013.

LEVINE, Michael E.; FORRENCE, Jennifer L. Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: toward a synthesis. In: **Journal of Law, Economics, & Organization**, vol. 6, special issue, abril 1990, pp. 167-198.

LIVERMORE, Michael; REVESZ, Richard L. Can Executive Review Help Prevent Capture? In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (eds.) **Preventing Regulatory Capture: special interest influence and how to limit it**. New York: Cambridge University Press, 2014.

LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. Ontário: McMaster University Archive of the History of Economic Thought, 1823.

MAKKAI, Toni; BRAITHWAITE, John. In and Out of the Revolving Door: making sense of regulatory capture. In: **Journal of Public Policy**, vol. 12, n. 1, Jan-Mar 1992, pp. 61-78.

MALYSHEV, Nick. **The evolution of regulatory policy in OECD countries**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/41882845.pdf>> Acesso em 04 de janeiro de 2016.

MARTIMORT, David. The Life Cycle of Regulatory Agencies: Dynamic Capture and Transaction Costs. In: **Review of Economic Studies**. Vol. 66 no. 4. 1999, pp. 929-947.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. As fases do estudo sobre regulação da economia na sensibilidade jurídica brasileira. In: **Revista Opinião Jurídica**. Ano 13, n. 17, p. 284-301, jan/dez 2015

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Kitchener: Batoche Books Limited, 2001

MILL, John Stuart. **Principles of Political Economy: with Some of Their Applications to Social Philosophy**. New York: D. Appleton and Company, 1885.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MORGAN, Bronwen. The Economization of Politics: Meta-Regulation as a form of nonjudicial legality. In: **Social & Legal Studies**, vol. 12, 2003, pp. 487-522.

MOSS, David A.; CARPENTER, Daniel. Conclusion: a focus on evidence and prevention. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (eds.) **Preventing Regulatory Capture: special interest influence and how to limit it**. New York: Cambridge University Press, 2014.

MOSS, David A.; CARPENTER, Daniel. Introduction. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (eds.) **Preventing Regulatory Capture: special interest influence and how to limit it**. New York: Cambridge University Press, 2014.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. **Um Fundamento do Regime Administrativo: o princípio da prossecução do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NOVAK, William J. A Revisionist History of Regulatory Capture. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (eds.) **Preventing Regulatory Capture: special interest influence and how to limit it**. New York: Cambridge University Press, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

OLSON, Mancur. **The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups**. 20ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

ORBACH, Barak. What Is Regulation? In: **Yale Journal on Regulation Online**, vol. 30, n. 1, 2012.

PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Silvia; PECI, Alketa. **Governança e New Public Management: Convergências e Contradições no Contexto Brasileiro**, 2007. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APS-B392.pdf>> Acesso em: 05/10/2016.

POSNER, Richard A. Cost-Benefit Analysis: Definition, Justification, and Comment on Conference Papers. In: **The Journal of Legal Studies**, vol 29, no. S2, junho de 2000, pp. 1153-1177.

POSNER, Richard A. The Concept of Regulatory Capture: a short, inglorious history. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (eds.) **Preventing Regulatory Capture: special interest influence and how to limit it**. New York: Cambridge University Press, 2014.

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

PRIEST, George L. The Origins of Utility Regulation and the "Theories of Regulation" Debate. In: **The Journal of Law & Economics**, vol. 36, n. 1. 1993, pp. 289-323.

PRO-REG. **Análise de impacto regulatório: a importância da melhoria da qualidade da regulação**. Brasília: PRO-REG, 2010.

RADAELLI, Claudio M.; FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory Impact Assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. (eds.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

RENDA, Andrea et al. **Assessing the costs and benefits of regulation: Study for the European Commission, Secretariat General**. Bruxelas: CEPS, 2013.

RENDA, Andrea; CASTRO, Rosa. **Scrutinizing the scrutineers: The ever-changing landscape of regulatory oversight bodies**. Santo Domingo: Alacde, 2015. Disponível em: <<http://alacde2015.org/papers/67.pdf>> Acesso em 05 de janeiro de 2016.

REVESZ, Richard L. Quantifying Regulatory Benefits. In: **Institute for Policy Integrity Working Paper**, no. 2014/2, 2014.

RIBEIRO, Wladimir Antonio. **Estudo para subsidiar a estruturação de uma unidade de coordenação, acompanhamento e avaliação de assuntos regulatórios, com o objetivo de apoiar o Governo Federal em temas de melhoria da qualidade regulatória**. Brasília: PRO-REG, 2009

RUTHERFORD, Donald. **Routledge Dictionary of Economics**. Second Edition. London: Routledge, 2002.

SADDY, André. **Formas de Atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SADDY, André. **Regulação Estatal, Autorregulação Privada e Códigos de Conduta e Boas Práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016

SALGADO, Lucia Helena. **O caso Kolynos-Colgate e a introdução da economia antitruste na experiência brasileira.** Disponível em: <<http://goo.gl/NiJdfk>> Acesso em 08/01/2016.

SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória.** Brasília: ipea, 2010.

SCOTT, Colin. Standard-Setting in Regulatory Regimes. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. (eds.). **The Oxford Handbook of Regulation.** Oxford: Oxford University Press, 2010.

SEN, Amartya. The Discipline of Cost-Benefit Analysis. In: **Journal of Legal Studies.** N. 29. 2000. pp. 931-952.

SILVESTRE, Matheus Meott. **Análise de impacto regulatório na ANATEL: uma abordagem econômica sobre o Direito.** Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2014.

SILVESTRE, Matheus Meott. Metarregulação, retorno ao projeto inacabado: Análise do projeto de lei 1539 de 2015. In: **Revista Culturas Jurídicas,** v. 2, n. 4, 2015, pp. 213-219.

SMITH, Adam. **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations.** Indianapolis: Liberty Classics, 1976.

STIGLER, George J. Theory of Economic Regulation. In: **The Bell Journal Economics and Management Science.** Vol. 2 No. 1 1971.

STIGLER, George. Free Riders and Collective Action: Na Appendix to Theories of Economic Regulation. In: **The Bell Journal of Economics and Management Science.** Vol. 5, n. 2, outono de 1974, pp. 359-365.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Desafios do Governo Temer para Recuperar a Regulação e as Parcerias:** as respostas da MP 727 Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/carlos-ari-sundfeld/desafios-do-governo-temer-para-recuperar-a-regulacao-e-as-parcerias-as-respostas-da-mp-727>> Acesso em 18 de maio de 2016.

SUNSTEIN, Cass R. Cognition and Cost-Benefit Analysis. In: **Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic, and Philosophical Perspectives.** Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. Cognition and Cost-Benefit Analysis. In: **John M. Olin Law & Economics Working Paper no. 85 (2d series),** 1999. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=186669> Acesso em 17 de maio de 2016.

SUNSTEIN, Cass R. Empirically Informed Regulation. In: **The University of Chicago Law Review.** n. 78. pp. 1349-1429. 2011.

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

SUNSTEIN, Cass R. **Nonquantifiable**. 2013. Disponível: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2259279 > Acesso em: 12/06/2015.

SUNSTEIN, Cass R. Paradoxes of the Regulatory State. In: **The University of Chicago Law Review**, vol. 57, n. 2, 1990, pp. 407-441.

SUNSTEIN, Cass R. The Limits of Quantification. In: **California Law Review**, vol 102, n. 06, dez/2014. pp. 1369-1422.

SUNSTEIN, Cass R. The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and realities. In: **Harvard Law School Public Law and Legal Theory Working Paper no. 13-07**, 2012.

SUNSTEIN, Cass R. The Real World of Cost-Benefit Analysis: Thirty-Six Questions (and Almost as Many Answers). In: **Public Law & Legal Theory Working Paper Series n. 13-11**, 2013.

SUNSTEIN, Cass R. Valuing Life: A Plea For Disaggregation. In: **Duke Law Journal**, vol. 54, 2004, pp. 385-445.

SUNSTEIN, Cass. **Valuing Life: Humanizing the Regulatory State**. Chicago: The University of Chicago Press, 2014

TOLLISON, R.D. The Interest-Group Theory of Government, In: **The Locke Luminary**, Vol. I, No. 1, 1998.

TOLLISON, Robert D. Rent Seeking: A Survey. In: **Kyklos**, vol 35, fasc. 4, 1982, p. 575-602.

TOLLISON, Robert D. The Interest-Group Theory of Government: Problems and Prospects. In: **Kyklos**, vol 54, 2001, p. 465-472.

TORRES, Silvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TULLOCK, Gordon, **The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft**. *Western Economic Journal* 5, 1967, pp. 224-232.

VALIM, Rafael. **A Subvenção no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

VELJANOVSKI, Cento. Economic Approaches to Regulation. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. (eds.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

VERMEULE, Adrian. Conventions of Agency Independence. In: **Public Law & Legal Theory Working Paper**, no. 12-32, 2012.

WREN-LEWIS, Liam. Regulatory Capture: Risks and Solutions. In: ESTACHE, Antonio. **Emerging issues in competition, collusion, and regulation of network industries**. Londres: CEPR. 2010.

YEUNG, Karen. The Regulatory State. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. (eds.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. São Paulo: Malheiros, 2009.

Documentos da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE (por ano)

OCDE. 1992. **Regulatory Management and Reform Series no. 2: Controlling Regulatory Costs - The Use of Regulatory Budgeting.** Paris.

OCDE. 1993. **Regulatory Management and Reform Series no. 3: Improving Regulatory Compliance - Strategies and Practical Applications in OECD Countries.** Paris.

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

OCDE. 1995. **Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation.** Paris.

OCDE. 1997. **OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis.** Paris.

OCDE. 1997. **Regulatory impact analysis: best practices for regulatory quality and performance.** Paris.

OCDE. 1997. **Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries.** Paris.

OCDE. 1998. **Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels.** Paris.

OCDE. 2002. **Regulatory Policies in OECD Countries: from interventionism to regulatory governance.** Paris.

OCDE. 2004. **Regulatory Impact Analysis (RIA) Inventory.** Paris.

OCDE. 2005. **Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance.** Paris.

OCDE. 2005. **Regulatory Impact Analysis in OECD Countries: Challenges for developing countries.** Dhaka, Bangladesh.

OCDE. 2006. **The Evolution of Regulatory Policy in OECD Countries.** Paris.

OCDE. 2008. **Building an institutional framework for regulatory impact analysis (RIA): Guidance for policy makers.** Paris.

OCDE. 2008. **Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA),** Paris.

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

OCDE. 2011. **Integrating the Environment in Regulatory Impact Assessments.** Paris.

OCDE. 2012. **Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance.** Paris,

OCDE. 2012. **Sustainability in Impact Assessments: A review of impact assessment systems in selected OECD countries and the European Commission.** Paris.

OCDE. 2012. **Measuring Regulatory Performance: A practioner's guide to perception surveys.** Paris.

OCDE. 2014. **All on Board Making Inclusive Growth Happen.** Paris.

OCDE. 2014. **OECD Framework for Regulatory Policy Evaluation.** Paris,

OCDE. 2016. **Promoting inclusive growth through better regulation: the role of regulatory impact assessment.** Paris.