ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 29 – fevereiro/março/abril - 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

GOVERNANÇA E ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Doutorando em Direito pela Universidade Gama Filho, Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Pós-graduado em Direito do Estado pela UERJ. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e dos cursos de Pós-Graduação da FGV/RJ e UCAM. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Consultor jurídico.

1) Introdução

O objetivo do estudo é apresentar as virtudes e as limitações da denominada "Análise de Impacto Regulatório (AIR)", considerada como importante instrumento para avaliação da eficiência regulatória.

Inicialmente, o presente trabalho abordará o debate teórico em torno da intensidade e da qualidade da regulação. Em seguida, pretende-se apontar os requisitos centrais para o estabelecimento da denominada "Governança regulatória". Na sequência, o foco será o estudo aprofundado da Análise de Impacto Regulatório (AIR), com a apresentação do conceito, dos fundamentos jusfilosóficos, das possíveis metodologias, da análise do direito comparado, bem como dos pontos favoráveis e contrários à sua incorporação pelo ordenamento brasileiro.

2) Intervenção regulatória: quantidade ou qualidade?

A discussão tradicional quanto à regulação estatal encontrava-se centrada em ideologias opostas. De um lado, os defensores do liberalismo econômico,[1] especialmente os adeptos da Escola de Chicago,[2] pugnavam pela ausência de intervenção do Estado na economia, uma vez que a eficiência econômica seria alcançada pelo próprio mercado ("mão invisível do mercado").

Argumenta-se, por exemplo, que o dirigismo estatal acarretaria ineficiências, em virtude da assimetria de informações entre Estado e mercado, bem como pela possibilidade de captura da regulação pelos regulados ("teoria da captura").

Ademais, de acordo com os adeptos de uma visão crítica da Teoria da Escola da Escolha Pública (Public Choice), a presença do Estado na economia e na vida dos cidadãos amplia as desigualdades, ao invés de reduzi-las, em razão das denominadas "falhas de governo" (government failures).[3]

De outro lado, a tese que propugna pela intervenção do Estado na regulação da economia e da sociedade parte do pressuposto que a abstenção acarreta desigualdades materiais, ao não levar em consideração a distribuição da riqueza, inviabilizando o desenvolvimento sustentável e igualitário.

Com o fim do abstencionismo estatal, após a I Guerra Mundial, como destacado por J. M. Keynes[4], o Estado passou a intervir na economia, para garantir o seu funcionamento adequado, suprindo as falhas do mercado (market failures), bem como para satisfazer objetivos sociais. O discurso em prol do maior intervencionismo ganha força a partir da crise de 1929, com a crise econômica americana que evidenciou a insuficiência da autorregulação do mercado.[5]

Em razão das imperfeições do mercado, afirma-se que é dever do Estado corrigir as falhas de mercado, tais como: o monopólio e poder de mercado; as externalidades negativas para as pessoas não envolvidas em determinadas relações jurídicas; os "bens coletivos", ou seja, bens que são consumidos por pessoas que não pagaram por eles (free riders ou caroneiros); e as assimetrias de informações (desequilíbrio de informações entre as partes em determinada transação).

Ocorre que o excesso de intervenção estatal na economia acarretou a ineficiência das atividades administrativas e a infantilização da sociedade, tendo em vista o "paternalismo estatal" (Nanny State ou "Estado Babá"),[6] por meio de uma redução significativa da autonomia dos indivíduos. O diagnóstico abriu caminho para a desregulação da economia.

A partir da década de 80, diversos países iniciaram um movimento de ajuste fiscal e de privatizações, com destaque para a Grã-Bretanha, Estados Unidos e Nova Zelândia. No Brasil, a reformulação do papel e do tamanho do Estado foi implementada na década de 90, por meio de alterações legislativas importantes que liberalizaram a economia e efetivaram a desestatização. No âmbito constitucional, as Emendas Constitucionais nº 06/95 e 07/95 abriram a economia para o capital estrangeiro e as Emendas Constitucionais nº 05/95, 08/95 e 09/95 atenuaram os monopólios estatais. Nesse período, foi instituído o Programa Nacional de Desestatização (PND) pela Lei nº 8.031/90, substituída, posteriormente, pela Lei nº 9.491/97, bem com foram criadas as agências

reguladoras com a incumbência de controlarem, no sentido amplo do termo, determinados setores da economia e os serviços públicos delegados.[7]

A sobredita reformulação do papel do Estado é caracterizada, de um lado, pela diminuição da sua intervenção direta nas relações econômicas e na prestação de serviços públicos (Estado prestador), e, de outro lado, pelo incremento das modalidades de intervenção indireta, por meio da regulação (Estado regulador).[8]

O aparelho estatal foi reduzido e a "Administração Pública burocrática" foi substituída pela "Administração Pública gerencial" a partir da Reforma Administrativa instituída pela EC nº 19/98. Enquanto a Administração Pública burocrática se preocupa com os processos, a Administração Pública gerencial é orientada para a obtenção de resultados (eficiência), sendo marcada pela descentralização de atividades e pela avaliação de desempenho a partir de indicadores definidos em contratos (contrato de gestão).[9]

É possível perceber que o debate tradicional focava a intensidade, maior ou menor, da regulação estatal a partir de ideologias opostas que confrontavam a regulação e a abstenção como o Bem e o Mal.

No entanto, constata-se uma virada importante neste debate com a substituição da intensidade pela qualidade da regulação. Ao invés de menos regulação, o ponto central da discussão atual é a efetivação da melhor regulação.[10] Nesse sentido, Susan Rose-Ackerman propõe uma nova agenda pública para reformar e não para desmantelar o Estado Regulador, buscando melhorar a responsabilidade dos agentes políticos e os desenhos dos programas públicos.[11]

De fato, as visões extremadas revelaram-se insuficientes na tarefa de garantia e proteção dos direitos fundamentais. A regulação não pode ser considerada, a priori, boa ou má. É preciso verificar concretamente cada forma de regulação e avaliar os resultados obtidos. Trata-se, em suma, de uma visão despida de preconceitos metafísicos em que a qualidade se sobrepõe à quantidade de regulação.

3) Governança regulatória e eficiência administrativa: visão pragmática

A compreensão do perfil do Estado regulador e dos seus objetivos pressupõe, de início, a definição do termo "regulação". Trata-se de expressão polissêmica que compreende, ao menos, três acepções: a) em sentido amplo, a regulação é toda forma de intervenção estatal, correspondendo ao conceito genérico de intervenção estadual na economia, o que engloba tanto a atuação direta do Estado como empresário, como o estabelecimento de condições para o exercício de atividades econômicas; b) em sentido menos abrangente (que chamaríamos de "intermediário"), a regulação estatal equivale ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade privada, excluindo-se, portanto, a atuação direta do Estado na economia; e c) por fim, em sentido

restrito, regulação é somente o condicionamento da atividade econômica por via de lei ou ato normativo.[12]

No presente trabalho, o termo regulação corresponde ao mencionado sentido intermediário, afastando-se a análise do Estado empresário (intervenção direta) e o estudo dos regulamentos. Não se trata, todavia, de simples adoção de uma postura passiva de poder de polícia (na modalidade fiscalizatória), mas, sim, de uma postura ativa na imposição de comportamentos aos mercados que serão regulados.[13]

Em consequência, a regulação, aqui, deve ser considerada uma forma de intervenção indireta na economia que englobas três prerrogativas básicas: a) a edição de normas; b) a implementação concreta das citadas normas; e c) a fiscalização do cumprimento das normas e punição das infrações.[14]

A regulação, assim como as demais atividades administrativas, deve ser pautada pela busca de efetividade dos direitos fundamentais e respeito aos princípios que regem a Administração Pública.

Os desafios apresentados pela pós-modernidade,[15] especialmente o incremento do risco, da velocidade da informação, das novas tecnologias e da complexidade dos interesses que devem ser satisfeitos pelo Estado, demonstram a insuficiência dos modelos tradicionais de organização, de atuação e de controle da Administração Pública, pautados por formalidades excessivas e pela despreocupação com a eficiência estatal. Igualmente, a globalização impõe a revalorização dos mercados e a necessidade de diálogos transnacionais, relativizando as fronteiras jurídicas dos Estados.

Neste cenário de complexidade, André-Jean Arnaud demonstra o afastamento de algumas armadilhas positivistas, tais como: “determinismo (tudo pode ser explicado independentemente do observador), princípio do terceiro excluído (tudo que não é verdadeiro é falso) e reducionismo (tudo é redutível a elementos simples).[16]

Da mesma forma, Paolo Grossi, professor de História do Direito da Universidade de Florença, vai criticar as “mitologias da modernidade”, especialmente o reducionismo do Direito que, ao pretender tornar a paisagem jurídica simples e harmoniosa, gerou a abstração e a artificiosidade.[17]

O ordenamento jurídico pressupõe a realidade ordenada e não pode prescindir, portanto, do respeito à complexidade e à pluralidade social.[18]

Há uma clara tendência à descentralização do poder no interior da organização administrativa e para fora dela, sendo possível diagnosticar, como demonstrado por Santi Romano, uma pluralidade dos ordenamentos jurídicos.[19]

A regulação estatal não pode ignorar as mutações sociais, políticas e jurídicas, devendo se adaptar às novas exigências do mundo globalizado e complexo.

Por esta razão, no cenário brasileiro, o Estado e, notadamente, as agências reguladoras devem reforçar a legitimidade e a eficiência de suas ações.

No contexto do ordenamento plural, caracterizado pela complexidade e, eventualmente, pelo antagonismo dos interesses que devem ser perseguidos pelo Estado, a ação administrativa deve intensificar a sua preocupação com o planejamento, com transparência, a abertura à participação da sociedade, com a prestação de contas e com instrumentos eficazes de controle pautados nos resultados.

Trata-se da denominada "governança regulatória". A expressão "governança" possui dois sentidos básicos: a) sentido amplo: significa o modo de gestão (privada, administrativa e política) eficaz; e b) sentido restrito: refere-se ao modo de participação da sociedade civil na produção de políticas públicas nos níveis local, regional ou global.[20]

No âmbito da regulação, é possível afirmar que a "governança regulatória" significa a busca por instrumentos de maior legitimidade (ex: participação na formulação da decisão administrativa) e de maior eficiência (ex: planejamento e controle de resultados) por parte dos reguladores.

4) Análise de Impacto Regulatório (AIR)

4.1) Conceito

A necessidade de implementação da governança regulatória no direito comparado, com a diminuição das assimetrias informacionais e racionalização da atividade estatal, abriu caminho para institucionalização da denominada Análise de Impacto Regulatório (AIR).[21]

De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a AIR "is a process of systematically identifying and assessing the expected effects of regulatory proposals, using a consistent analytical method, such as benefit/cost analysis".[22]

Colin Kirkpatrick e David Parker afirmam que a AIR fornece uma metodologia para avaliação das consequências das atuais e das futuras regulações, consubstanciando importante instrumento na formulação de políticas públicas.[23]

É possível se afirmar que a AIR é um processo que envolve planejamento e participação social, conferindo maior legitimidade para as políticas regulatórias. Ressalte-se que a AIR não funciona apenas como instrumento para definição da intensidade e/ou da qualidade da regulação estatal. Em verdade, a própria decisão quanto à necessidade de instituição da regulação é discutida na AIR. Durante o processo, as alternativas à regulação direta (ex: subsídios,

disponibilização de informação ao público, instituição de taxas, autorregulação etc.) devem ser ponderadas para se eleger a melhor decisão para o setor.[24]

4.2) Fundamentos jusfilosóficos

O estudo da AIR tem sido pautado por muitas polêmicas. De um lado, parcela da doutrina sustenta que o instituto possui íntima relação com o utilitarismo, preocupando-se com a maximização do bem-estar social a partir da ótica econômica (maximização de riquezas). O desprezo com os valores éticos, bem como as dificuldades na quantificação e na qualificação dos custos e dos benefícios envolvidos, são questões suscitadas na efetivação da AIR.[25]

Há, ainda, a preocupação de que o tempo necessário para avaliar as alternativas regulatórias acarreta a paralisia regulatória.[26]

Por outro lado, os defensores da AIR ressaltam importantes virtudes, tais como a racionalização e a elevação qualitativa da tomada de decisão pública.

Cass R. Sunstein, por exemplo, efetua uma análise da AIR – mais especificamente, da Análise de Custo-Benefício (Cost-Benefit Analysis) – fora dos termos econômicos tradicionais, valendo-se para tanto da psicologia cognitiva e da economia comportamental. Em sua visão, a AIR "deve ser compreendida como um método que coloca "na tela" fatos sociais importantes que poderiam escapar da atenção privada ou pública", assegurando a definição de prioridades e a superaração de obstáculos previsíveis na regulação, quaisquer que sejam os critérios para decisões relativas às questões mais difíceis.[27]

Em consequência, Sunstein formula uma concepção menos controvertida da Cost-Benefit Analysis para caracterizá-la como uma simples forma de consequencialismo aberto, que possibilita a identificação das vantagens e das desvantagens da regulação, sem ingressar nas considerações em relação aos pesos apropriados, o que facilita o consenso. Na fórmula mais controversa, a análise envolve o quanto as pessoas estão dispostas a pagar por benefícios e a tomada de decisão depende dos respectivos números, o que encontra obstáculos na falta de informação privada (assimetria de informações), na eventual distribuição injusta etc.[28]

O ponto central de sua doutrina reside no denominado Acordo teórico incompleto ("incompletely theorized agreement") na Análise do Custo-Benefício, que possibilita a resolução de questões jurídicas e políticas difíceis sem resolver problemas profundamente controversos sobre justiça, democracia ou o objetivo apropriado do Estado. No processo de deliberação pública, as pessoas com visões de mundo completamente opostas (utilitaristas e Kantianos, por exemplo) poderiam conviver harmonicamente, decidindo as questões de forma macro (ex: pessoas que discordam sobre os objetivos do direito penal podem concordar com a punição do estupro e do homicídio).[29]

Não obstante as limitações inerentes, a AIR pode ser considerada como importante ferramenta na formulação, execução e controle das políticas regulatórias atuais, especialmente por efetivar os ideais da eficiência, do pluralismo e da legitimidade democrática.

Não obstante as limitações inerentes, a AIR pode ser considerada como importante ferramenta na formulação, execução e controle das políticas regulatórias atuais, especialmente por efetivar os ideais da eficiência, do pluralismo e da legitimidade democrática.

4.2.1) Princípio da eficiência, pragmatismo e Análise Econômica do Direito (AED)

Em primeiro lugar, a AIR torna a regulação mais eficiente.[30] O princípio da eficiência, previsto no art. 37 da CRFB, relaciona-se com a concretização das finalidades estatais elencadas pelo texto constitucional e, por consequência, com a satisfação das necessidades da população.[31]

No âmbito da "Administração de Resultados",[32] a efetivação do princípio da eficiência passa por três estágios: a) planejamento: planos de ação, orçamento e prioridades, com destaque para participação da população por meio de audiências e consultas públicas; b) execução: medidas concretas para satisfação dos resultados previamente delimitados; e c) controle: os órgãos controladores não devem se restringir à legalidade formal na análise da juridicidade da ação administrativa, devendo levar em consideração os demais princípios e o alcance dos resultados esperados.

A preocupação com os resultados da ação administrativa demonstra a íntima ligação entre o princípio da eficiência e o pragmatismo.[33]

O pragmatismo não possui concepção unívoca, mas há relativo consenso de que as suas características básicas são: a) antifundacionalismo: rejeita a existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no Direito; b) contextualismo: a interpretação jurídica é norteada por questões práticas e o Direito é visto como prática social; e c) consequencialismo: as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro e não para o passado).[34]

A ênfase nas consequências da interpretação enseja a crescente correspondência entre a norma e a realidade, afastando promessas legislativas utópicas que desconsideram o contexto econômico e social em que serão aplicadas. A ausência de efetividade do ordenamento jurídico pode ser representada pela distância entre o idealismo (ou fanatismo) legislativo e a realidade. Nesse sentido, é pertinente a observação de Claudio Pereira Souza Neto quando afirma que o consequencialismo "serve apenas para autorizar a ponderação das conseqüências, mas tais conseqüências podem ser valoradas de acordo com princípios que compõem o núcleo normativo da Constituição Federal de 1988."[35]

Por esta razão, a AIR, ao identificar de maneira clara e fundamentada o contexto, bem como as consequências atuais e futuras da regulação, consubstancia instrumento decisivo no atendimento da eficiência administrativa no cenário de virada pragmatista do Direito Público brasileiro contemporâneo.[36]

Da mesma forma, a eficiência pode ser estudada a partir do movimento da Análise Econômica do Direito (AED).[37]

De acordo com a Análise Econômica do Direito (AED), a economia, especialmente a microeconomia, deve ser utilizada para resolver problemas legais e, por outro lado, o Direito acaba por influenciar a Economia.

Na medida em que todos os direitos possuem custos e o orçamento é limitado, a eficiência estatal dependerá da ponderação entre os custos e os benefícios da decisão regulatória a ser tomada, sendo relevante a análise do impacto econômico das ações estatais.[38] Daí a afirmação de W. Kip Viscusi: "The general spirit of the benefit-cost test is that resources are limited, and ideally we should allocate these limited resources in a manner that will maximize the net well-being of society."[39]

Existem interpretações distintas da AED (Escola de Chicago, Escola da Public Choice, Institucionalistas, Neo-Institucionalistas, Movimento dos Estudos Críticos, Escola de New Haven ou Progressiva), mas é possível apontar algumas premissas comuns a todas elas, a saber: a) o ser humano sempre procura aquilo que considera ser o melhor para si, preferindo mais a menos satisfação; b) no processo de maximização da sua utilidade, as pessoas reagem a incentivos que recebem do ambiente em que vivem e trabalham, incluindo o sistema de preços; c) as regras moldam os incentivos a que as pessoas estão submetidas e, portanto, influenciam nas suas decisões de troca, produção, consumo, investimento etc.[40]

O mercado tem como principal função determinar os preços, que, por sua vez, são a principal informação com a qual os agentes econômicos trabalham para tomar suas decisões de consumo e produção. Em uma concorrência perfeita, a economia atinge uma ótima alocação de recursos sem a necessidade de mecanismos complementares ao funcionamento do próprio mercado (interação entre produtores e consumidores), o que pressupõe a ausência de barreiras à entrada de novas empresas, a existência de produtos homogêneos, em que a escolha do consumidor se fundamente basicamente no preço do bem, visto que não há distinções significativas entre os bens oferecidos pelos diversos produtores no mercado, sendo livre a circulação de informações entre os agentes econômicos.

Todavia, existem falhas que desequilibram o mercado e demonstram a necessidade de atuação do Poder Público para garantir o bem-estar das pessoas.[41]

Nesse contexto, a AIR tem o propósito de diagnosticar a existência de falhas no mercado, que justifiquem a regulação, bem como proporciona a redução da assimetria de informações, permitindo a formulação de decisões qualitativamente melhores. A regulação, no caso, deve ser implementada de maneira proporcional, sob pena de gerar um problema inverso: as falhas regulatórias (Regulatory failures).

É importante salientar, contudo, que a regulação não é justificada apenas pela existência de falhas de mercado, mas, também, pela necessidade de satisfação dos objetivos sociais consagrados constitucionalmente.[42]

Sob a ótica da AED, existem, em resumo, dois critérios que garantem a eficiência na circulação de riquezas: a) eficiência de Pareto ("ótimo de Pareto"): a medida é eficiente quando melhorar a situação de determinada pessoa sem piorar a situação de outrem;43 b) eficiência de Kaldor-Hicks: as normas devem ser desenhadas para produzirem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas (os benefícios de "A" superam os prejuízos de "B").[44]

A eficiência de Pareto é de difícil aplicação concreta, pois desconsidera as externalidades negativas cada vez maiores nas sociedades complexas, sendo praticamente impossível se imaginar a maximização de determinadas pessoas sem agravamento da riqueza de outras.[45]

O manual introdutório para implementação da AIR, elaborado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), baseia-se no critério de eficiência de Kaldor-Hicks, especialmente quando afirma que a regulação somente se justifica quando os benefícios totais para todos os membros da sociedade forem maiores do que os custos totais (mais uma vez, considerando todos os prováveis impactos sobre todos os membros da sociedade).[46]

Por fim, é oportuno salientar que a AIR não deve ser pautada exclusivamente por critérios econômicos, especialmente pelo fato de que a Administração tem o dever de considerar outros aspectos igualmente fundamentais: diminuição da pobreza, qualidade do serviço ou do bem, durabilidade, confiabilidade, universalização do serviço para o maior número possível de pessoas etc. Nem sempre a medida mais barata será a mais eficiente ("o barato pode custar caro").

A eficiência da AIR, portanto, depende da efetivação dos resultados (econômicos, sociais, ambientais etc.) esperados pela sociedade e impostos pelo ordenamento jurídico. 4.2.2) Pluralismo jurídico e a visão sistêmica do direito O pluralismo jurídico também representa um importante fundamento para a legitimidade da AIR na formulação e na avaliação de políticas regulatórias.

É possível afirmar que o pluralismo jurídico significa, em síntese, a existência de ordens jurídicas distintas (local, nacional e mundial) vigentes em determinada sociedade.[47]

Trata-se de vertente contrária à visão positivista do direito que propugnava pela unicidade e estatalidade do direito objetivo. O Direito não se resume às normas escritas e circunscritas ao território de determinado estado; ao contrário, o Direito é elaborado também no seio da sociedade, inclusive internacional, sendo lícito afirmar a existência de fontes não positivadas (extraestatais), como, por exemplo, o direito consuetudinário, a autorregulação, a lex mercatoria nas relações comerciais internacionais etc.[48] Em outras palavras, o Direito não é produto exclusivo do Estado, mas também da sociedade e do mercado.

Por esta razão, Santi Romano, após criticar a visão positivista (formalista), que concebia o direito objetivo como norma munida de sanção, vai identificar o ordenamento jurídico com as instituições. Daí a existência do pluralismo jurídico, pois, na sua visão, "todo ordenamento jurídico é uma instituição e, vice-e-versa" e, por isso, "existem tantos ordenamentos jurídicos quantas são as instituições",[49] existindo diversos ordenamentos que não se reduzem ao campo estatal (ex: direito internacional, direito eclesiástico, ordenamentos disciplinares privados etc.).

Ressalte-se que a "instituição", na doutrina de Santi Romano, significa "todo ente ou corpo social". A instituição "é uma manifestação da natureza social e não puramente individual do homem", que possui uma "individualidade própria" e é considerada permanente, pois não perde a sua identidade com a simples alteração dos indivíduos que a compõem.[50]

Da mesma forma, Pietro Perlingieri sustenta que o pluralismo das fontes (estatais e extraestatais) é produzido "quando se dá espaço a um pluralismo de entidades descentralizadas e autônomas que não se esgotam no Estado e legislam em um poder próprio".

O pluralismo é encontrado, ainda, no interior da regulação estatal. Em razão dos impactos tecnológicos e do desenvolvimento de setores da economia, é possível encontrar, no interior do próprio Estado, uma pluralidade de subsistemas jurídicos (Teoria dos ordenamentos setoriais), pautados por princípios, conceitos e estruturas hierárquicas específicas de cada setor (ex: telecomunicações, energia, transportes etc.).[51]

A qualidade da regulação setorial, de um lado, pressupõe especialização e autonomia das entidades regulatórias. Todavia, as políticas setoriais devem ser inseridas nos objetivos genéricos buscados pelo Estado, especialmente pelo fato de que as políticas adotadas em determinado setor repercutem, naturalmente, nas políticas adotadas em outros setores (ex: conflito entre as agências reguladoras e o CADE em matéria de concorrência).

Os ruídos intersistêmicos geram conflitos regulatórios que comprometem a qualidade da regulação estatal.

Daí ser importante a concepção da regulação a partir da Teoria dos Sistemas.

O sistema jurídico é um sistema dinâmico complexo que possui capacidade autorreguladora e autogerativa. Em razão da denominada "clausura organizacional", o sistema jurídico autopoiético é autorreferencial (self-reference), uma vez que possui autonomia para processar, segundo seus critérios (código valorativo e binário: lícito e ilícito), as mensagens enviadas pelo ambiente. Vale dizer: o sistema jurídico é fechado operacionalmente (ou normativamente) e aberto cognitivamente em relação aos demais sistemas sociais.[52]

No campo específico da regulação, a aplicação da Teoria dos Sistemas tem, ao menos, duas implicações importantes: a) determinar a necessidade de instituição da regulação estatal sobre os sistemas sociais e econômicos, sendo certo que, em determinadas hipóteses, a autorregulação pode ser a melhor opção para o desenvolvimento de determinados setores ("Direito reflexivo");[53] e b) pautar a coordenação entre os diversos setores regulados, a partir de uma visão sistêmica que acarreta troca de informações e soluções específicas fornecidas por cada setor autônomo (ex: a autonomia do setor de energia não afasta a necessidade de abertura cognitiva e coordenação com o setor que regula o sistema hídrico).

Em consequência, o pluralismo jurídico e a Teoria dos Sistemas acarretam a necessidade de uma política regulatória que leve em consideração os diversos interesses jurídicos que devem ser protegidos e promovidos pelo Estado, bem como a autonomia e a coordenação entre o sistema jurídico e os demais sistemas (ex: sociedade, economia etc.) e entre os subsistemas regulados.[54]

4.2.3) Legitimidade democrática

Por fim, a AIR representa um reforço à legitimidade das decisões regulatórias na medida em que efetiva os ideais de democracia deliberativa.[55]

Ao lado da pluralidade de ordenamentos jurídicos, comentada anteriormente, constata-se, na atualidade, uma pluralidade crescente de interesses, por vezes conflitantes, que devem ser satisfeitos pelo Estado.

A legitimidade do denominado "Estado pluriclasse"[56] não se contenta com os mecanismos tracionais da democracia representativa. A homogeneidade dos interesses a serem protegidos – característica típica do Estado Liberal burguês, que deveria atender às necessidades de uma classe dominante (a burguesia) e que estabelecia o voto censitário – cede espaço para a heterogeneidade dos interesses existentes na complexa sociedade atual.

A decisão regulatória, neste cenário, não pode ser justificada por argumentos abstratos, distorcidos do contexto e sem consideração das respectivas consequências (sociais e econômicas).

Daí a necessidade de se reforçar a legitimidade e se melhorar a qualidade da regulação por meio da procedimentalização e da participação popular na formulação da decisão regulatória.

O processo administrativo, como sede de diálogo entre a Administração e o administrado, permite a melhor composição dos diversos interesses públicos e privados, eventualmente conflitantes, superando, na medida do possível, o caráter unilateral da atividade administrativa.[57]

A instituição de "canais participatórios"[58] servem para a solução negociada dos conflitos de interesses, permitindo uma melhor ponderação pelas autoridades regulatórias dos interesses dos particulares (usuários e consumidores), identificando, com maior precisão, os problemas e as possíveis consequências da futura decisão.

Da mesma forma, a participação aumenta a probabilidade de aceitação dos destinatários das decisões administrativas e confere maior transparência à ação estatal, constituindo, por isso, importante fator de legitimidade democrática da atuação da Administração Pública.[59]

Neste cenário, a AIR é uma forma de procedimentalização com a possibilidade de participação dos interessados (empresários, usuários e consumidores) na elaboração da política regulatória, conferindo maior legitimidade democrática à regulação.[60]

4.3) Metodologias e classificações

A AIR, como visto, representa um procedimento de auxílio na tomada de decisões regulatórias que expõe os riscos, os benefícios e as consequências das políticas regulatórias que podem ser adotadas para atendimento de interesses protegidos constitucionalmente.

O processo de implementação da AIR passa necessariamente por três fases: 1) inicial (expositiva): definição dos objetivos e das consequências da ação regulatória proposta ou já existente; 2) intermediária (debate/ponderação): debate, com a participação dos regulados (empresários, usuários e consumidores), para definição dos critérios de escolha da melhor decisão, com a atribuição de pesos valorativos às alternativas apresentadas; e c) final (decisória): implementação ou revisão da regulação.

Com o intuito de facilitar a elaboração da AIR, a OCDE indica os seis momentos básicos que devem ser observados pelo formulador da política regulatória: 1) definição do contexto e dos objetivos políticos; 2) identificação de todas as opções possíveis, regulatórias e não-regulatórias, que permitam

atingir o objetivo político; 3) identificação e quantificação dos impactos das opções consideradas, incluindo os custos, benefícios e os efeitos distributivos; 4) desenvolvimento de estratégias de execução e cumprimento de cada opção apresentada, incluindo uma avaliação da sua eficácia e eficiência; 5) previsão de mecanismos de monitoramento para avaliação do sucesso da política proposta, bem como para o desenvolvimento de futuras respostas regulatórias; 6) incorporação sistemática da consulta pública para fornecer a oportunidade de participação de todos os interessados no processo regulatório.[61]

Não existe, todavia, uma metodologia uniforme ou imune às falhas para se definir qual é a melhor decisão a ser tomada em cada caso concreto. Ao revés, a experiência do direito comparado demonstra a utilização de metodologias distintas que podem ser utilizadas para avaliação dos impactos da regulação, como, por exemplo, a Análise Custo-Benefício (ACB) e a Análise do custo-efetividade (ACE).[62]

Da mesma forma, o objeto da AIR pode ser mais amplo ou restrito, bem como a sua utilização pode ser facultativa ou obrigatória.

Para fins didáticos, apresentaremos três classificações distintas para a AIR.

4.3.1) Quanto ao conteúdo da metodologia

A doutrina tem apontado para abordagens diversas de avaliação do impacto regulatório, como, por exemplo: Análise Custo-Benefício (Benefit-Cost Analysis), Análise do Custo-Efetividade (Cost-Effectiveness Analysis), Análise de Risco (Risk Analysis) Análise Risco-Risco (Risk-Risk Analysis) e Avaliação de Custos (Cost Assessment).[63]

É possível, no entanto, destacar as duas principais metodologias de AIR, normalmente utilizadas na experiência internacional, para definição da necessidade, da intensidade e da qualidade da regulação: Análise Custo-Benefício (ACB) e Análise do custo-efetividade (ACE).

4.3.1.1) Análise Custo-Benefício (ACB)

A ACB, inspirada na visão utilitarista do direito, foi sistematizada no direito norteamericano pelo Decreto Executivo nº 12.291, do presidente Reagan. De acordo com a metodologia em comento, o regulador deve levar em consideração todos os custos e os benefícios envolvidos na regulação por ele proposta, inclusive aqueles que não podem ser auferidos economicamente.

Trata-se de um método regulatório que convida os reguladores a identificarem os efeitos positivos e negativos da regulação e quantificá-los na medida do possível, auxiliando a decisão pública.[64]

Tradicionalmente, revela-se tormentosa a efetivação do processo de escolhas individuais e públicas. O processo de escolha individual é pautado pela ideia de

racionalidade limitada do indivíduo que faz escolhas pautadas, em alguns casos, por sentimentos não racionais. Da mesma forma, as escolhas públicas são pautadas pela dificuldade de definição das prioridades dos indivíduos.

No processo de escolha pública, as informações sobre os custos e os benefícios podem ser divididas em duas categorias: a) informações quantitativas: são aquelas que podem ser representadas em termos numéricos ou em dinheiro (monetarizadas); e b) informações qualitativas: não são monetarizáveis e geram interpretações subjetivas.[65]

A maior dificuldade na ACB é a atribuição de pesos às opções que não são passíveis de monetarização para definição da maximização dos benefícios com os menores custos possíveis. De um lado, a ponderação em termos abstratos (ex: promoção do meio ambiente, defesa da concorrência etc.), sem atribuição de objetividade ao processo de escolha, não é suficiente para legitimar a decisão regulatória que poderá ser arbitrariamente justificada por argumentos de autoridade. Por outro lado, a ausência de consideração dos benefícios não econômicos na elaboração da decisão estatal refletirá uma regulação contrária aos objetivos constitucionalmente protegidos.

Em virtude da impossibilidade de monetarização de todos os custos e benefícios, Scott H. Jacobs afirma que os países têm adotado uma versão branda da ACB – Soft

Benefit-Cost Analysis – que combina e sistematiza as métricas quantitativa e qualitativas da regulação. A combinação dos critérios quantitativos e qualitativos, naquilo que se convencionou denominar de Multi-Criteria Analysis (MCA), também é sugerida pela OCDE.[66]

É possível imaginar, por exemplo, como proposta para relativização deste impasse, a atribuição de pesos diferentes, pelos destinatários da regulação, às opções nãoeconômicas, concretamente identificáveis, facilitando a definição da medida mais benéfica.

Outra dificuldade importante é a dinâmica do mercado que pode alterar as premissas que fundamentaram a decisão regulatória e, com isso, gerar ineficiência. A resposta, a nosso ver, é propiciar, na medida do possível, uma flexibilidade à política regulatória, com a previsão de revisões regulares.

4.3.1.2) Análise do custo-efetividade (ACE)

A Análise do custo-efetividade (ACE) é marcada pela definição prévia das metas regulatórias que devem ser implementadas pela forma menos custosa. Ao contrário da ACB, onde se discute os custos e os benefícios da regulação, a CE pressupõe a decisão prévia, legislativa e/ou administrativa, quanto aos resultados da regulação. De acordo com Scott H. Jacobs, enquanto a ACB ajuda o governo a decidir “o que fazer” (what to do), a ACE auxilia a resolver “como fazer” (how to do).[67]

De fato, o ordenamento jurídico prevê os resultados que devem ser alcançados pela ação estatal. A partir de uma ordem decrescente de abstração, os resultados das políticas públicas são definidos, nesta ordem, pela Constituição, lei, ato administrativo normativo e ato administrativo individual. Trata-se do processo de concretização das políticas públicas.

A vantagem da ACE é evitar a discussão em torno da escolha do melhor benefício da regulação quando em jogo benefícios diversos que não são passíveis de monetarização, dificuldade encontrada na metodologia anterior (ACB). A análise, portanto, é centralizada nos custos, devendo ser eleita à medida que alcança o benefício predeterminado com o menor custo possível.

4.3.2) Quanto à abrangência da AIR

A segunda classificação tem por critério a abrangência da AIR que pode ser geral ou parcial.

4.3.2.1) Análises Gerais (AGs)

As Análises Gerais (AGs) levam em consideração os impactos que a regulação proporcionará para toda a sociedade e para economia de modo geral. Trata-se de análise que avalia as consequências inter e extra-sistêmicas da regulação.

4.3.2.2) Análises Parciais (APs)

As Análises Parciais (APs) analisam os impactos da regulação para determinado setor da economia ou da sociedade. É preciso considerar que os impactos da regulação não são necessariamente idênticos e lineares para todas as pessoas, sendo relevante considerar as diferenças de intensidade da regulação para definição da política a ser adotada.

Registre-se que as análises gerais e parciais não são excludentes. É perfeitamente possível que no âmbito da Análise Geral, por exemplo, sejam avaliados os efeitos específicos que a regulação acarretará para determinado setor econômico ou social. Da mesma forma, a Análise Parcial na formulação da política regulatória setorial deve levar em consideração as consequências da ação regulatória para outros setores. O ideal, a nosso sentir, é a conjugação das duas visões.

4.3.3) Quanto à obrigatoriedade da AIR

Por fim, a terceira classificação leva em consideração a obrigatoriedade ou não de realização da AIR.

4.3.3.1) AIR obrigatória

Não se pode desconsiderar que a própria formalização da AIR envolve custos

variados que podem superar os custos da regulação proposta, bem como demanda tempo que pode frustrar a efetivação de demandas urgentes da sociedade, revelando-se imperiosa a fixação de critérios que orientem à realização ou não da AIR.

A partir de critérios fixados na legislação e nos atos técnicos das agências reguladoras, a AIR pode ser considerada obrigatória para elaboração ou revisão de ações regulatórias. Nessas hipóteses, a implementação da AIR é uma condição de validade para a decisão regulatória.

4.3.3.2) AIR facultativa

Nos casos em que a AIR não é imposta pela legislação, o regulador poderá optar pela sua implementação. Entendemos que, em virtude dos imperativos de planejamento e de eficiência da ação estatal, a decisão pela não efetivação da AIR deve ser fundamentada.

4.4) AIR no direito comparado

No direito comparado, a AIR é uma ferramenta utilizada de maneira crescente para avaliação das políticas regulatórias, especialmente no âmbito dos países integrantes da OCDE.[68]

O objetivo, aqui, é destacar, resumidamente, a utilização da AIR nos EUA, no Reino Unido e na União Europeia.

4.4.1) EUA

Na década de 70, inicia-se nos Estados Unidos um amplo processo de desregulação da economia (deregulation), em que o Poder Público diminui as restrições impostas a diversos setores econômicos e as agências reguladoras reduzem a intervenção que exerciam sobre os entes privados.[69]

De acordo com os integrantes da Escola de Chicago, o excesso de regulação gerava ineficiência econômica, especialmente pelo risco de utilização da regulação para a satisfação dos interesses privados dos grupos politicamente influentes (teoria da captura).[70]

A desconfiança em relação ao modelo regulatório traz como consequência a ampliação do controle exercido pelos poderes constituídos em relação aos atos das agências.

O controle judicial é ampliado através da hard-look doctrine, em virtude da qual se permite ao Judiciário avaliar a legalidade e razoabilidade das medidas regulatórias.[71] Dessa forma, além do exame da legalidade do procedimento adotado, o Judiciário poderia verificar a razoabilidade das decisões das agências, evitando-se, destarte, regulações caprichosas ou arbitrárias.[72]

O controle presidencial dos atos das agências, por seu turno, é intensificado pela atuação do Escritório de Orçamento e Execução (Office of Management and Budget – OMB), encarregado de supervisionar as propostas orçamentárias das agências, e do Escritório de Informação e Regulação (Office of Information and Regulation Affairs – OIRA), vinculado ao OMB e responsável pela conformidade da atuação das agências com as políticas traçadas pelo Presidente.

Nesse sentido, sucessivas Ordens Executivas foram editadas com o intuito de restringir a autonomia das agências e garantir maior racionalidade aos atos regulatórios, com destaque para os Decretos Executivos (Executive Orders) nºs 12.291, de 17/02/81, e 12.498, de 04/01/85, emitidos pelo Presidente Reagan, que submeteram os atos das agências à prévia aprovação do OMB, diretamente vinculado ao Presidente.[73]

O Decreto Executivo nº 12.291, mencionado acima, sistematizou, em sua seção 3, a Regulatory Impact Analysis and Review.[74]

Os objetivos principais do referido decreto presidencial podem ser assim resumidos: redução dos encargos das regulações existentes e futuras, aumento da responsabilização para ações das agências reguladoras, previsão da supervisão presidencial do processo regulatório, minimização da duplicação e do conflito de normas regulatórias e garantia de fundamentação adequada para as regulações.[75] A elaboração de normas regulatórias importantes ("major rules") deve ser precedida, em regra, da AIR.[76]

Posteriormente, o Decreto Executivo nº 12.866 (Regulatory Planning and Review), de 30/09/93, editado pelo Presidente Bill Clinton, revogou os Decretos nºs 12.291 e 12.498 com o intuito de reformar o sistema regulatório norte-americano, tendo em vista a necessidade de maior eficiência do processo regulatório, tornando-o mais acessível e aberto ao público.[77]

Na seção 1, o Decreto nº 12.866/93 exige que as agências, ao decidirem sobre a necessidade e a forma de regulação, avaliem todos os custos e benefícios de alternativas regulatórias disponíveis, inclusive a opção por não regular a matéria.

Exige-se, ainda, que a avaliação dos custos e dos benefícios leve em consideração medidas quantitativas e qualitativas, devendo ser adotada a alternativa que acarrete maximização dos benefícios.

O Decreto em comento reforça a competência do Escritório de Orçamento e Execução (OMB), que tem a responsabilidade de garantir que os atos regulatórios editados pelas agências sejam compatíveis com a legislação, prioridades do Presidente da República e com os princípios fixados no próprio Decreto. O Escritório de Informação e Regulação (OIRA), por sua vez, é o repositório de conhecimentos especializados sobre questões regulatórias, incluindo as metodologias e os procedimentos que afetam mais de uma

agência, as diretrizes fixadas no Decreto e as políticas regulatórias fixadas pelo presidente da República.

Recentemente, o Decreto nº 13.563 (Improving Regulation and Regulatory Review), de 18/01/2011, editado pelo Presidente Barack Obama, complementou e reafirmou os princípios, as estruturas e as definições estabelecidas no Decreto nº 12.866/93.[78]

É possível destacar no sobredito Decreto o reforço da legitimidade da regulação por meio da participação pública. As normas regulatórias devem ser elaboradas com a participação do público (peritos, particulares afetados, agentes públicos etc.) e cada agência deve viabilizar a participação dos interessados por meio da internet pelo período de pelo menos 60 dias.[79]

4.4.2) Reino Unido

Assim como ocorreu no governo Reagan, o processo de desregulação tem impulso no Reino Unido durante o governo de Margaret Thatcher na década de 80. No entanto, a crítica ideológica com o excesso de regulação é substituída, na década de 90, pela preocupação com qualidade da regulação.[80]

A responsabilidade pela coordenação da regulação foi inicialmente atribuída ao Department for Trade and Industry (DTI) que focava a sua atuação nos impactos dos atos regulatórios sobre a economia.

Posteriormente, em 1992, a tarefa de coordenação da regulação passou a ser desempenhada pelo Cabinet Office que estendeu a sua competência para avaliar os impactos sobre as atividades sociais ("voluntary sector") e os serviços públicos. A AIR foi oficialmente instituída em 1998.

O Better Regulation Task Force (BRFT), criado em 1997 para aconselhar o governo na elaboração da regulação, foi substituído, em 2006, pelo Better Regulation Commission (BRC), responsável pela análise da performance das regulações estatais.

No interior do Cabinet Office e ao lado do BRC, o Better Regulation Executive (BTE) atua na implementação da agenda regulatória do governo.

O National Audit Offie (NAO), por sua vez, é responsável pela revisão anual de algumas AIRs, oferecendo sugestões para melhoria da regulação.[81]

Colin Jacobs, em 2007, após diagnosticar o notável sucesso da AIR no Reino Unido, rebate as críticas apresentadas por alguns economistas céticos, que vislumbram a utilização distorcida de estatísticas para legitimar os argumentos do governo e prejudicar a competitividade do mercado. Em verdade, esses críticos são contrários a toda e qualquer regulação.[82]

O autor aponta o exemplo das pequenas empresas produtoras de chocolate no Reino Unido para demonstrar o sucesso da RIA. Aproximadamente 140 pequenas empresas ficariam impossibilitadas de negociarem seus produtos na União Europeia, tendo em vista o descumprimento da exigência de conteúdo mínimo de cacau estipulada na EU's Cocoa and Chocolate Products Regulation, de 1993. A saída encontrada para permitir a comercialização desses produtos foi a mudança de rotulagem e da embalagem do chocolate britânico para indicar que o chocolate, que possui menos cacau, seria comercializado na categoria "chocolate ao leite". A AIR demonstrou que os custos da alteração da embalagem e do rótulo seria equivalente a £ 2,5 milhões, representando 0,1 por cento da receita dos produtores. Além da adequação às normas europeias, a AIR demonstrou os benefícios para os produtores atuariam no mercado europeu.[83]

4.4.3) União Europeia

Na Europa, a necessidade de aperfeiçoamento das ações governamentais, em busca da maior eficiência e legitimidade das políticas públicas, justificou a aprovação pela Comissão Europeia, em 2001, do Livro Branco sobre a Governança Europeia.[84]

Em reforço aos tradicionais princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade, o citado documento elenca os cinco princípios da boa governança que devem ser observados nas relações internas e no âmbito da União Europeia: a) abertura: maior transparência das instituições com a utilização de uma linguagem acessível ao grande público; b) participação: reforço da participação dos cidadãos na elaboração e na execução das políticas públicas; c) responsabilização: definição clara das responsabilidades dos órgãos legislativos e executivos da União Europeia e dos Estados-Membros na elaboração e na aplicação de políticas públicas; d) eficácia: as políticas públicas devem ser eficazes, com a avaliação dos impactos pretéritos e futuros; e e) coerência: as políticas locais, regionais e da União Europeia devem ser coerentes, o que pressupõe uma liderança política e responsabilidades das instituições.

No Livro Branco, a Comissão europeia propõe quatro propostas principais: a) reforço da participação dos cidadãos no debate público; b) melhores políticas, melhor regulamentação e melhores resultados, com a proposta, inclusive, de criação de novas agências independentes, com independência e competência técnica; c) a contribuição da União Europeia para a governança global, reforçando a sua posição no cenário mundial; e d) redefinição das políticas, com identificação de forma clara dos seus objetivos de longo prazo, bem como das funções das instituições europeias.

Em junho de 2002, a Comissão propôs um plano de ação destinado a simplificar e melhorar o ambiente regulador no âmbito da União Europeia, mediante o aperfeiçoamento dos procedimentos de consulta e de avaliação de impacto das políticas, bem como a simplificação da legislação comunitária.[85]

No mesmo período, a Comissão apresentou comunicado sobre a avaliação de impacto, destinado a incrementar a qualidade do processo de elaboração de políticas.[86]

Estipulou-se, neste documento, que a avaliação de impacto seria dividida em duas fases: a) avaliação preliminar: apresentação do problema, das eventuais opções e dos setores afetados, permitindo a seleção das propostas que serão objeto de uma avaliação definitiva; e b) avaliação exaustiva: as propostas selecionadas para uma avaliação exaustiva são aquelas que acarretam uma reforma política importante ou impactos econômicos, ambientais e/ou sociais significativos.

4.5) Aplicação no ordenamento brasileiro: contexto e sugestões

A AIR ainda é embrionária no Brasil. Não obstante isso, é possível perceber, em âmbito federal, uma preocupação crescente com a qualidade da regulação.

O Decreto nº 4.176/02, 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 executivos federais, pode ser considerado como um marco inicial da AIR no Brasil.[87]

É possível se extrair do Anexo I do mencionado Decreto a necessidade de avaliação do impacto produzido pelos atos normativos propostos pelo Executivo federal. Os diversos itens do Anexo I elencam as "questões que devem ser analisadas na elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo", sendo possível constatar uma enorme semelhança com as questões que são normalmente suscitadas para elaboração de AIR no cenário internacional, tais como: a) item 1: definição do objetivo pretendido, contextualização do problema e de suas repercussões econômicas e jurídicas, identificação dos destinatários e a eventual necessidade de intervenção estatal; b) item 2: alternativas regulatórias (exs: programa de incentivos, propositura de ação judicial, trabalhos junto à opinião pública, fomento à autorregulação etc.), com a definição dos instrumentos que podem ser utilizados para efetivação dos objetivos pretendidos, levando em consideração as consequências socioeconômicas, os custos, a eficácia da medida, a aceitação pelos interessados e a possibilidade de impugnação no Judiciário; c) item 10: reforçando a tendência de participação popular, via consulta pública, a ser definida pela Casa Civil (art. 50), deve ser avaliado se o ato normativo corresponde às expectativas dos cidadãos;[88] e d) item 12: Análise de Custo-Benefício (ACB) da medida a ser adotada, exigindo-se uma relação equilibrada entre custos e benefícios.

Outro marco importante para o fortalecimento da AIR no Brasil foi edição do Decreto nº 6.062/07, que instituiu o "Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação - PRO-REG", com o objetivo de fortalecer os mecanismos institucionais para gestão regulatória,

com ênfase na autonomia decisória das agências reguladoras e no aprimoramento do controle institucional e social.[89]

O art. 2º do Decreto nº 6.062/07 elenca os objetivos específicos do PRO-REG, sendo possível destacar a necessidade de aprimoramento da "capacidade de formulação e análise de políticas públicas em setores regulados", a "melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo regulatório", o "fortalecimento da autonomia, transparência e desempenho das agências reguladoras", bem como o desenvolvimento e aperfeiçoamento de mecanismos para o exercício do controle social do processo regulatório.

Inspirado nas práticas adotadas pelos países membros da OCDE, o PRO-REG prevê a necessidade de implementação da Análise de Impacto Regulatório como importante ferramenta de apoio à decisão regulatória. Nesse contexto, o PRO-REG, optou por instituir, inicialmente, projetos-piloto em quatro agências reguladoras (ANVISA, ANEEL, ANCINE e ANS) para avaliar os resultados da AIR em agências reguladoras distintas.[90]

O sucesso da AIR para melhoria da política regulatória brasileira depende, no entanto, de esforços por parte dos governantes e da sociedade no aprofundamento do debate.

Por esta razão, são apresentadas, neste momento, algumas sugestões de aprimoramente da AIR no ordenamento pátrio:[91]

1) institucionalização: edição de normas legais e regulamentares que estabeleçam a obrigatoriedade da AIR para edição de determinados atos regulatórios, salvo casos excepcionais devidamente justificados.

2) padronização mínima: a AIR deve observar uma padronização mínima, prevista em normas gerais, com o objetivo de garantir uniformidade às regulações, sem desmerecer as exigências específicas a serem definidas no âmbito de cada setor regulado.

3) agenda regulatória: estipulação de agendas regulatórias (compatíveis com o orçamento anual e com o Plano Plurianual) com a definição dos objetivos regulatórios que deverão ser alcançados, tendo em vista a necessidade de planejamento na ação estatal. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), por exemplo, criou a sua primeira agenda regulatória estabelecendo um cronograma de atividades prioritárias para o período 2011/2012.[92]

4) participação popular: reforço da previsão e da efetivação dos instrumentos de participação popular (audiências e consultas públicas) na formulação e no controle dos atos regulatórios, inclusive no procedimento da AIR.

5) transparência: ampla divulgação dos atos necessários à implementação da AIR, com a publicação na imprensa e na internet, com a criação de site específico para centralizar as informações relevantes dos diversos setores regulados.

5) Conclusão

A AIR é uma realidade na maioria dos países desenvolvidos da atualidade e representa uma importante ferramenta de concretização da denominada governança regulatória.

Independentemente das peculiaridades regulatórias dos países que adotam a AIR, que justificam as necessárias aclimatações na internalização do instituto, é possível concluir pela sua utilidade para o aperfeiçoamento da regulação no Brasil.

Na ponderação entre as vantagens e as eventuais desvantagens, a AIR apresenta saldo positivo, permitindo a concretização do planejamento, da racionalidade, da eficiência e da transparência na formulação e na revisão da política regulatória.

Referências bibliográficas

ALEMANY GARCÍA, Macario. "El concepto y la justificación del paternalismo". In: Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho, 28, 2005.

AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. "Teorias pluralistas das fontes de direito: lex mercatoria, ordenamentos setoriais, subsistemas, microssistemas jurídicos e redes normativas." In: RTDC, v. 36, 2008.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. "Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações". In: Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARNAUD, André-Jean (org). Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. "Governança". In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Dicionário da globalização, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade, Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BREYER, Stephen G. et Al.. Administrative Law and Regulatory Policy: problems, Text and Cases, 6th ed., New York: Aspen Publishers, 2006.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. "O pragmatismo no Supremo Tribunal Brasileiro". In: Vinte anos da Constituição Federal de 1988, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. "Governança europeia: um livro branco", Comissão das Comunidades Européias, Bruxelas, 25/07/01, COM (2001) 428 final. Disponível em: http://eurlex. europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2001/com2001_0428pt01.pdf. Acesso: 24/06/11.

_____. "Comunicação da Comissão: plano de ação "simplificar e melhorar o ambiente regulador"'. Comissão das Comunidades Européias, Bruxelas, 5/06/02, COM(2002) 278 final. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do? =COM:2002:0278:FIN:pt:PDF. Acesso em: 24/06/11.

_____. "Comunicação da Comissão sobre a avaliação de impacto". Comissão das Comunidades Européias, Bruxelas, 5/06/02, COM(2002) 276 final. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0276:FIN:PT:PDF. Acesso em: 24/06/11.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. Law & Economics, 5ª ed., Boston: Pearson, 2008. D'ANGIOLILLO, Pasquale. Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale, Napoli: Edizioni Scietifiche Italiane, 2009.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. GOVERNANÇA E ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 29, fevereiro/março/abril, 2012. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-29-FEVEREIRO-2012-RAFAEL-OLIVEIRA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

[1] É oportuno registrar que o liberalismo econômico não se confunde com o liberalismo político. Enquanto o primeiro relaciona-se com a não intervenção do Estado no domínio econômico (Estado mínimo), o segundo **sustenta a necessidade de proteção dos direitos fundamentais (Estado Liberal de Direito).**

[2] Vide, por exemplo: STIGLER, George J. A teoria da regulação. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação econômica e democracia:* **o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 23-48.**

[3] MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. *Beyond politics*: markets, welfare and the failure of bureaucracy. Oxford: Westview Press, 1994; TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. *Government Failure*: a primer in public choice. Washington: Cato Institute, 2002. A Teoria da Escolha Pública, em síntese, afirma que o governo e o mercado são instituições que buscam a maximização de seus próprios interesses. O objetivo principal dos governantes seria a obtenção do maior número de votos em eleições e não necessariamente o atendimento do interesse público.

[4] **KEYNES, J. M. *The End of laissez-faire*. Londres: Hogarth Press, 1926.**

[5] A "mão invisível do mercado" é substituída pela "mão visível" do Estado. MARQUES, Maria Manuel **Leitão; MOREIRA, Vital. *A mão visível:* mercado e regulação. Coimbra: Almedina, 2003.**

[6] Sobre o tema, vide: HARSANYI, David. *O Estado Babá*. Rio de Janeiro: Litteris, 2011; ALEMANY GARCÍA, Macario. El concepto y la justificación del paternalismo. In: *Doxa, Cuadernos de Filosofia del*

Derecho 28, 2005, 265-303; GARZÓN VALDÉS, Ernesto. ¿Es éticamente justificable el paternalismo **jurídico?. In: *Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho* 5, 1988, 154-173.**

[7] Mencione-se, por exemplo: Lei nº 9.427/96 (ANEEL); Lei nº 9.472/97 (ANATEL); Lei nº 9.478/97 (ANP); Lei nº 9.782/99 (ANVISA); Lei nº 9.961/00 (ANS); Lei nº 9.984/00 (ANA); Lei nº 10.233/01 (ANTT e **ANTAQ); Lei nº 10.454/02 (ANCINE); dentre outras.**

[8] YEUNG, Karen. The Regulatory State. In: *The Oxford Handbook of Regulation*. New York: Oxford **University Press, p. 64-83.**

[9] PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: ***Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2008. p. 29.**

[10] Sobre o tema, vide: WEATHERILL, Stephen. The challenge of better regulation. In: *Better Regulation*, **Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 1-17.**

[11] ROSE-ACKERMAN, Susan. *Rethinking the progressive agenda:* the reform of Regulatory State. New **York: The Free Press, 1992. p. 187.**

[12] MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 35.

[13] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica* (princípios e fundamentos jurídicos). 2. **ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 20.**

[14] Nesse sentido, por exemplo: MOREIRA, Vital, op. cit., p. 36-37; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. **23-24.**

[15] A pós-modernidade é marcada pela incredulidade com os discursos metafísicos, que se apoiam em verdades absolutas, atemporais e universais. Sobre o tema, vide: LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 12. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009; SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pósmoderna*.
Rio de Janeiro: Graal, 1989; BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de **Janeiro: Zahar, 1998.**

[16] ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras:* entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: **Lumen Juris, 2007. p. 307.**

[17] GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 64.

[18] GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 69.

[19] ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

[20] Nesse sentido: ARNAUD, André-Jean. Governança. In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Dicionário da globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 233. Sobre a governança regulatória nos países em desenvolvimento, vide: MINOGUE, Martin; CARIÑO, Ledivina. Introduction: regulatory governance in developing countries. In: *Regulatory governance in developing countries*, **Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2006, p. 3-16.**

[21] É oportuno ressaltar que a nomenclatura não é unívoca, sendo possível mencionar a utilização de outras expressões na doutrina, como, por exemplo, *Regulatory Impact Assessment* (RIA) e *Manifestación de Impacto* ***Regulatorio* (MIR).**

[22] Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA), OECD (2008), p. 3. Disponível **em: <http://www.oecd.org/dataoecd/48/14/44789472.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2011**

[23] KIRKPATRICK, Colin; PARKER, David. Regulatory impact assessment: an overview. In: *Regulatory* ***impact assessment*: towards better regulation?. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2007. p. 1.**

[24] Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA), OECD (2008), p. 8-9. **Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/48/14/44789472.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2011**

[25] SEN, Amartya. The discipline of Cost-Benefit Analysis. In: ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. *Cost-Benefit Analysis*: legal, economic and philosophical perspectives. Chicago: The University of Chicago Press, **2001. p. 95-116.**

[26] MCGARITY, Thomas O. *Reinventing Rationality:* The Role of Regulatory Analysis in the Federal **Bureaucracy. New York: Cambridge University Press, 1991. p. 138.**

[27] SUNSTEIN, Cass R. Cognition and Cost-Benefit Analysis. In: ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. *Cost-Benefit Analysis*: legal, economic and philosophical perspectives. Chicago: The University of Chicago **Press, 2001. p. 224.**

[28] ***Ibidem*., p. 252-253.**

[29] *Ibidem*., p. 256-257. O Acordo teórico incompleto ("*incompletely theorized agreement*"), a nosso sentir, guarda estreita correspondência com o "*constructive use of silence*" no denominado "minimalismo judicial", defendido por Sunstein em outra obra, que reforçaria a democracia deliberativa. SUNSTEIN, Cass R. *One **case at a time*: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001.**

[30] Em outra obra, apresentamos a relação entre o princípio da eficiência, o pragmatismo e a Análise Econômica do Direito. Vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*. **Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 107-120.**

[31] A necessidade de eficiência na atuação administrativa também é mencionada em outras passagens do texto constitucional, a saber: a) os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem instituir e manter sistema de controle interno com a finalidade de "comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado" (art. 74, II da CRFB); b) a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública devem ser disciplinados pela legislação, com o objetivo de garantir a eficiência (art. 144, § 7º da CRFB). Da mesma forma, o referido **princípio encontra-se previsto no art. 2° da Lei n° 9.784/99.**

[32] No Direito Comparado, a análise do resultado já pode ser encontrada em estudos monográficos recentes, com destaque para duas obras italianas: SORRENTINO, Giancarlo. *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di resultato*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2003; e SPASIANO, Mario R. *Funzione amministrativa e legalità di resultado*. Torino: Giappichelli, 2003. No Brasil, o estudo do resultado como novo paradigma do Direito Administrativo foi destacado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto na obra: ***Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Forum, 2008.**

[33] O pragmatismo nasceu nos EUA em meados do século XIX, com as obras de Charles Sander Peirce e William James, criadores do denominado Clube Metafísico (*Metaphysical Club*). Atualmente, Richard Posner é um dos mais influentes pragmatistas. POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy.* Cambridge: Harvard University Press, 2005. No Brasil, vide: POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo*: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005; LACOMBE, Margarida. O pragmatismo no Supremo Tribunal Brasileiro. In: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; e ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio **de Janeiro: Lumen Juris, 2009.**

[34] POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo*: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. p. 27-62. Margarida Lacombe acrescenta ao rol outras duas características: instrumentalismo (o Direito é encarado como instrumento de orientação da conduta social) e a interdisciplinariedade (os efeitos da ação devem ser ponderados por conhecimentos de outras áreas do conhecimento). CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In: *Vinte anos da Constituição Federal de **1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 368-369.**

[35] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica **consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685. In: *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 37, 2006, p. 87-88.**

[36] Nesse sentido: MENDONÇA, José Vicente Santos de. Análise de Impacto Regulatório: o novo capítulo das **agências reguladoras. In: *Revista Justiça e Cidadania*, Rio de Janeiro, 15, set. 2010, p. 30.**

[37] Há uma forte aproximação entre o Direito e a Economia que vem sendo estudada pelos autores adeptos do movimento de *Law & Economics*, especialmente a partir dos trabalhos de Ronald Coase, Guido Calabresi, Trimarcchi, Gary Becker, Richard Posner, Henry Manne, dentre outros. Apesar de ser antigo o diálogo entre o Direito e a Economia, o movimento de Law & Economics desenvolve-se, principalmente nos Estados Unidos, a partir da década de 60 do século XX por meio dos estudos de Ronald Coase ("*The Problem of Social Cost*"), professor da Universidade de Chicago e prêmio Nobel de Economia em 1991, e de Guido Calabresi ("*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*"), da Universidade de Yale. Atualmente, um dos grandes expoentes do movimento é o professor Richard Posner ("*Economic Analysis of Law*"), da Escola de Chicago. Apesar de sua origem norte-americana, a AED tem sido estudada em países europeus (Alemanha, Itália, etc.) e no Brasil. Para uma visão sistemática da Análise Econômica do Direito, vide, por exemplo: COOTER, **Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 5. ed. Boston: Pearson, 2008.**

[38] Sobre o tema, vide: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights*: Why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999; AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos do direito.* Direitos **não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.**

[39] VISCUSI, W. Kip. Improving the analytical basis for regulatory decision-making. In: *Regulatory Impact Analysis: best practices in OECD countries*, OECD, 1997, p. 180. Disponível em: **<http://www.oecd.org/dataoecd/21/59/35258828.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2011.**

[40] PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, **2005. p. 89.**

[41] COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 5. ed. Boston: Pearson, 2008. p. 43-47.

[42] Essa é a determinação apresentada no manual introdutório para implementação da AIR, elaborado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Vide: Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA), OECD (2008), p. 8-9. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/48/14/44789472.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2011. Nesse sentido, Egon Bockman Moreira sustenta: "A inserção estatal na economia, portanto, muitas vezes transcende a formação de uma estrutura jurídico-institucional que apenas garanta o livre-exercício da atividade econômica por parte das pessoas privadas, pois também se dirige ao exercício de atividade produtiva ou fomentadora. (...) A intervenção de tipo promocional visa a instalar ou a ampliar o bem-estar social." MOREIRA, Egon Bockman. O Direito Administrativo da Economia e a atividade interventiva do estado brasileiro. In: *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, **2006, p. 856-857.**

[43] A expressão "eficiência de Pareto" é utilizada em homenagem ao seu criador Vilfredo Pareto, cientista político, advogado e economista suíço-italiano. Nas palavras de Robert Cooter e Thomas Ulen: "a situação específica é denominada *Pareto* ou *alocativamente eficiente* se é impossível alterá-la de modo a deixar uma pessoa em situação melhor (em sua própria opinião) sem deixar outra pessoa em situação pior (mais uma vez, em sua própria opinião)". Tradução livre. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 5. ed. **Boston: Pearson, 2008. p. 17.**

[44] SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 76; PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, **Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 88.**

[45] Nesse sentido: POSNER, Richard A. *Economic analysis of Law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007. **p. 13.**

[46] De acordo com o manual da OCDE, "*However, regulation should only proceed if it is expected to improve society's economic and social welfare. This condition is met if the total benefits of the regulation, for all members of society, are larger than the total costs (again, considering all likely impacts on all members of society).*" Vide: Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA), OECD (2008), p. **6. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/48/14/44789472.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2011**

[47] ARNAUD, André-Jean (Org). *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito.* Rio de **Janeiro: Renovar, 1999. p.585.**

[48] Afirma-se a existência, na atualidade, do Direito Administrativo Global (*Global Administrative Law*) que compreende "os mecanismos, princípios, práticas e entendimentos apoiados pela sociedade que promovem ou afetam a responsabilização dos departamentos administrativos globais, assegurando que cumpram *standards* de transparência, participação, fundamentação das decisões e legalidade, fornecendo revisões eficazes das regras e decisões tomadas". Tradução livre. KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of Global Administrative Law. In: *Law and Contemporary Problems*, v. 68, n. 3 e 4. North **Carolina: Duke University School of Law, 2005. p. 17 e 29.**

[49] ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 78 e 137.

[50] ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 83-87.

[51] Nesse sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teorias pluralistas das fontes de direito: *lex mercatoria*, ordenamentos setoriais, subsistemas, microssistemas jurídicos e redes normativas. In: *RTDC*, v. 36, 2008, p. 3-36; MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Direito das Telecomunicações e ANATEL. In: *Direito **Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 301.**

[52] Sobre a autopoiese, vide, por exemplo: LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São **Paulo: Saraiva, 2009.**

[53] Gunther Teubner, ao tratar do "direito reflexivo" (*reflexive law*), afirma que a racionalidade reflexiva, surgida com a crise do Estado Social, impõe limites ao papel do legislador e não deve ser justificada pela autonomia perfeita ou pela regulação coletiva dos comportamentos humanos. De acordo com o autor, a reflexividade pressupõe a "autonomia regulada", ou seja, a autorregualção dos sistemas sociais por meio de normas de organização e de procedimento que deixem espaço para a participação dos indivíduos. TEUBNER,

Gunther. "Substantive and reflexive elements in modern law". In: *Law & Society Review*, v. 17, n. 2 (1983), **p. 254-255 e 274-275.**

[54] A importância da avaliação dos efeitos sistêmicos na Análise de Custo-Benefício é apontada por Cass R. Sunstein. Cognition and Cost-Benefit Analysis. In: ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. *Cost-Benefit Analysis*: legal, economic and philosophical perspectives. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. **234.**

[55] Sobre a legitimidade da regulação por meio da procedimentalização das decisões regulatórias e da participação dos cidadãos, vide nossa obra: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do Direito Administrativo*: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Claudio Radaelli e Fabrizio de Francesco sustentam que a AIR fundamenta-se na governança democrática. Nas palavras dos autores: "*Administrative procedure is used to change the opportunity structure in which actors (the executive, agencies, and the pressure groups, including civil society associations) Interact so that the rulemaking process is more open to diffuse interests and more accountable to citizens*." RADAELLI, Claudio; FRANCESCO, Fabrizio de. Regulatory Impact Assessment. In: *The Oxford Handbook of Regulation*, New York: Oxford University Press, **p. 281.**

[56] GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo*, v. I. Madrid: Ministerio para las Administraciones **Publicas (MAP), 1991. p. 76 e segs.**

[57] Nesse sentido: D'ANGIOLILLO, Pasquale. *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella **prospettiva del potere discrezionale***. **Napoli: Edizioni Scietifiche Italiane, 2009. p. 49.**

[58] DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação*: para uma concretização do **princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 113.**

[59] Afirma Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva: "Isto porque a participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses de que são portadores, não só se traduz numa melhoria de qualidade das decisões administrativas, possibilitando à Administração uma mais correta configuração dos problemas e das diferentes perspectivas possíveis da sua solução, como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceites pelos seus destinatários. Pelo que a participação no procedimento constitui um importante factor de legitimação e de democraticidade de actuação da Administração Pública." SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto **administrativo perdido***. **Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 402.**

[60] Da mesma forma, Cass R. Sunstein afirma que a Análise de Custo-Benefício (*Cost-Benefit Analysis*) não é antidemocrática, mas, ao contrário, fortalece os objetivos democráticos ao assegurar que as decisões governamentais sejam sensíveis aos julgamentos públicos bem informados. SUNSTEIN, Cass R. Cognition and Cost-Benefit Analysis. In: ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. *Cost-Benefit Analysis*: legal, **economic and philosophical perspectives. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 230.**

[61] Vide: Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers, OECD (2008), p. 16. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/44/15/40984990.pdf>. Acesso **em: 07 jul. 2011.**

[62] Sobre os métodos analíticos da AIR, vide: JACOBS, Scott H. Current trends in the process and methods of regulatory impact assessment: mainstreaming RIA into policy process. In: *Regulatory impact assessment:* towards better regulation?. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2007. p. 17-35; SALGADO Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Análise de impacto regulatório*: uma abordagem exploratória. **Brasília: IPEA, 2010. p. 10 e segs.**

[63] Nesse sentido: VISCUSI, W. Kip. Improving the analytical basis for regulatory decision-making. In: *Regulatory Impact Analysis*: best practices in OECD countries, OECD, 1997, p. 176. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/21/59/35258828.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2011. Vide, ainda: JACOBS, Scott H. Current trends in the process and methods of regulatory impact assessment: mainstreaming RIA into policy process. In: *Regulatory impact assessment*: towards better regulation?. Massachusetts: Edward Elgar **Publishing, 2007. p. 27.**

[64] Nesse sentido: SUNSTEIN, Cass R. Cognition and Cost-Benefit Analysis. In: ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. *Cost-Benefit Analysis*: legal, economic and philosophical perspectives. Chicago: The **University of Chicago Press, 2001. p. 228.**

[65] Vide: Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA), OECD (2008), p. 9. **Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/48/14/44789472.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2011.**

[66] Vide: Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA), OECD (2008), p. 15-16. **Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/48/14/44789472.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2011.**

[67] Sobre os métodos analíticos da AIR, vide: JACOBS, Scott H. Current trends in the process and methods of regulatory impact assessment: mainstreaming RIA into policy process. In: *Regulatory impact assessment:* **towards better regulation?. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2007. p. 30.**

[68] Sobre a aplicação da AIR nos países da OCDE, vide: JACOBS, Scott H. An overview of Regulatory Impact Analysis in OECD countries. In: *Regulatory Impact Analysis: best practices in OECD countries*, OECD, 1997, p. 13-30. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/21/59/35258828.pdf>. Acesso em: 07 jul. **2011.**

[69] Podem ser citados, como exemplos da desregulação, os seguintes atos: *Airline Deregulation Act* – ADA (24 **de outubro de 1978),** ***Staggers Rail Act*** **(14 de outubro de 1980) e o** ***Motor Carrier Act*** **(1º de julho de 1980).**

[70] STIGLER, George J. A teoria da regulação. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação econômica e democracia*: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 23/48. Para uma análise das teorias da regulação econômica (teoria do interesse público, da captura e econômica), vide: POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação econômica e democracia*: o **debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 49/80.**

[71] Sobre o controle judicial dos atos das agências reguladoras e a aplicação da "*harder-look review*" (ou *hard look doctrine*), vide: EDLEY, Christopher F. *Administrative Law: rethinking judicial control of bureaucracy*. Yale University Press, 1990. No julgamento do caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), a Suprema Corte havia estabelecido a doutrina da "deferência administrativa", segundo a qual o Judiciário deveria deixar de invalidar atos das agências quando se tratasse **de caso ambíguo (controvertido) e a decisão administrativa tivesse se pautado pela razoabilidade.**

[72] Segundo a doutrina do "*hard look*", que procura conter possíveis arbitrariedades na atuação administrativa, as agências devem justificar racionalmente as suas decisões, sob pena de invalidação judicial. BREYER, Stephen G. et Al. *Administrative Law and Regulatory Policy*: Problems, Text and Cases. 6th ed. New York: **Aspen Publishers, 2006. p. 349.**

[73] Ressalte-se que, no governo Clinton, a *Executive Order* nº 12.886/93 (*Regulatory Planning and Review*), estabeleceu a necessidade de comunicação prévia dos procedimentos regulatórios ao órgão central do Governo (*Regulatory Working Group*). É importante mencionar, ainda, a Lei sobre Negociação de Regulamentos (*Negotiated Rulemaking Act*), promulgada em 1990, que previu a participação dos titulares de **interesses afetados pelo regulamento na sua elaboração.**

[74] Frise-se que o Decreto Executivo nº 11.821, editado em 1974 durante o governo Ford, já exigia a realização **de estudos de impacto inflacionário para formulação de novas políticas regulatórias.**

[75] O texto integral do Decreto Executivo nº 12.291 pode ser consultado no site: <http://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12291.html>. Acesso em: 07 jul. **2011.**

[76] Seção 3 do Decreto Executivo nº 12.291. De acordo com a seção 1, alínea "b" do citado Decreto, as normas regulatórias importantes (*major rules*) são aquelas que geram um dos seguintes efeitos: 1) impacto econômico anual igual ou superior a 100 milhões de dólares; 2) aumento significativo dos custos ou preços para os consumidores, indústrias individuaisl, agências federais estaduais ou locais, bem como regiões geográficas; e 3) efeitos adversos significativos sobre a concorrência, emprego, investimento, produtividade, inovação ou sobre a capacidade das empresas baseadas nos Estados Unidos competirem com as empresas estrangeiras no mercado doméstico ou de exportação. Disponível em: <http://www.archives.gov/federalregister/ **codification/executive-order/12291.html>. Acesso em: 07 jul. 2011.**

[77] Os objetivos do referido Decreto foram assim apresentados: "*The objectives of this Executive order are to enhance planning and coordination with respect to both new and existing regulations; to reaffirm the primacy of Federal agencies in the regulatory decision-making process; to restore the integrity and legitimacy of regulatory review and oversight; and to make the process more accessible and open to the public. In pursuing these objectives, the regulatory process shall be conducted so as to meet applicable statutory requirements and with due regard to the discretion that has been entrusted to the Federal agencies*." Disponível em: **<http://www.archives.gov/federal-register/executive-orders/pdf/12866.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2011.**

[78] Disponível em: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2011-01-21/pdf/2011-1385.pdf>. Acesso em: 07 jul. **2011.**

[79] A partir da experiência americana, John F. Morrall aponta os dois segredos para o sucesso da AIR: "*The key lesson learned from the US experience with regulatory reform is that lasting success depends on two necessary conditions: First, the objectivity, quality and credibility of the RIAs must be unassailable. And second, the regulatory process that implements the reforms must be perceived as fair and open to all affected*

parties. Only then can a broad based constituency for economic efficiencyand growth flourish. Without that constituency, narrow interests will dominate regulatory politics, fighting over the distribution, not the growth, of resources." MORRALL, John F. An assessment of the US Regulatory Impact Analysis Programme. In: *Regulatory Impact Analysis: best practices in OECD countries*, OECD, 1997, p. 84. Disponível em: **<http://www.oecd.org/dataoecd/21/59/35258828.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2011.**

[80] Nesse sentido: JACOBS, Colin. The evolution and development of regulatory impact assessment in the UK. In: *Regulatory impact assessment*: towards better regulation?. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2007. **p. 107.**

[81] É importante lembrar a existência de outros atores importantes na elaboração e na revisão da AIR no Reino Unido, como, por exemplo, as Câmaras de comércio (*Chambers of Commerce*), a Federação de empresas de pequeno porte (*Federation of Small Business*), a Confederação da Indústria britânica (*Confederation of **British Industry***) **que exercem lobby para o setor privado.**

[82] JACOBS, Colin. The evolution and development of regulatory impact assessment in the UK. In: *Regulatory **impact assessment*: towards better regulation?. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2007. p. 127-128.**

[83] JACOBS, Colin. The evolution and development of regulatory impact assessment in the UK. In: *Regulatory **impact assessment*: towards better regulation?. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2007. p. 128.**

[84] Vide: "Governança europeia: um livro branco", Comissão das Comunidades Europeias, Bruxelas, 25/07/01, COM(2001) 428 final. Disponível em: <http://eurlex. europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2001/com2001_0428pt01.pdf>. Acesso: 24 jun. 2011. O Livro Branco foi objeto de consulta pública no período de 25/07/01 até 31/03/02 e os resultados foram publicados no Relatório sobre a Governança Europeia. Vide: Comissão Europeia, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2003. Disponível em: **<http://ec.europa.eu/governance/docs/comm_rapport_pt.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2011.**

[85] Vide: Comunicação da Comissão: plano de ação "simplificar e melhorar o ambiente regulador". Comissão das Comunidades Européias, Bruxelas, 5/06/02, COM(2002) 278 final. Disponível em: <http://eurlex. **europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do? =COM:2002:0278:FIN:pt:PDF>. Acesso em: 24 jun. 2011.**

[86] Vide: Comunicação da Comissão sobre a avaliação de impacto. Comissão das Comunidades Europeias, Bruxelas, 5/06/02, COM(2002) 276 final. Disponível em: <http://eurlex. **europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0276:FIN:PT:PDF>. Acesso em: 24 jun. 2011.**

[87] Nesse sentido: SALGADO Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Análise de impacto **regulatório*: uma abordagem exploratória, Brasília: IPEA, 2010, p. 17.**

[88] A realização de consultas públicas reforça a legitimidade da ação regulatória e deve ser fomentada pelas agências reguladoras, conforme previsão legal (exs.: art. 4º, § 3º da Lei nº 9.427/96 – ANEEL; art. 3º, X e XI da Lei nº 9.472/97 – ANATEL; etc.). Ressalte-se que se encontra em tramitação no Congresso Nacional o PL **nº 3.337/04 que pretende disciplinar a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras.**

[89] Sobre o PRO-REG, vide: <www.regulação.gov.br>. Acesso em: 07 jul. 2011.

[90] Fonte: Avaliação dos projetos-piloto para implementação da Análise do Impacto Regulatório – AIR nas **agências reguladoras federais. Disponível no site: <www.regulação.gov.br>. Acesso em: 07 jul. 2011.**

[91] Da mesma forma, José Vicente Santos de Mendonça apresenta algumas sugestões pertinentes, tais como: a) tornar a discussão acessível aos profissionais do Direito; b) consagrar a AIR na legislação; c) criar estruturas institucionais especializadas; d) estabelecer um método consistente; e e) mostrá-la como politicamente neutra. MENDONÇA, José Vicente Santos de. Análise de Impacto Regulatório: o novo capítulo das agências **reguladoras. In: *Revista Justiça e Cidadania*, Rio de Janeiro, 15, set. 2010, p. 33/34.**

[92] A agenda regulatória da ANS pode ser consultada no seguinte endereço eletrônico: <http://www.ans.gov.br/portal/site/_hotsite_agenda_regulatoria/hotsite_SITE_ANS.html>. Acesso em: 07 jul. **2011.**