Número 39 – agosto/setembro/outubro - 2014 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

AIR PARA O DESENVOLVIMENTO E A EFICIÊNCIA DA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ANTE A INSTABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES ESTATAIS

Gislene Rocha de Lima
Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR, Especialista em Administração Pública pela Faculdade Integrada do Ceará. Procuradora da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE.
E-mail: grdelima@yahoo.com.br Tel: +55 85 99985123

RESUMO

O tema explora a importância da análise de impacto regulatório (AIR) para o desenvolvimento e a eficiência da regulação de utilidades e serviços públicos, perscrutando-se, após, a influência da instabilidade das instituições estatais sobre os resultados das análises de impacto regulatório (AIR), ou seja, como esses resultados podem ser ineficazes diante de um quadro de instabilidade institucional, em que influências políticas e econômicas de ocasião determinam a atuação das instituições estatais envolvidas na regulação. O estudo possui repercussão prática na medida em que destaca a fragilidade das análises de impacto regulatório (AIR) diante da instabilidade institucional dos entes envolvidos na atividade de regulação, mostrando-se necessário que as análises de risco, custo e benefício levem em consideração essa variável de grande potencial determinante, com ênfase na minimização dos fatores que propiciam inconstância institucional. A pesquisa conclui pela importância do fortalecimento institucional particularmente das agências reguladoras, garantindo-se-lhes competências e instrumental de atuação que possibilitem a concretização de suas atividades finalísticas, de modo a influenciar nesse sentido legisladores e gestores públicos. Ademais, destaca o papel do controle social a ser exercido sobre os entes estatais, além de apontar para a necessidade de inclusão no procedimento de AIR de um fator que retrate o maior ou menor grau de instabilidade institucional do ambiente regulado, com a finalidade de assegurar-se maior precisão às análises de impacto regulatório, conferindo-lhes, só assim, confiabilidade e efetividade.

Palavras-chave: Estado regulador; política regulatória; discricionariedade técnica; análise de impacto regulatório - AIR; instabilidade institucional.

INTRODUÇÃO

Mais do que em qualquer outro momento desde a sua criação, as agências reguladoras buscam hoje demonstrar a razão de sua existência, pela qualidade e efetividade de suas finalidades institucionais. Nesse campo, apresenta-se a importância da análise de impacto regulatório (AIR) para o desenvolvimento e a eficiência da regulação de utilidades e serviços públicos.

O tema perpassa pelo advento do Estado normativo e regulador da atividade econômica, que realiza políticas públicas na seara das utilidades e serviços públicos por meio das políticas regulatórias, em que as decisões apresentam acentuado grau de discricionariedade técnica. Com vistas a nortear essa margem de liberdade decisória do agente regulador, a AIR imprime no processo um caráter metodológico técnico-científico, pautado em conjecturas e refutações acerca de um problema identificado na sua esfera de atuação, com vistas a conferir sistematização e neutralidade na busca das soluções possíveis.

Nesse panorama, perscruta-se a influência da instabilidade das instituições estatais sobre possíveis resultados das análises de impacto regulatório (AIR), ou seja, como esses resultados podem ser afetados diante de um quadro de instabilidade institucional, em que influências políticas e econômicas de ocasião determinam a atuação das instituições estatais envolvidas na regulação, apontando para o fato de que as análises de risco, custo e benefício, mais comumente utilizadas na AIR, precisam levar em consideração essa variável de grande potencial determinante.

Ressalta-se, por fim, a importância de combaterem-se os elementos que propiciam inconstância institucional, sugerindo-se o fortalecimento das agências reguladoras e o exercício de controle social sobre os entes estatais envolvidos na regulação, como forma de minimizar-se a captura política e econômica das entidades reguladoras, bem como a necessidade de inclusão no procedimento de AIR de um fator que retrate o grau de instabilidade institucional do ambiente regulado, com a finalidade de assegurar-se maior precisão e confiabilidade às análises de impacto regulatório.

2 BREVE INTRÓITO AO ESTADO REGULADOR E AO SENTIDO DE POLÍTICA REGULATÓRIA

Desde o advento do Estado moderno, muito se tem elaborado acerca das formas de interferência do ente político na organização da vida em sociedade, com conseqüências diretas na esfera privada dos indivíduos.

Assim é que, sob a batuta do Estado Absolutista dominante até o século XVIII, verificava-se profunda e opressiva intervenção da realeza na economia privada, adotando-se uma administração patrimonialista. A autoridade dos monarcas veio a ser, todavia, suplantada pelas idéias de legalidade e divisão de funções políticas, apregoadas por John Locke desde o século XVII, inaugurando-se pelo marco das grandes revoluções (Revolução Gloriosa, Revolução Americana e Revolução Francesa) o Estado Liberal, que reduziu ao mínimo a sua interferência na vida privada, acreditando que a supremacia do mercado beneficiaria espontaneamente toda a sociedade.

Novamente foi colocada em xeque a atuação do Estado ante as profundas desigualdades sociais e econômicas que instalaram a crise do capitalismo liberal do final do século XIX, conformando-se, a partir de então, o Estado Social, que passou a atuar diretamente nas esferas econômica e social da vida coletiva, expandindo-se o conceito de serviço público de competência do Estado. Agigantada a máquina administrativa estatal, com insuficiência de recursos para a produção e a prestação de bens e serviços a contento, logo se caminhou para uma nova revisão das funções estatais. Independentemente da orientação política, muitos países privatizaram as atividades antes assumidas pelo Estado, que passou a desempenhar um papel normativo e regulador, em busca da eficiência prestacional.

Chegou-se, então, a um modelo estatal amplamente adotado nos países de índole democrática, o qual, longe de enfraquecer a livre iniciativa privada, dela depende, mas coloca o Estado como regente da atividade econômica, a fim de garantir que a riqueza do mercado beneficie a sociedade, naquilo que representa dever do Estado. Esse é o caso do Brasil, em que a Constituição Federal de 1988, ao disciplinar a ordem econômica e financeira do país, atribuiu ao Estado a qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174), após ter estabelecido que, ressalvados os casos com previsão expressa, “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (art. 173). Nesse sentido, comenta Marçal Justen Filho (2002, p. 21):

> No modelo desenvolvido ao longo dos últimos trinta anos, a atuação e a intervenção estatal diretas foram reduzidas sensivelmente. A contrapartida da redução da intervenção estatal consiste no predomínio de funções regulatórias. Postula-se que o Estado deveria não mais atuar como agente econômico, mas sim como árbitro das atividades privadas. Não significa negar a responsabilidade estatal pela promoção do bem-estar, mas alterar os instrumentos para realização dessas

> tarefas. Ou seja, o ideário do Estado de Bem-Estar permanece vigente, integrado irreversivelmente na civilização ocidental. As novas concepções acentuam a impossibilidade de realização desses valores fundamentais através da atuação preponderante (senão isolada) dos organismos públicos.

Com esse papel, as finalidades do Estado são, então, buscadas por meio da realização do que se define como política pública, por meio da qual se estabelecem as diretrizes prioritárias para a satisfação das necessidades e dos direitos dos cidadãos. Segundo Wilson Donizeti Liberati (2013, p. 89-90), “as políticas públicas representam a coordenação dos meios colocados à disposição do Estado, de forma a harmonizar as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

Floriano de Azevedo Marques Neto (2005, p. 85-87) avança esclarecendo que as políticas públicas são definidas, necessariamente, a partir de mediações políticas e conjugam objetivos e princípios das políticas de Estado, previstas em lei ou na Constituição, derivadas de processo complexo que envolve o Legislativo e o Executivo, com metas e orientações de políticas de governo, adstritas às primeiras, com objetivos concretos que um governante eleito pretenda ver impostos a um dado setor da vida econômica ou social. E define:

> políticas públicas são metas, programas, princípios e objetivos da ação governamental definidas a partir dos processos decisórios politicamente mediados com vista a orientar, articular e coordenar a atuação de agentes públicos e privados e a alocação de recursos públicos e privados para atingir interesses públicos considerados relevantes num dado momento histórico. (MARQUES NETO, 2005, p. 86)

As políticas públicas relacionadas a utilidades e serviços públicos delegados a entidades de natureza privada são implementadas em grande medida pelas agências reguladoras, por meio de políticas regulatórias que viabilizam a sua execução através do controle técnico das atividades prestacionais (planejamento, fiscalização, normatização e mediação), numa relação, segundo MARQUES NETO (2005, p. 87-88), de dependência e complementaridade em que o regulador atuará em sua margem de liberdade, ponderando os interesses regulados e equilibrando os instrumentos disponíveis no sentido de intervir no sistema sem inviabilizar seus pressupostos. O autor explica que o termo "política" refere-se à prerrogativa de definir estratégias de ação e selecionar instrumentos para tornar o mais eficiente essa linha de ação, podendo-se falar em uma política regulatória "na medida em que o regulador faz opções políticas consistentes nos juízos de necessidade, conveniência, oportunidade e proporcionalidade no manejo de suas competências" e conclui:

> A definição de *políticas regulatórias* envolve *a ponderação a respeito da necessidade e da intensidade da intervenção*. Envolve a *escolha dos meios e instrumentos* que, no âmbito das competências regulatórias, melhor se coadunam para, de forma eficiente, ensejar o atingimento das políticas públicas setoriais. (MARQUES NETO, 2005, p. 87-88).

Essa margem de liberdade do regulador é precisamente o que se denomina discricionariedade técnica, a qual, na ótica de Lucas Rocha Furtado (2012, p. 898), constitui modalidade especial de discricionariedade administrativa, em que a opção por uma das soluções possíveis e lícitas não se dá por razões de mera oportunidade ou conveniência administrativa, mas em razão de decisão de índole eminentemente técnica.

Chega-se, assim, ao ponto de interesse do presente estudo, na medida em que é justamente no campo da discricionariedade técnica inerente às políticas regulatórias que se insere a necessidade de ferramentas e métodos que venham a propiciar efetividade à atuação das agências reguladoras de utilidades e serviços públicos delegados a entes de natureza privada.

3 ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR): CONCEITO E RELEVÂNCIA

A margem de liberdade do regulador no campo das soluções possíveis e lícitas não demanda qualquer decisão técnica, mas a melhor decisão técnica possível. Assim é que os países desenvolvidos da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE foram pioneiros na adoção de uma ferramenta de planejamento que se propunha a sistematizar esse processo de decisão, conferindo-lhe qualidade e eficiência, denominada Análise de Impacto Regulatório (AIR). Estudo monográfico de Eduardo Bizzo de Pinho Borges (2009, p. 14-15) traz a síntese dos conceitos dessa ferramenta sob a perspectiva da OCDE, do Escritório de Administração e Orçamento dos EUA, do Centro Europeu de Políticas Públicas e do Escritório de Auditoria Nacional do Reino Unido, possibilitando um melhor entendimento que congrega a visão de diferentes núcleos de desenvolvimento da matéria:

> Conforme definição da **OECD** (2008b, 14), AIR é a ferramenta política sistemática utilizada para examinar e medir os benefícios, os custos e os efeitos prováveis de uma regulação nova ou já existente. É uma forma analítica de informar os tomadores de decisão, e sua estrutura é, tipicamente, dividida da seguinte forma: o título da proposta, o objetivo e efeito esperado da política regulatória, uma avaliação do problema político, consideração das opções alternativas, a avaliação de todos os impactos distributivos, os resultados da consulta pública, as estratégias de *compliance*, e os processos para monitoramento e para avaliação.
> Segundo o **Office of Management and Budget (OMB)** norte-americano (1991, p. 653), AIR é um instrumento que provê informações sobre a necessidade e as conseqüências de uma regulação proposta, que verifica se os benefícios potenciais da ação para a sociedade excedem custos gerados e se, dentre todas as alternativas possíveis para alcançar o objetivo da regulação, a ação é a que maximiza os benefícios líquidos para a sociedade. A análise deve conter cinco elementos: uma declaração sobre a eventual necessidade da proposta; o

> exame das abordagens alternativas; uma análise dos custos e benefícios; a fundamentação para a escolha da proposta de ação regulatória; e a declaração de alguma autoridade legal.
> Para o **European Policy Centre** (2001, p. 7), AIR é o termo utilizado pra referir-se ao processo de avaliação dos benefícios e custos de uma regulação nova ou já existente, com o objetivo de aumentar a qualidade da política regulatória, tendo como fundamento seis concepções: justificação, consulta, análise, maximização do benefício líquido total, consistência e accountability: [...]
> O propósito de uma AIR, de acordo com o **National Audit Office do Reino Unido** (2001, p. 2), é explanar os objetivos da regulação proposta, os riscos envolvidos e as opções para a sua concretização. Ao fazê-lo, devem-se tornar transparentes os custos e benefícios esperados das opções das diferentes entidades envolvidas, tais como o governo e as pequenas empresas, e o modo como o cumprimento das opções seria garantido e executado. Uma AIR bem conduzida examina sistematicamente os impactos decorrentes da ação do governo, bem como as conseqüências de não se regular, e comunica aos tomadores de decisões. (grifou-se)

A Análise de Impacto Regulatório é empregada em vários níveis de decisão estatal, podendo até mesmo subsidiar o processo legislativo. Interessa ao presente estudo, todavia, a utilização da ferramenta analítica no campo de atuação das agências reguladoras, essas entidades que, tendo perpassado a fase conceitual, em que se discutiu o significado da regulação pública de atividades privadas e serviços públicos no Brasil, e posteriormente a fase constitucional, na qual se perquiriu acerca da constitucionalidade, limites e abrangência dos poderes atribuídos às agências, deparam-se hoje com uma fase dita eficacial, em que se questiona a qualidade da regulação (MENDONÇA, 2010, p.14). De fato muitas críticas relacionadas à falta de eficácia das agências reguladoras têm apontado para uma crise de efetividade, que pode ser atribuída a diversos fatores, inclusive à falta de planejamento da ação regulatória.

Embora ainda incipiente no Brasil, com incentivos do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG, instituído pelo Decreto nº 6.062/2007, e poucas iniciativas de utilização aproximada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa e pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, há registros de adoção da AIR nos EUA desde a década de 70. Nos moldes existentes atualmente, contudo, a história da AIR relata o pioneirismo dos EUA no seu desenvolvimento e aplicação no início da década de 80. A experiência inglesa remonta aos anos 90, após a criação da *Better Regulation Task Force*. Na União Europeia, a introdução da AIR está associada à definição, em março de 2000, do seu objetivo estratégico para as próximas décadas, de tornar-se, em termos de conhecimento, a economia mais competitiva e dinâmica do mundo, para o que a Comissão Europeia identificou como essencial o aprimoramento do ambiente regulatório europeu (VALENTE, 2013, p. 64-69).

Nessa perspectiva, reconhecendo a importância da AIR para o desenvolvimento econômico do bloco, o Grupo Consultivo de Alto Nível, instituído pela Comissão Europeia, elaborou propostas para um programa regulatório europeu, recomendando seis importantes medidas com vistas a uma regulação de qualidade:

> (i) adoção de uma avaliação de impacto (*ex ante* e *ex post*); (ii) utilização de alternativas para as políticas públicas a serem avaliadas; (iii) utilização de mecanismos de consulta pública; (iv) simplificação do processo de elaboração e das medidas elaboradas; (v) facilitação do acesso à legislação e regulamentação; e (vi) estabelecimento de uma estrutura regulatória efetiva, incluindo uma de controle de qualidade. (VALENTE, 2013, p. 70)

Não obstante seja ainda variado o procedimento da AIR, na medida em que o passo a passo tem sido definido conforme a convicção de cada ente dedicado ao seu desenvolvimento, pode-se considerar um tipo ideal, conforme Patricia Pessôa Valente (2013, p. 57-58; 100), com as seguintes fases:

a) definição do problema;

b) criação de linha do tempo com previsão sobre o que aconteceria caso não ocorresse qualquer intervenção;

c) definição dos objetivos;

d) consulta e participação dos possíveis afetados (instituições de representação das empresas, usuários, consumidores e qualquer outro interessado) a fim de validar as conclusões alcançadas nas fases anteriores;

e) seleção das opções a serem consideradas;

f) escolha do método (análise de custo-benefício, análise de custo-efetividade, análise de custos, análise de benefícios, análise de risco) que será utilizado para analisar as opções apontadas na etapa acima;

g) mapear os dados necessários para a mensuração dos benefícios e custos de todas as opções selecionadas e, se necessário, realizar pequenas pesquisas para coleta de dados para validar os dados a serem utilizados nas análises;

h) análise e comparação das opções de acordo com o método escolhido e elaboração da minuta do relatório da AIR e da medida regulatória a ser adotada;

i) consulta pública das minutas de medida regulatória e do relatório de AIR para validação dos resultados com os interessados;

j) ajustar o relatório de AIR e a sugestão da medida regulatória a ser adotada ao agente regulador responsável pela tomada de decisão;

k) implementação e monitoramento da regulação, com levantamento de informação para os agentes que realizaram a avaliação e para o tomador de decisão.

Nota-se, contudo, que a participação dos afetados em diversos momentos do processo é lugar comum nos variados procedimentos de AIR. Em razão desse contributo, a relevância da ferramenta analítica tem sido associada, ainda, à diminuição de um suposto *deficit* democrático das agências reguladoras, segundo o qual recairia sobre essas entidades reguladoras uma carência de legitimação para o exercício de suas atribuições, especialmente no que se refere à sua competência para normatizar os setores implicados e aplicar penalidades aos entes regulados, em razão da autonomia prevista em lei para esses entes em relação ao Poder Executivo central, que os apartaria do processo eleitoral de escolha do representante presidencial.

Ocorre, todavia, que a participação dos interessados no processo decisório das agências reguladoras já encontra amparo nas diversas leis de criação dessas entidades, como também diversas são as formas de controle político exercido pelo Legislativo e pelo Executivo desses entes reguladores, o que credencia as agências reguladoras como instrumentos da democracia, pelo menos do ponto de vista jurídico-institucional-formal. Além disso, como explica Floriano Marques Neto (2005, p. 84), a democracia pressupõe respeito às institucionalizações:

> Associar a autonomia ou a imunidade de órgãos estatais da ingerência governamental direta a um processo de esvaziamento da legitimidade democrática do governante (ou como dizem alguns mais empolgados de "fraude contra o povo") implicaria em pressupor que só haveria Democracia se o governante pudesse, ato contínuo à assunção do mandato, dispor de toda a máquina pública (cargos, rotinas políticas, procedimentos e atos) como se sobre ele assumisse o domínio pleno.
>
> Atribuir às agências um papel intrinsecamente ilegítimo só seria possível se partíssemos de uma concepção de que o eleito é investido de legitimidade para fazer o que bem entende com a máquina pública. Isso pressuporia que o mandato popular fosse clausulado e minudentemente condicionado por programas específicos. Não compartilhamos dessa visão. (MARQUES NETO, 2005, p. 83).

Com a adoção da AIR, o que se verifica, na verdade, não é a diminuição de um suposto *deficit* democrático jurídico-institucional-formal das agências reguladoras, porquanto inexistente, mas a redução de um *deficit* de legitimidade substancial das medidas implementadas pelo regulador, não porque simplesmente passem a contar com a participação da sociedade em maior medida, mas porque a AIR agrega efetivamente transparência e responsabilização do agente regulador no processo de decisão regulatória, por meio do necessário diálogo entre reguladores, regulados e demais interessados, como etapas de um planejamento da ação pública que se propõe a substituir os improvisos, traduzindo-se em aumento da adesão do mercado à política regulatória, com redução de contestações administrativas e judiciais, e incremento da credibilidade do regulador (MENDONÇA, 2010, p. 14). Patricia Valente (2013, p. 129) sintetiza esses aspectos no termo *accountability*:

> [...] preferimos chamar a atenção para o fato de que essa ferramenta proporciona mecanismos de participação mais eficientes que os existentes. Isso não decorre da possibilidade de maior participação dos administrados. Quanto a isso, verificou-se que maior número de participantes não necessariamente corresponde a um maior grau de democratização do Estado regulador. A eficiência da AIR decorre sobretudo da *transparência* do processo de tomada de decisão regulatória e, consequentemente, da possibilidade de *responsabilização* dos agentes reguladores. A esses dois aspectos conjugados dá-se o nome de *accountability*.

Com efeito, a AIR vem introduzir no processo decisório do regulador um caráter metodológico técnico-científico, pautado em conjecturas e refutações plausíveis acerca de um problema identificado na sua esfera de atuação, com vistas a conferir sistematização e neutralidade na busca das soluções possíveis. Uma vez alcançadas as opções de escolha lícitas e razoáveis, vê-se o regulador mais propriamente no campo da discricionariedade técnica. A existência de um procedimento detalhado para subsidiar a tomada de decisão final possibilita maior controle da atuação pública, na medida em que ficam mais compreensíveis as justificativas da decisão, reduzindo-se a assimetria de informações entre os agentes reguladores e os órgãos de controle, facilitando a sindicância de eventuais desvios do agir estatal.

A AIR constitui-se, assim, em parâmetro efetivo para a prestação de contas do agente regulador perante os Poderes Executivo e Legislativo, como também ante os órgãos de controle da legalidade, já que, nesse âmbito, será verificada não só a legalidade e a razoabilidade do juízo de discricionariedade técnica, mas também se foi justificada a sua escolha, do ponto de vista técnico e jurídico, se os procedimentos para a tomada de decisão foram observados, e ainda, se não houve desvios ou favorecimentos (FURTADO, 2012, p.897).

É inquestionável que a base teórica da AIR apresenta diversas vantagens para a eficiência e o desenvolvimento da regulação de utilidades e serviços públicos, sendo, por isso, incentivada por organismos internacionais como a OCDE e o Banco Mundial. Não se pode, todavia, negligenciar o fato de que também diversas críticas lhe são dirigidas, ora apontando-se para a complexidade e o custo do procedimento, ora alertando-se para o risco de ser malfeita, manipulada ou burocrática, de modo a servir apenas como auto-justificação para a decisão do regulador, desvirtuando-se, assim, as suas finalidades e dando-se poderes ao erro (MENDONÇA, 2010, p. 14). Em geral, contudo, tais críticas convergem para a qualidade ou a aplicação do procedimento de AIR e não propriamente para os seus pressupostos teóricos. Como observa Patricia Valente: "Note-se que a crítica acerca da complexidade para se realizar uma AIR é uma crítica sobre a sua aplicação, e não um apontamento questionando seus pressupostos ou conceitos teóricos (2013, p. 80).

Assim, demonstrada a relevância da AIR para o desenvolvimento da regulação, em conformidade com sua base teórica, mas considerando-se a

necessidade de aperfeiçoamentos na qualidade e na forma de aplicação do procedimento, de modo a contribuir para a utilidade da ferramenta na eficácia da atuação das agências reguladoras, passa-se a abordar aspecto específico que interfere nos resultados práticos da AIR, relacionado à instabilidade das instituições estatais.

4 COMO A INSTABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES ESTATAIS INFLUENCIA A EFETIVIDADE DA AIR

Considere-se todo um procedimento de AIR, com os custos inerentes, tecnicamente irrepreensível, levado a cabo por agência reguladora que deseja, por exemplo, definir um modelo de exploração do serviço público de transporte, estabelecendo as premissas e normas de operação do serviço. Por hipótese, a melhor escolha regulatória consistiu num modelo compartilhado entre empresas de ônibus (itinerários longos) e cooperativas com veículos utilitários de passseio –VUPs (itinerários curtos), que veio a ser efetivamente licitado e implantado.

Suponha-se, contudo, que o chefe do Executivo teve campanha política financiada pelos cooperativados, chamados “topiqueiros”, que fiados no compromisso político assumido pelo gestor público, passaram a efetuar transportes longos, aumentando a sua área de serviço, em colisão com os interesses dos empresários de ônibus, que tinham essa área reservada conforme o modelo de exploração do serviço. A influência política do chefe do Executivo, comprometido com o grupo econômico, sobre a agência reguladora e demais entes de fiscalização teria levado a um relaxamento da fiscalização quanto à conduta dos “topiqueiros”, ocasionando desequilíbrio operacional do sistema de transporte, com reflexos negativos na qualidade dos serviços prestados aos usuários e no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de delegação do serviço.

Ainda utilizando-se o exemplo dado, considere-se que os contratos de delegação e demais atos normativos do agente regulador previam reajuste periódico das tarifas dos serviços, cujo momento da concessão coincidiu com período de grande moção popular contra os preços dos serviços públicos, em ano eleitoral. Comandos superiores dirigidos à agência reguladora, politicamente capturada, teriam adiado a concessão do reajuste como decorrência da pressão eleitoral, ensejando todo um desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de delegação, ameaçando a saúde financeira dos delegatários, a qualidade e a segurança dos serviços prestados e a estabilidade jurídica que deveria ser assegurada pelo Estado.

Poder-se-ia citar, ainda, situação em que pretensa AIR concluísse pelas vantagens de se implantar e normatizar modelo de exploração de serviço de transporte público que integrasse o sistema estadual metropolitano com o sistema municipal. A simples troca de governantes como decorrência das eleições estaduais ou municipais poderia provocar a descontinuidade da

política regulatória por razões partidárias, levando à descontinuidade das ações integrativas, inviabilizando-se os benefícios do estudo como previstos.

E os exemplos não param por aí. A nomeação de gestores por critério exclusivamente político ou a dinâmica de interesses particulares envolvidos pode levar a uma gestão pública deficiente quanto ao planejamento e à implantação de etapas de projeto que tenha sido objeto de AIR. O descumprimento de cronogramas conduz frequentemente ao aumento de custos e adiamento dos benefícios, que não haviam sido considerados *a priori*. Esse poderia ter sido o caso de modelo definido para a distribuição de energia a partir da geração por usinas eólicas. Que teria adiantado todo um procedimento de AIR se as obras das usinas eólicas fossem concluídas a contento, de forma a estarem aptas para operar, mas impossibilitadas de escoar energia em virtude de atrasos nos sistemas de transmissão que alimentam a distribuição de energia ao usuário final?

Em episódio verídico ocorrido no Brasil, mas sem o emprego da ferramenta de AIR, o Tribunal de Contas da União, verificando processos e contratos de implantação dos parques de energia eólica, "estimou que, entre julho de 2012 e dezembro de 2013, o prejuízo devido aos atrasos chegou a R$ 929 milhões, pois a energia não gerada foi reposta por outra fonte mais cara, como a termoelétrica" (BRASIL, 2014, p. 1). As principais causas do descompasso foram apontadas sob a perspectiva do órgão de controle:

> O TCU afirma que as principais causas para o descompasso entre a geração e a transmissão das usinas eólicas são: demora na obtenção de licenças nos órgãos ambientais; falta de regulamentação da Lei que prevê a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios nas ações administrativas de meio ambiente; demora da Aneel em expedir uma Declaração de Utilidade Pública; e atraso sistêmico da Chesf em executar as obras de transmissão. (BRASIL, 2014, p. 1)

A lisura dos procedimentos licitatórios também exerce influência direta sobre os resultados das políticas regulatórias. Cite-se como exemplo, os leilões de energia, pelos quais se dá a contratação de energia para assegurar o atendimento de demanda futura no Ambiente de Contratação Regulada (ACR). Por hipótese, nada adiantaria definir-se esse modelo de suprimento de energia como resultado de uma AIR, se licitações fraudulentas promovessem o beneficiamento de interesses particulares, com o aumento de custos e comprometimento dos benefícios pela qualidade duvidosa do fornecimento.

Essas situações hipotéticas retratam como a inconstância institucional, que negligencia regras de competência e finalidades estabelecidas na Constituição e nas leis, provoca eventos danosos na regulação estatal da economia. Esses eventos institucionais danosos podem, assim, ser definidos como ações ou omissões dos gestores públicos, valendo-se das instituições estatais que integram, influenciados por fatores políticos ou econômicos de ocasião, do interesse próprio ou de terceiros, que prejudicam a implementação de políticas regulatórias.

É sabido que a maturidade da democracia está na razão direta da robustez das instituições que lhe servem de sustentáculo. Em geral, as democracias mais recentes apegam-se a personalismos, que imprimem um caráter mutante, de ocasião, aos valores e diretrizes de desenvolvimento de uma sociedade, pouco importando-se com a razão de ser das instituições. São as instituições, todavia, que garantem a continuidade das políticas públicas, conferindo perenidade aos objetivos de desenvolvimento. A propósito, comenta Floriano Marques Neto:

> [...] a legitimidade democrática pressupõe não só o respeito à lei e à Constituição, mas o respeito às institucionalizações. E o acúmulo democrático, num país de tradições patrimonialistas como o Brasil, tem sido feito em grande medida pelo fortalecimento das instituições. A própria possibilidade de contar com instituições estáveis, ainda que restrinja um tanto a margem de atuação do governante, por outro lado lhe confere a garantia de que as pautas políticas por ele perseguidas terão respaldo e sustentação quando implementadas.
> Não é demasiado lembrar que um dos sentidos da democracia é justamente o de ser o regime em que se assegura o cumprimento das regras do jogo, é dizer, a estabilidade das regras de convívio social. (MARQUES NETO, 2005, p. 84).

Vê-se, portanto, a imperiosidade de fortalecimento institucional das agências reguladoras, garantindo-lhes competências e instrumental de atuação que possibilitem a concretização de suas atividades finalísticas. A adoção da ferramenta de AIR, com tão expressivo potencial progressista, só se justifica se essas entidades, coabitantes mais próximas do ambiente em que se semeiam as políticas regulatórias, lograrem cumprir a sua missão institucional.

Gaspar Ortiz (2011, p. 233), estudando os organismos autônomos na Espanha, sugere a necessidade de uma reconfiguração da Administração, despolitizada e tecnificada, com estabilidade institucional e continuidade de seus gestores:

> *El escenario ante el que nos encontramos hoy no difiere mucho de aquél que describía Hauriou [...]: una Administración sobrecargada de tareas – las innumerables tareas del Estado del Bienestar – difíciles de gestionar en muchos casos, como la sanidad, la educación o la atención a los ancianos, con una notoria incapacidad para una gestión eficaz. Y éste es esencialmente el problema: cómo conseguir que los servicios funcionen – los transportes, las escuelas, los hospitales, el suministro de agua, gas y electricidad, los teléfonos, el correo, las universidades, la asistencia a los ancianos, y tantas otras actividades sobre las que descansa la vida de las gentes – sin crear un inmenso aparato burocrático*

> *que acabe paralizando la acción y asfixiando al ciudadano; se trata también de ver cómo puede ordenarse ese conjunto de actividades básicas para una sociedad – el sistema bancario, la Bolsa y los seguros, el sistema energético, las telecomunicaciones, la política de suelo e vivienda y otros sectores llamados estratégicos – de forma que el ciudadano vea protegidos sus intereses frente a los grandes operadores de estos sectores, sin que el poder político ejerza, sobre unos y sobre otros, esa especie de señorío feudal que hoy ostenta.*
>
> *[...]*
>
> *Es preciso racionalizar y 'despartidificar' (perdón por la palabreja) la acción de los poderes públicos. Un buen medio para ello es la creación de Instituciones permanentes, con vida propia, y Comisiones Reguladoras independientes. Si se quiere modernizar el Estado, el camino es éste: la creación de vida institucional autónoma, protegida por un estatuto jurídico que le dé continuidad, profesionalidad, coherencia y fidelidad a sus propios fines institucionales. (ORTIZ, 2011, p. 232-234)*

O autor adverte acerca da manipulação política e econômica prejudicial à prestação dos serviços públicos, afirmando a sua continuidade enquanto os entes reguladores forem subordinados ao mando político, até que se promova uma substancial reforma institucional na Administração reguladora:

> *La experiência enseña, sin embargo, que la manipulación sin compensación es el sistema normal y lo seguirá siendo, mientras las competencias en la materia sigan atribuidas a órganos completamente subordinados al mando político. Todos aquéllos que hayan tenido experiencia de la actuación de estos órganos podrán atestiguar hasta qué punto se mezclan en ellos los juicios razonados con las consignas y directrices políticas. Portanto, una primera conclusión es ésta: por mucho que se 'regule' el sistema de tarifas y los criterios de formación de éstas, si no se modifica el aparato institucional encargado de su aprobación, éstas seguirán manipulándose, lo que viene a exigir una reforma institucional profunda de la Administración reguladora.*
>
> *[...]*
>
> *La fijación de precios de los servicios y prestaciones reguladas entraña una importantísima decisión que es la*

> *asignación de un reparto justo de rentas entre consumidores y accionistas, tarea no sólo muy difícil técnicamente sino en la que el regulador casi siempre será impopular. Ésta es una razón más a favor de la separación entre regulación y política, a favor de la independencia del regulador, siempre que éste sea creíble, transparente en sus procesos y razonado en sus decisiones, que deben ser ampliamente motivadas, incorporando a ellas no sólo la información de la empresa sino también la información del público y del entorno.*
>
> *[...]*
>
> *[...] En muchas ocasiones la independencia del regulador es justamente la del árbitro que tiene que estar alejado por igual, tanto del interés a corto plazo de la empresa (la cuenta de resultado anual), como de los políticos (el resultado de las próximas elecciones). (ORTIZ, 2011, p. 770-772; 776)*

Conforme Alexandre Santos de Aragão (2006a, p. 4), a autonomia reforçada constitui o núcleo do conceito das agências reguladoras. Visando a garantir essa autonomia, as leis de criação das agências reguladoras no Brasil, em geral, atribuem-lhes independência decisória, administrativa, orçamentária e financeira, prevendo, ainda, mandatos por prazo determinado para seus dirigentes, não coincidência entre o mandato do dirigente e o do chefe do Executivo, como também a não coincidência de mandatos entre os próprios dirigentes, visando a diversificar as orientações político-partidárias, fracionamento de competência para a indicação dos dirigentes e requisitos técnicos para a investidura nos cargos.

Acredita-se, contudo, que a estrutura jurídico-institucional autárquica desses entes reguladores no Brasil não lhes confere a autoridade material de que necessitam para o efetivo desempenho do múnus regulatório, constatando-se que o modelo de regulação independente idealizado pela doutrina e traçado pelas leis de criação das agências reguladoras jamais foi implantado de fato na experiência brasileira, fazendo-se necessária uma reforma estrutural de *status* constitucional, que lhes confira a condição de órgãos constitucionais independentes, de auxílio técnico ao Poder Executivo, mas externos à estrutura da Administração Pública (LIMA, 2014, p. 98; 103-106).

A conscientização da sociedade acerca do caráter democrático das agências reguladoras e da sua importância para a efetivação do direito a serviços públicos de qualidade, enquanto pressupostos da coesão social e geográfica de determinado país e da dignidade de seus cidadãos (ARAGÃO, 2006b, p. 2), também tem destacada importância como forma de minimizar-se o aparelhamento político das entidades reguladoras, na medida em que a exigência por resultados acabaria travestindo-se de controle social da conduta pública e conseqüente fortalecimento da instituição democrática.

Mesmo que se façam as necessárias reformas institucionais ou se consiga, de outro modo, fortalecer as agências reguladoras, há que se reconhecer, todavia, que um ideal de idoneidade e espírito público ainda estaria por ser alcançado. Mesmo as democracias mais consolidadas estão sujeitas ao cometimento de desvios por parte dos agentes públicos, que eventualmente podem se utilizar das instituições estatais para fazerem prevalecer interesses próprios ou de terceiros, alijados do interesse público. Para além das orientações políticas que dela se utilizaram com o fim de, sob as perspectivas dos "fracassos do mercado" e dos "fracassos do governo", justificar uma maior ou menor intervenção do Estado na economia privada, a teoria da escolha pública (*public choice*) prestou significativa contribuição nesse sentido:

> A *public choice* surge, pois, num primeiro momento, como a análise dos «fracassos do governo», não em alternativa, mas para completar a análise dos «fracassos do mercado». O estudo do funcionamento da burocracia, dos grupos de interesse e do seu papel no desenho das políticas, das restrições constitucionais à acção dos governos e das instituições, regras e procedimentos associados ao sistema político formal (partidos políticos, sistemas eleitorais, regras de tomada de decisão colectiva, etc.) deu uma visão mais clara e ao mesmo tempo mais realista do funcionamento do sector público.
>
> A teoria da escolha pública veio clarificar os problemas inerentes à tomada de decisão colectiva e pôr a nu alguns problemas que hoje identificamos com os «fracassos do governo», ou melhor, do sector público e do sistema político: ineficiência da administração pública, ausência de incentivos, problemas com obtenção de informação acerca das preferências dos cidadãos, rigidez institucional, permeabilidade à actuação de lobbies, financiamento ilegal de partidos políticos, etc. Esta visão mais realista do processo político, de certa forma, tem alterado um pouco o ideal democrático, e tem mostrado que eventualmente as aspirações desse ideal (como referido por Bobbio) estavam demasiado elevadas em relação àquilo que o método democrático permite. (PEREIRA, 1997, p. 437-438)

Conforme explica Paulo Trigo Pereira (1997, p. 439), a contribuição teórica da *public choice* acaba por apontar não "para *menos* Estado, mas sim para *melhor* Estado". Nesse sentido, amplo esforço deve ser direcionado para o aperfeiçoamento da máquina pública, minimizando aquilo que, no que interessa ao presente estudo, obstaculiza a plena realização dos objetivos da regulação. Se num primeiro momento, a efetividade da AIR demanda instituições fortalecidas, de modo a garantir a estabilidade da política regulatória a que serve de base, também não se pode negligenciar a necessidade de considerar-se o maior ou menor grau de instabilidade das instituições como fator a ser sopesado no procedimento propriamente dito.

Assim é que se tem pela necessidade de inclusão de um fator no procedimento de AIR que promova o ajuste dos resultados encontrados para

benefícios e riscos a um maior ou menor grau de instabilidade institucional do ambiente regulado, vale dizer, um fator que varie conforme a probabilidade, a freqüência e a temporaneidade de eventos institucionais danosos, como definidos no presente estudo. Dessa forma, avaliações mais realistas poderão conferir mais precisão e efetividade ao processo decisório de políticas regulatórias pautados em AIR.

CONCLUSÃO

Nem absolutismo, nem menos ou mais Estado. O Estado moderno finalmente delineou-se sob a forma de normativo e regulador da atividade econômica, não havendo sinais de estar já em curso uma nova metamorfose na maneira de atuar e organizar a vida em sociedade. Quando o assunto volta-se a utilidades e serviços públicos delegados a entidades de natureza privada, o agir estatal por meio de políticas públicas traduz-se na realização de políticas regulatórias, levadas a cabo em grande medida pelas agências reguladoras.

Ultrapassada a fase conceitual, em que se discutia o significado da regulação pública, definindo-se a natureza desses entes reguladores, e posteriormente atingido um consenso possível acerca da constitucionalidade, limites e abrangência dos poderes a si atribuídos, as agências reguladoras encontram-se em momento de demonstrar para que servem e para o que vieram de fato, firmando-se numa fase dita eficacial.

O desafio agora é munirem-se de instrumental que possa promover um salto de qualidade e eficiência no mister regulatório, conferindo efetividade na sua missão institucional. Nesse caminho, apresenta-se a Análise de Impacto Regulatório (AIR) como ferramenta de planejamento da ação pública, que se propõe a sistematizar o processo de decisão das agências reguladoras em substituição aos improvisos, agregando efetivamente transparência e responsabilização do agente regulador (*accountability*).

Reconhecida a relevância da AIR para o desenvolvimento da regulação, em conformidade com sua base teórica, mas considerando-se a necessidade de aperfeiçoamentos na qualidade e na forma de aplicação do procedimento, de modo a contribuir para a utilidade da ferramenta na eficácia da atuação das agências reguladoras, identifica-se precisamente na instabilidade das instituições estatais envolvidas com a regulação aspecto específico que interfere nos resultados práticos da AIR, podendo redundar na sua total ineficácia.

Essa instabilidade institucional atua sobre a AIR sob a forma de evento institucional danosos, definido como ações ou omissões dos gestores públicos, valendo-se das instituições estatais que integram, influenciados por fatores políticos ou econômicos de ocasião, do interesse próprio ou de terceiros, que prejudicam a implementação de políticas regulatórias.

Assim, para que a AIR decisivamente se estabeleça como ferramenta útil à efetividade da ação regulatória, é necessário o fortalecimento institucional

particularmente das agências reguladoras, garantindo-lhes competências e instrumental de atuação que possibilitem a concretização de suas atividades finalísticas. Com esse objetivo, também tem destacada importância o controle social a ser exercido sobre os entes estatais envolvidos com a regulação, a partir da conscientização da sociedade acerca do caráter democrático das agências reguladoras e da sua importância para a efetivação do direito a serviços públicos de qualidade.

Por fim, admitindo-se a impossibilidade de se alcançar um ideal de idoneidade e espírito público, tem-se pela necessidade da inclusão de um fator no procedimento de AIR que promova o ajuste dos resultados encontrados para benefícios e riscos a um maior ou menor grau de instabilidade institucional do ambiente regulado, de forma a possibilitar avaliações mais realistas, as quais poderão conferir mais precisão e efetividade ao processo decisório de políticas regulatórias pautados em AIR.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A legitimação democrática das agências reguladoras. *In*: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a. p. 1-20.

_____. Serviços públicos e direitos fundamentais. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais:* estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b. p. 1-30.

BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Determinantes de qualidade regulatória*: principais instrumentos e o caso brasileiro. 2009. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2009/iv-premio-seae-2009>. Acesso em: 30 set. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. TCU identifica atrasos em parques de energia eólica. 2014. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 30 set. 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no estado constitucional.* São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Gislene Rocha de. *Agências reguladoras no Brasil*: institucionalização constitucional como instrumento da democracia. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Análise de impacto regulatório*: segurança para o administrado, efetividade para a administração. Jornal Estado de Direito, Brasil, n. 28, Ano V, p. 14, 2010.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Lecciones de administración* (y políticas públicas). Madrid: Iustel, 2011.

PEREIRA, Paulo Trigo. *A teoria da escolha pública (public choice)*: uma abordagem neoliberal?. Análise Social, Lisboa, v. xxxii (141), p. 419-442, 1997.

VALENTE, Patricia Pessôa. *Análise de impacto regulatório*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

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:

LIMA, Gislene Rocha de. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 39, agosto/setembro/outubro, 2014. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-39-AGOSTO-2014-GISLENE-LIMA.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 Numbe*r), 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

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.