



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

INSTITUTO DE ECONOMIA

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS, ESTRATÉGIAS
E DESENVOLVIMENTO (PPED)**

FLAVINE MEGHY METNE MENDES

**MODELO DE GOVERNANÇA, AGÊNCIAS REGULADORAS E CUSTOS DAS
NORMAS REGULATÓRIAS**

**Rio de Janeiro
2023**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
DOUTORADO EM POLÍTICAS PÚBLICAS, ESTRATÉGIAS E DESENVOLVIMENTO
DO INSTITUTO DE ECONOMIA (PPED)

FLAVINE MEGHY METNE MENDES

MODELO DE GOVERNANÇA, AGÊNCIAS REGULADORAS E CUSTOS DAS
NORMAS REGULATÓRIAS

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento, Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, como requisito parcial para obtenção do Título de Doutora.

Orientador: Prof Helder Queiroz Pinto Júnior

Rio de Janeiro
2023

FICHA CATALOGRÁFICA

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária: Luiza Hiromi Arao CRB 7 – 6787 Biblioteca
Eugênio Gudín/CCJE/UFRJ

M538m Mendes, Flavine Meghy Metne.
Modelo de governança, agências reguladoras e custos das normas regulatórias
/ Flavine Meghy Metne Mendes. – 2023.
125 f.

Orientador: Helder Queiroz Pinto Junior.

Tese (doutorado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de
Economia, Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e
Desenvolvimento, 2023.

Bibliografia: f. 117 – 125.

1. Governança. 2. Regulação. 3. Agências reguladoras. I. Pinto Junior, Helder
Queiroz, orient. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Instituto de Economia.
III. Título.

CDD 351

MODELO DE GOVERNANÇA, AGÊNCIAS REGULADORAS E CUSTOS DAS
NORMAS REGULATÓRIAS

Flavine Meghy Metne Mendes

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento, Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, como requisito parcial para obtenção do Título de Doutora.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Helder Queiroz Pinto Júnior

Avaliador Interno: Allan Rocha de Souza

Avaliador Interno: Ana Celia Castro

Suplente Interno: José Vitor Bomtempo Martins

Avaliador Externo: Heloísa Borges Bastos Esteves

Avaliador Externo: José Carlos de Oliveira

Suplente Externo: William Adrian Clavijo Vitto

Rio de Janeiro, 08 de maio de 2023.

Ao meu pai, Faisal Metne, “in memoriam”, verdadeiro exemplo de sabedoria e garra, na construção de uma vida digna e sólida.

Em especial, à professora Maria Teresinha Pereira e Silva que, com sublime carinho, foi a precursora de toda a minha trajetória acadêmica, vindo a falecer durante a fase final de conclusão da TESE.

AGRADECIMENTOS

Como se sabe, a elaboração de uma TESE constitui árdua e gratificante superação de desafios, inerentes à aprendizagem das “regras do jogo” da produção de conhecimentos científicos. Essa evolução seria impossível ou, ao menos, difícilíssima, caso não se pudesse contar com a participação generosa de muitas pessoas, as quais, cada qual a seu modo, serviram como âncora e bússola ao longo de todo o processo.

Nesse sentido, presto minhas sinceras homenagens e destaco a importância dos colaboradores elencados abaixo:

Ao Prof. Hélder Queiroz Pinto Júnior por sua pontualíssima atenção e pormenorizados comentários ao trabalho. Sem dúvidas, o seu rigoroso acompanhamento foi de fundamental importância na caminhada científica. Aproveito para expressar sinceros “Parabéns” pela maestria na arte de ensinar, por seu exemplo de professor, pesquisador e colaborador, cujos valores, além de outros incontáveis, informam a sua identidade.

À minha família de São Paulo (mãe e irmãos) que, mesmo à distância, contribuiu significativamente, com seu apoio, carinho e atenção irrestritos.

Ao meu marido, Raldo Moreira Mendes, companheiro de todas as horas, que apoiou de todas as formas o desenvolvimento da TESE, abdicando de vários momentos reservados ao nosso lazer.

Aos amigos, pela compreensão da imperiosa necessidade de interrupção temporária do convívio social, em prol do tão almejado objetivo de ser doutora.

A todos os servidores da AGENERSA, pela compreensão da importância do constante aprimoramento de conhecimentos regulatórios, particularmente em área tão complexa como esta em que atuamos, envolvendo sempre a imparcial consideração dos múltiplos segmentos envolvidos.

Aos incentivos da Associação Brasileira de Agências de Regulação (ABAR). Por meio da minha atuação na Câmara Jurídica da ABAR, tive o privilégio de participar de discussões focadas nos aspectos atuais da regulação, tais como: i) os impactos da lei federal das agências reguladoras na ambiência regulatória e sociedade; ii) os efeitos promovidos pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, nas esferas administrativa, controladora e judicial; iii) a repercussão do novo marco regulatório do saneamento na economia; iv) a importância da autonomia das

procuradorias das agências reguladoras; v) a relação entre independência do regulador e integridade decisória; vi) transparência das ações regulatórias; vii) repercussão das restrições normativas, editadas por força da pandemia provocada pela COVID-19, na esfera regulatória, particularmente no equilíbrio econômico dos contratos de concessão, além de outros assuntos.

De toda minha experiência, fica o registro: A ABAR não mede esforços na luta por uma regulação de qualidade com menos entraves, primando sempre pelo desenvolvimento socioeconômico do Brasil e, acima de tudo, o fortalecimento institucional das agências reguladoras, que, não raro, sofrem os efeitos de uma realidade rígida e, ainda, aquém da cultura dialógica.

Aos bibliotecários do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e da Fundação Getúlio Vargas, pela eficiência e pronta disponibilidade, na busca das fontes indispensáveis à realização do estudo.

Ao corpo docente e administrativo do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro pela qualidade do curso oferecido e dedicação extremada aos alunos.

À todos aqueles que fazem parte da minha vida, deixando-a mais feliz.

Ao Ringo, que provou ser também o melhor amigo dos pesquisadores, pela carinhosa e doce companhia, até durante as madrugadas de dedicação ao trabalho, ou de insônia em busca de luz no fim do túnel.

A Deus, pela saúde e força para enfrentar as dificuldades e pela confiança nas possibilidades de realizar mais este sonho.

"Definir a pessoa como centro da ação política significa não somente, nem principalmente, qualificá-la como centro de atenção, mas sim, sobretudo considerá-la a protagonista por excelência da vida política."

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

RESUMO

O presente trabalho investiga o modelo de governança, o design da regulação, seus fundamentos, requisitos e custos das normas, sob efeito da ação regulatória normativa. O cerne da pesquisa privilegia os custos das normas regulatórias, discutindo-se a hipótese de que, em determinada sociedade, as estruturas de governança regulatória são projetadas para promover maior eficiência na economia, o que supõe racionalidade na edição das normas regulatórias. A premissa é de que as agências reguladoras guardam íntima relação com a evolução do Estado e da sociedade, que subentende o compromisso de prover serviços de qualidade. Contudo, os resultados regulatórios nem sempre se mostram associados à cogitação inicial, em termos de modulação do regime regulatório, implicando, em determinados contextos, elevados custos, bem como incerteza derivada de decisões governamentais oportunistas, de onde deflui a racionalidade limitada. A partir desses pressupostos, formulou-se a seguinte questão norteadora: Quais os parâmetros atuais e desejáveis de intervenção regulatória devem ser observados no processo de edição das normas regulatórias por parte das agências reguladoras, num cenário econômico e social marcadamente influenciado pela evolução e novas tecnologias e riscos que se projetam na atualidade? Do ponto de vista metodológico, desenvolveu-se estudo descritivo, cujas fontes são constituídas por pesquisas de especialistas (nacionais e estrangeiros) em regulação e em custos das normas. A partir das ideias desenvolvidas, pretende-se propiciar subsídios para reflexão e decisões melhor fundamentadas para avaliação racional dos impactos (cumulativos ou não) das normas regulatórias na sociedade, o que pode favorecer decisões políticas coerentes com os propósitos da regulação, numa sociedade orientada para o desenvolvimento justo, capaz de superar óbices burocráticos aos empreendedores.

Palavras-chave: governança regulatória - custos das normas – racionalidade como potencial político-administrativo ao processo decisório.

ABSTRACT

This paper investigates the governance model, the design of regulation, its foundations, requirements and costs of rules, under the effect of normative regulatory action. The core of the research focuses on the costs of regulatory rules, discussing the hypothesis that, in a given society, regulatory governance structures are designed to promote greater efficiency in the economy, which presupposes rationality in the issuing of regulatory rules. The premise is that regulatory agencies are closely related to the evolution of the state and society, which implies a commitment to providing quality services. However, regulatory results are not always associated with the initial cogitation, in terms of modulation of the regulatory regime, implying, in certain contexts, high costs, as well as uncertainty derived from opportunistic government decisions, from which limited rationality emerges. Based on these assumptions, the following guiding question was formulated: What are the current and desirable parameters of regulatory intervention that should be observed in the process of editing regulatory rules by regulatory agencies, in an economic and social scenario markedly influenced by the evolution and new technologies and risks that are projected today? From the methodological point of view, a descriptive study was developed, whose sources are composed of researches by experts (national and foreign) in regulation and in cost of rules. From the ideas developed, it is intended to provide subsidies for reflection and better informed decisions for rational assessment of the impacts (cumulative or not) of regulatory rules in society, which can favor political decisions consistent with the purposes of regulation, in a society oriented to fair development, capable of overcoming bureaucratic obstacles to entrepreneurs.

Keywords: regulatory governance - regulatory costs - rationality as political-administrative potential to the decision-making process.

RÉSUMÉ

Ce document étudie le modèle de gouvernance, la conception de la réglementation, ses fondements, les exigences et les coûts des règles, sous l'effet de l'action réglementaire normative. Le cœur de la recherche se concentre sur les coûts des règles réglementaires, en discutant l'hypothèse selon laquelle, dans une société donnée, les structures de gouvernance réglementaire sont conçues pour promouvoir une plus grande efficacité dans l'économie, ce qui suppose la rationalité dans l'émission des règles réglementaires. Le postulat est que les agences de régulation sont étroitement liées à l'évolution de l'État et de la société, ce qui implique l'engagement de fournir des services de qualité. Toutefois, les résultats de la réglementation ne sont pas toujours associés à la réflexion initiale, en termes de modulation du régime réglementaire, ce qui implique, dans certains contextes, des coûts élevés, ainsi qu'une incertitude découlant de décisions gouvernementales opportunistes, d'où émerge une rationalité limitée. Sur la base de ces hypothèses, la question directrice suivante a été formulée : Quels sont les paramètres actuels et souhaitables de l'intervention réglementaire à observer dans le processus d'édition des règles réglementaires par les organismes de réglementation, dans un scénario économique et social fortement influencé par l'évolution et les nouvelles technologies et les risques qui sont projetés aujourd'hui ? Du point de vue méthodologique, une étude descriptive a été développée, dont les sources sont composées d'études d'experts (nationaux et étrangers) en réglementation et en coûts des règles. À partir des idées développées, il est prévu de fournir des subventions pour la réflexion et des décisions mieux informées pour une évaluation rationnelle des impacts (cumulatifs ou non) des normes réglementaires dans la société, ce qui peut favoriser des décisions politiques cohérentes avec les objectifs de la réglementation dans une société orientée vers un développement équitable, capable de surmonter les obstacles bureaucratiques aux entrepreneurs.

Mots clés : gouvernance réglementaire - coûts réglementaires - rationalité comme potentiel politico-administratif du processus décisionnel.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	ESTADO REGULADOR E DESAFIOS DA CONTEMPORANEIDADE	22
2.1	O Estado Regulador e os espaços de interferência governamental na ordem econômica e social	23
2.2	Regulação: um conceito polissêmico	27
2.3	A prática regulatória no cenário internacional	36
2.4	A difusão e aprimoramento contínuo do <i>Better Regulation</i> (BR)	42
3	CUSTO-BENEFÍCIO E IMPACTO DAS NORMAS REGULADORAS	48
3.1	A regulação e o princípio da segurança jurídica	50
3.2	Taxonomia do custo-benefício das normas regulatórias	54
3.3	Afetação social dos custos diretos de conformidade	57
3.3.1	Encargos administrativos e custos de aborrecimento ou irritação (Hassle Costs)	57
3.3.2	Custos substanciais de conformidade	58
3.3.3	Custos de administração e execução	60
3.4	Custos financeiros	60
3.5	Custos indiretos	61
3.6	Custos de oportunidade	63
3.7	Custos econômicos	64
3.8	Normas regulatórias, direitos fundamentais e benefícios não monetizáveis	65
3.9	Impacto cumulativo das normas regulatórias e seus efeitos na inovação e desempenho econômico	67
4	A RACIONALIDADE POLÍTICO-ADMINISTRATIVA COMO POTENCIAL AO PROCESSO REGULATÓRIO	73
4.1	Relevância da regulação jurídica	74
4.2	Agenda regulatória e previsibilidade	76
4.3	Participação, transparência e diálogo: fundamentos de legitimidade da regulação	79
4.4	Decisão regulatória e coerência normativa	84

5	OLHAR RETROSPECTIVO PARA REGULAÇÃO E SEUS POSSÍVEIS DESDOBRAMENTOS	90
5.1	<i>Regulatory Lookback</i>: conceituação, abrangência e consolidação na ambiência internacional	91
5.2	Planos de revisão retrospectiva: destaque à transparência, participação e diálogo	94
5.3	<i>Regulatory Lookback</i>: experiência internacional	97
5.4	Sedimentação e fortalecimento da avaliação das normas: desafio no campo da teoria e prática regulatória	101
6	CONCLUSÃO	106
	REFERÊNCIAS	117

1 INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas décadas, a demanda crescente por regulação enseja a proliferação de novos conjuntos de dispositivos e normas regulatórias. Nesse passo, é pertinente recordar que o equilíbrio normativo é um dos mais importantes assuntos da agenda dos estudiosos do assunto, nos últimos tempos e, não raro, coloca em xeque o papel do Estado regulador na economia.

A aferição dessas providências, cada vez mais desafiadora, fortalece a oportunidade de promover esforços para avaliar o grau de eficiência das normas regulatórias, tendo em vista produzir reflexos positivos no comportamento dos agentes econômicos, no sentido do desenvolvimento sustentável e garantia da prestação de serviços e oferta de bens com qualidade.

As funções de regulação e controle, tendo em vista o equilíbrio entre as esferas pública e privada, exigem importantes esforços na formatação de normas e instrumentos de controle que atendam a determinados níveis de qualidade e eficiência. Sob essa linha de entendimento, as atividades regulatórias, entre outros critérios, deverão corresponder a padrões de qualidade menos dispendiosos para o erário público e para o universo dos regulados (PUIGPELAT, 2004).

Num esforço de síntese preliminar, a comunhão de esforços demandará ações regulatórias que incrementem a competitividade e a eficiência para o bem-estar da sociedade.

A noção de “regulação”, em que pese, como se verá ao longo desta tese, a heterogeneidade de leituras, constitui, à exceção da atividade direta do Estado na produção de bens ou serviços, uma das espécies de intervenção do Estado na economia. Daí a lógica de se admitir o exercício da regulação como uma atividade de controle estatal na ordem econômica, decorrente da passagem do Estado produtor ao Estado Regulador.

No rol dos pressupostos teórico-dogmáticos que embasaram o novo cariz estatal, marcadamente regulatório, concebeu-se a importância de atuação do Estado na construção de um ambiente econômico estável, tendo com bússola os princípios da eficiência e segurança jurídica. A rigor este é o contexto que marca a proliferação das agências reguladoras, como entidades reguladoras, Brasil afora. Dotadas de poderes normativo, fiscalização e controle das atividades exercidas pelos agentes

econômicos, de modo a impedir e reprimir, entre outros, a concentração do poder econômico.

Se espera, por meio do exercício do poder normativo, que as agências editem normas de controle e comando na exata medida ao bom funcionamento do sistema econômico, em conformidade com os pilares da maior flexibilidade, melhor nível de prestação de serviços públicos, credibilidade regulatória, atração de investimentos, diminuição gastos públicos, tendo como norte a releitura do papel do Estado na economia.

É especialmente sobre o poder normativo que recairá o enfoque desta TESE, mais precisamente no repensar da eficiência regulatória à luz do crescimento desmesurado das normas regulatórias editadas pelas agências reguladoras, num cenário econômico e social marcadamente influenciado pela evolução de novas tecnologias e os riscos que se projetam na atualidade.

A complexidade do desafio a enfrentar, nas ambiências regulatórias nacional e internacional, impõe revisitar no seio da literatura os parâmetros atuais e desejáveis de intervenção regulatória que devem ser observados pelas agências reguladoras no processo de edição das normas regulatórias.

Diante dessas ponderações preliminares, definiu-se como questão norteadora: Quais os parâmetros desejáveis de intervenção e quais os tipos de custos associados devem ser observados no processo de edição das normas regulatórias por parte das agências reguladoras?

Admite-se, previamente, como hipóteses ao enfrentamento do problema central, as seguintes afirmações:

a) O aumento dos anseios e riscos sociais justifica, por si só, a adoção da regulação de comando e controle como medida preventiva às falhas de mercado.

b) No que concerne os diferentes custos de regulação, a Análise de Impacto Regulatório (AIR) contribui na contenção efetiva do excesso de abordagens de regulação de comando e controle.

c) A falta de sistematização de uma cultura global responsiva e vinculante dos pressupostos de legitimidade do equilíbrio normativo favorece, em maior ou menor grau, a ineficiência regulatória e, portanto, custos regulatórios mais elevados.

O tema situa-se no âmbito dos debates travados de longa data, não só no Brasil, na esteira da polarização entre defensores do Estado mínimo e Estado interventor, para alcançar o desenvolvimento econômico e social do país. Na mesma

perspectiva, encontra-se a premência de romper (ou não) com a clássica dicotomia entre os espaços público e privado, que estimula, ou rejeita a possibilidade de novo desenho das responsabilidades do Estado e da governança, e suas relações com a coletividade.

De maneira coerente com o que se expôs, não há consenso a respeito de (des)vantagens da regulação como instrumento de políticas públicas. Para os defensores, a regulação permitiria melhor coordenação de esforços e planejamento dos governos: as ações normatizadas com previsibilidade e formatadas à luz do que se espera por regulação eficiente se revestiriam em instrumentos adequados, particularmente em tempos de crise, propiciando respostas imediatas aos desafios da atualidade (HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013).

Por sua vez, os críticos entendem que a regulação distorce a atividade do setor privado, tendo o potencial de aumentar a ineficiência econômica. A profusão de regras inflexíveis e superpostas, na maioria dos casos, inibe a inovação e o progresso tecnológico (BEALES *et. al.*, 2017).

Tradicionalmente, a luta contra os excessos de regulação ocupou espaço na agenda dos liberais, cabendo recordar que a teoria econômica dominante foi erigida a partir do pressuposto de que o mercado não é capaz, por si só, de coordenar a economia da melhor forma possível e necessária. Não obstante, especialmente pelo fato de que o Estado não deixou de regular a economia, um dos fundadores da Escola de Chicago, George Stigler, adotou nova abordagem para o problema, priorizando estudos voltados à economia política da regulação, partindo do pressuposto de que existe um mercado político para a legislação reguladora.

Não é inédita a dicotomia entre mais regras e, portanto, sanções mais rígidas; e menos regras, ante os efeitos indesejáveis no desempenho econômico. Por óbvio, a tendência é de que aumente a difusão destas percepções, eis que o crescimento e ampliação do Estado são inevitáveis, o que, em tese, justifica cobertura regulatória maior e, por natureza, desafiadora (VELJANOVSKI, 2010).

Se, por um lado, não se pode ignorar o movimento crescente em defesa de medidas mais flexíveis, como autorregulação, para solução de problemas complexos, por outro, é amplamente aceito que certos tipos de comportamento (potencialmente lesivos à economia, anticoncorrenciais ou que ostentam elevada capacidade nociva à sociedade) demandam ação interventiva do Estado. Vale

lembrar que a intervenção estatal é necessária quando os altos custos de transação impedem o funcionamento adequado dos mercados (COGLIANESE; KAGAN, 2007).

Em paralelo a esses debates persistentes na comunidade acadêmica internacional, uma das preocupações dirige-se, segundo Baldwin, Cave e Lodge (2012), à proliferação de regras que caracterizam regulamentação excessiva, com reflexos nocivos para o desempenho econômico, como o atraso de liberdades gerenciais e a criação de barreiras à livre concorrência.

O aumento expressivo das normas regulatórias desperta atenções correntes na literatura nacional e estrangeira e, entre elas, o risco de que os sistemas regulatórios possam tornar-se insustentáveis a médio e longo prazo, excedendo as regras básicas e necessárias à eficiência e competitividade dos mercados. Uma norma individual pode não ter impacto significativo em dado momento; mas o processo cumulativo de normas, ao longo do tempo, pode criar obstáculos ao fluxo da inovação e crescimento econômico (BEALES *et al.*, 2017).

A regulação é um tema por definição interdisciplinar. Por sua natureza, o tema instiga reflexões de pensadores das áreas do direito, da sociologia, da economia, da psicologia (social), da história, além de outras áreas. Cada área do conhecimento traz uma abordagem e enfoque distinto para o termo “regulação”, o que indica a polissemia do vocábulo.

A literatura reconhece que regulação é ferramenta essencial ao equilíbrio do sistema econômico, assim como regulações excessivas, mal elaboradas e desatualizadas costumam ser acompanhadas de custos os quais tendem a onerar excessivamente seus destinatários e, muitas vezes, os próprios custos do órgão regulador. Todavia, o equilíbrio normativo costuma ser relegado ao debate político e, nesse sentido, as evidências apontam para o fato de que a iminência de determinado problema social tende a ser suficiente, por si só, para alimentar a carga adicional de regulação, sem a necessária e prudente reflexão para tudo aquilo que se tem (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012). Não há justificativa para lembrar que a regulação nem sempre constitui a melhor resposta para todo e qualquer problema que se apresente.

Esse complexo de fatores imprime desafios, quando se tem em mente a eficiência de atuação das agências reguladoras no exercício do poder normativo, o que instiga reflexões sobre modelo de regulação da gestão no cumprimento de suas missões.

Com base nestes esclarecimentos expostos em breves linhas, assume-se a necessidade de identificar os vetores que norteiam o equilíbrio normativo da regulação econômica, caracterizando os custos das normas regulatórias no cenário de importância crescente dos instrumentos de regulação nos diferentes segmentos de atividades econômicas e sociais, bem como os desafios para a redução dos custos normativos da regulação, tanto para os órgãos reguladores quanto para os agentes econômicos regulados.

Para alcançar os objetivos mencionados, desenvolveu-se, no plano metodológico, uma pesquisa bibliográfica na Web of Science, uma das principais bases de dados que permite o acesso a referências e resumos em todas as áreas do conhecimento, de fácil acesso por meio do portal da CAPES. Incluiu-se como área de conhecimento a multidisciplinar, no intuito de verificar a produção do tema no campo da Administração, Antropologia, Economia, Psicologia, Sociologia, Direito, Antropologia, Ciências Comportamentais e Ciência Política.

Propositamente, não se delimitou o escopo temporal da pesquisa, pois a adoção desse critério dificultaria a reunião de dados gerais em torno do tempo em que o tema passou a atrair atenção da literatura científica.

No primeiro momento, como critério de busca, foram adotadas as palavras-chave: “regulatory”, “rules” “costs”, acompanhadas do operador booleano “AND”. Vale lembrar que a utilização do operador booleano “AND” tem o propósito de definir o sistema de buscas, restringindo a pesquisa para que se logre resultados mais precisos e concernentes ao objeto que se pretende explorar.

A esse respeito, na literatura poucos estudos exploram a tipologia dos custos regulatórios como elemento essencial à eficiência e qualidade da regulação. Em relação aos demais artigos selecionados, há certa correlação de algumas abordagens com o tema desta Tese e, entre elas: i) implicação da regulação nos sistemas de tecnologia; ii) comparação quantitativa de custos regulatórios (acepção ampla) em determinados sistemas regulatórios; iii) barreiras regulatórias à prevenção da poluição e iv) mudanças regulatórias e efeitos processuais.

Ainda como critério de busca, mapeou-se na literatura nacional e internacional o tratamento ao conceito de “regulação”. Observou-se quantidade reduzida de textos que partem da análise do conceito da regulação como objeto central ou um dos aspectos do estudo. Entre as limitações encontradas, cumpre assinalar que as bases de dados disponibilizam, de forma geral, artigos recentes, não se excluindo

produção anterior de igual relevância em outras fontes de consulta, como em bibliotecas.

Na análise do conteúdo de cada artigo, buscou-se identificar como elemento a “compreensão da regulação como principal objeto de estudo”. O tema é bem explorado na literatura, mas a ênfase recai em delimitar o domínio da regulação; âmbito da atividade regulada, instrumentalização, separação de papéis entre regulador e regulado.

Levi-Faur (2011), por exemplo, destaca a neutralidade do conceito com o controle dos custos das normas; promoção de mercados competitivos ou interesses privados. Outros estudiosos, como Bardach e Kagan (1982), associam, sem maiores detalhes, os custos das normas regulatórias com o contexto institucional, particularmente a ideologia política.

A constatação de limitações nas bases de dados motivou a ampliação de outras consultas em diversas bibliotecas do Estado do Rio de Janeiro, como: Fundação Getúlio Vargas, Tribunal de Justiça, Instituto de Economia da UFRJ e Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis.

A partir do material bibliográfico obtido, foi possível explorar no seio da literatura a trajetória da regulação, reflexos institucionais e respectivos desdobramentos no controle de custos regulatórios. Identificar os fundamentos que norteiam o equilíbrio normativo da regulação econômica, com ênfase aos custos das normas regulatórias no mercado regulado, e, a partir dos elementos que definem o equilíbrio normativo da regulação econômica, examinar os desafios para a redução dos custos normativos da regulação, tanto para os órgãos reguladores quanto para os agentes econômicos regulados.

O intuito é retroalimentar a segurança jurídica e racionalidade, em articulação entre instâncias, órgãos e instituições na prestação de serviços e oferta de bens aos consumidores, sempre considerando os custos das normas.

A pesquisa bibliográfica (teórica) constituiu o meio de investigação predominantemente escolhido e, nesse sentido, a análise do tema foi realizada com base em material internacional e nacional publicado em livros, revistas, jornais, redes eletrônicas, além de todos aqueles de fácil acessibilidade. Segundo Vergara (1998), recorre-se à pesquisa bibliográfica quando para a fundamentação teórico-metodológica do trabalho há necessidade de utilização de material acessível ao público, como livros, artigos e balanços sociais já publicados.

Como ressaltado da contribuição de Demo (1995), percebe-se que a pesquisa teórica é dedicada a reconstruir conceitos, ideias, ideologias, polêmicas, tendo em vista, em termos imediatos, aprimorar fundamentos teóricos. Por sua natureza, a rigor, seu foco não é intervir na realidade; nem por isso perde sua importância no universo do avanço do conhecimento, eis que desempenha papel decisivo ao estabelecer condições muito significativas para a condução de futuras pesquisas. Vale lembrar que o conhecimento teórico adequado não é imune de rigor conceitual, desempenho lógico, argumentação diversificada e capacidade explicativa e nem sempre é dependente da empiria.

No tema em exame na presente Tese, o pressuposto é de que a regulação abarca várias formas de relacionamento entre o Estado e a sociedade. Na realidade, a atividade regulatória se assemelha a um jogo, que envolve vários participantes, detentores de diferentes graus de conhecimento para determinadas escolhas, que podem culminar (ou não) na alocação eficiente e justa dos recursos.

Nesse passo, um modelo regulatório promissor é aquele que ostenta compromissos confiáveis e instrumentos regulatórios exequíveis e coerentes com o mercado regulado, eis que a eficácia e credibilidade de determinado marco regulatório e, pois, sua capacidade de incentivar e facilitar investimentos varia de acordo com a natureza das instituições políticas e sociais de um país (VELJANOVSKI, 2010).

Sob o ângulo social, deseja-se propiciar subsídios a que, por meio da eficiente regulação, se promova desenvolvimento sustentável, na feição de respeito aos direitos dos diferentes atores sociais quanto à segurança jurídica, participação na definição de políticas públicas regulatórias, incremento de investimentos, bem como no acesso a bens e serviços de qualidade.

Sob o critério da atualidade, o estudo pode situar-se entre aqueles que pretendem colaborar para a solução de problemas contemporâneos que afligem agentes econômicos e consumidores de bens e serviços, num cenário de competição acirrada e de elevados custos das normas, em que nem sempre todos os interessados são devidamente contemplados.

A concepção e a aferição de desenho institucional e organizacional regulatório correto é crucial para melhorar o bem-estar da sociedade, cabendo sublinhar que, em regra, tais estruturas deveriam estar projetadas para minimizar os altos custos regulatórios e efeitos perversos na sociedade.

Ademais, em se tratando de estudo acadêmico, pretende-se fortalecer estudos já desenvolvidos pelo grupo de Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento, Instituto de Economia, da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Para aportar elementos de resposta à questão central aqui postulada, foi necessário a construção de quatro passos de análise conceitual subsequentes, interligando: i) as diferentes visões e os desafios contemporâneos da regulação; ii) os distintos custos associados às normas regulatórias; iii) a racionalidade político-administrativa que abarca o processo de regulação e iv) os principais atributos regulatórios desejáveis para o exercício da ação reguladora.

Isto posto, esta TESE está organizada em quatro capítulos – além da conclusão – cuja estrutura é descrita a seguir e que refletem exatamente esse quatro passos de análise destacados

No Capítulo 2, sob o título “ESTADO REGULADOR E DESAFIOS DA CONTEMPORANEIDADE”, são analisadas as novas atribuições do Estado, num cenário de transição estatal às funções reguladoras e seus efeitos às estratégias políticas e ao interesse público, finalizando-se com a análise do conceito “regulação” no âmbito da literatura contemporânea e respectivas perspectivas de estudo, no campo prático e teórico.

Impõe-se neste novo modelo de governança estatal, particularmente a partir do amadurecimento da nova cariz regulatória do Estado, explorar a difusão e o aprimoramento do *Better Regulation* no rol das práticas concernentes ao planejamento racional das políticas públicas, que, por sua vez, permearão a racionalidade normativa regulatória.

No Capítulo 3, intitulado “CUSTO-BENEFÍCIO E IMPACTOS DAS NORMAS REGULATÓRIAS”, aborda-se, em breves traços, o delineamento dos custos e benefícios das disposições regulatórias e concernentes impactos à sociedade, incluindo-se os efeitos dos impactos cumulativos das normas na inovação e no desempenho da economia.

No Capítulo 4, com a designação de “A RACIONALIDADE POLÍTICO-ADMINISTRATIVA COMO POTENCIAL AO PROCESSO REGULATÓRIO”, a ênfase recai no exame dos atributos que permeiam a racionalidade e segurança jurídica do processo regulatório normativo. Esse é o caminho de preparação, coordenação, direção e equilíbrio que se espera entre Estado e sociedade no contexto da pós-modernidade.

No Capítulo 5, cognominado “OLHAR RETROSPECTIVO PARA REGULAÇÃO E SEUS POSSÍVEIS DESDOBRAMENTOS”, examinam-se: conceituação, abrangência e consolidação da avaliação retrospectiva na ambiência internacional, a lógica da formação dos planos de revisão a partir dos vetores da transparência, participação e diálogo – ora explorados no Capítulo 4.

Ao final, apresentam-se conclusões e sugestões, buscando subsidiar a compreensão de que o processo regulatório normativo é consentâneo com a racionalidade da regulação propriamente dita. Em última análise, aos compromissos finalísticos assumidos pelo Estado na reconfiguração de suas funções.

2 ESTADO REGULADOR E DESAFIOS DA CONTEMPORANEIDADE

Os desafios emergentes, no cenário da internacionalização dos mercados, do aumento exponencial do conhecimento técnico e da difusão das comunicações, além de outros fatores, favorecem a propagação de redes de reguladores, como aqueles que atuam concorrentemente sobre problemas cada vez mais transfronteiriços, localizados, seja no plano horizontal, ou vertical, em torno de jurisdições nacionais ou internacionais.

Espraiou-se pelo mundo o reconhecimento da importância de criação de instituições reguladoras para monitorar o comportamento e desempenho das atividades monopolistas, no contexto de complexa rede de expectativas pluralistas, dispersas entre diferentes atores e níveis de governo.

Esse dado da realidade, de acordo com Baldwin, Cave e Lodge (2012), levanta uma série de questões e, entre elas, a dificuldade de respostas precisas à indagação: Afinal, quem regula o quê?

Por sua natureza, o fenômeno não é imune à colisão de forças políticas e econômicas hegemônicas em cada país, especialmente devido ao policentrismo das sociedades. O dinamismo do macroambiente deriva da interação de influências políticas, sociais e econômicas, que, não raro, atingem o cenário regulatório e podem suscitar leituras díspares sobre a concepção de regulação e de um ambiente propício a divergências na interpretação da linguagem regulatória, de seus reflexos e desdobramentos na prática institucional, perspectivas normativas e limitações existentes.

Decorre dessa complexidade a justificativa de explorar como regulação é tratada na literatura contemporânea, em seu diálogo com outras áreas do saber, com destaque a aspectos como os seguintes: i) quem regula? ii) atividade (s) regulada (s); iii) separação de funções e competências entre regulador e regulado; iv) instrumentalização da atividade regulatória.

A rigor, trata-se do esforço de compreender a estrutura organizacional da regulação e respectivas hierarquias, as quais, em regra, são projetadas para encontrar e manter o equilíbrio entre os custos gerados pela regulação normativa e os benefícios promovidos aos regulados, melhorando a eficiência da economia.

É importante lembrar que a regulação envolve vários atores que apresentam distintos graus de conhecimento e informação no processo de formação de suas

escolhas, nem sempre aptas à alocação eficiente e justa de recursos. Isso porque, na prática, concorrem incentivos implícitos e explícitos, os quais se desdobram no plano das normas regulatórias. Torna-se, pois, imperativo conhecer cada um destes atores e o respectivo grau de responsabilidade na estrutura regulatória.

Com o propósito inelutável de delimitar a abrangência da reflexão e melhor compreensão do estado da arte da regulação, confere-se prioridade a expor o panorama geral teórico que fundamenta a intervenção do Estado na economia, bem como os principais desafios da agenda regulatória e o que se espera em termos de construção de cenários mais estáveis e seguros juridicamente ao desenrolar das relações sociais e econômicas.

O Capítulo segue estruturado da seguinte forma. A seção 2.1 tem por objetivo examinar, a partir de fatos históricos marcantes, o processo da transformação da Administração Pública, num cenário de transição para novas responsabilidades e articulação entre Estado, suas organizações, iniciativa privada e sociedade civil, para a consecução de atividades orientadas para gerar benefícios à coletividade. Na sequência, a seção 2.2 explora como o conceito "regulação" é interpretado no âmbito da literatura contemporânea, nacional e internacional. A seção 2.3 expõe especificamente como a regulação vem sendo trabalhada sob várias perspectivas de estudo, incluindo seus desdobramentos no campo prático. A seção 2.4 se dedica a traçar breves considerações da influência do *Better Regulation* no mundo permeado por novos desafios nem sempre previsíveis.

2.1 O Estado Regulador e os espaços de interferência governamental na ordem econômica e social

Ao longo das três últimas décadas do século XX, houve importante transformação no ambiente socioeconômico de muitas nações capitalistas avançadas, sob o enfoque do estilo de governança do Estado (YEUNG, 2010). A rigor, a interferência direta na ordem econômica e social, incluindo a produção deliberada de normas jurídicas a serem aplicadas aos diferentes segmentos da sociedade, não se reputava mais adequada às exigências da pós-modernidade.

Historicamente, no pós-guerra, Majone (1997, p. 139-141) relata que muitos governos concederam prioridade à reconstrução e estabilização macroeconômica, sob a premissa de que o Estado deveria incidir no planejamento macroeconômico,

tendo em vista a redistribuição e estabilização do mercado. Para cumprimento satisfatório dessas funções, muitos entes estatais expandiram seu controle sobre significativos segmentos, prioritariamente na indústria, replicando, mais tarde, tal rigor hierárquico sobre a máquina administrativa.

Segundo Puigpelat (2004), o cenário em tela foi gradativamente afetado pela necessidade de redução da dívida externa e dos níveis de inflação e desemprego, por intermédio da abertura do mercado, tendo em vista o incremento das atividades econômicas, a criação de novas e poderosas estruturas empresariais descentralizadas e organizacionais, em rede (corporações transnacionais). Com a evolução tecnológica, o sistema econômico mundial tirou proveito da redução expressiva dos custos de transporte e de comunicação, com a economia mais integrada e competitiva. Por seu turno, o ente estatal teve enfraquecida sua capacidade de intervenção na economia, nos moldes anteriores.

A essa altura, Moreira Neto (2011) sublinha que o Estado coexistia com outros centros de poder, internos e externos, na consecução de atividades primordiais ao bom funcionamento da economia.

Passa a ser incontestável o crescente engajamento das empresas multinacionais em áreas de interesse público, bem como o envolvimento cada vez maior em assuntos estratégicos que não se restringem às tradicionais orientações finalísticas vocacionadas apenas à obtenção ao lucro. Para enfrentar os desafios da inevitável competição global, as estratégias das empresas vinculam as metas ao êxito econômico, sem perder de vista a responsabilidade com o interesse público, inclusive na expectativa de otimizar a imagem empresarial perante o público consumidor (MENDES, 2018a).

Os elementos explicativos deste último aspecto podem ser encontrados no decorrer dos anos 1980, quando diversos programas de privatização de ativos estatais já ocupavam a agenda de várias unidades políticas. Paulatinamente, ficou claro o novo conceito de intervenção, sob o pressuposto de que a proteção contra a concorrência deveria transformar-se em política deliberada de incremento empresarial e preparo do país para a competição generalizada. Como materialização desse contexto marcadamente desenvolvimentista, Estado e mercado passaram a ser concebidos como atores complementares de coordenação e operação econômica.

Ao mesmo tempo, a constatação de que muitas indústrias mantiveram fortes atributos monopolistas favoreceu a aceitação da ideia de que era necessário algum tipo de supervisão regulatória, o que levou muitos países a vestirem a roupagem “regulador independente”, como novo estilo de governança (YEUNG, 2010).

Não obstante a longa história da regulação, como se verificou nos EUA¹, a proliferação das agências reguladoras começou a atrair atenção da literatura nacional e internacional (BLACK, 2002). Concomitantemente, muitos governos deram impulso aos programas reformistas, no intento de transformar: i) a administração pública na unidade mais racional e menos burocrática possível, ii) a prestação de serviços, para torná-los mais aptos e responsivos às forças competitivas do mercado. Como exemplo no cenário pátrio, boa parte dessas teses constituiu o alicerce do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, realizado no Brasil, anos 1990.

Na prática, assiste-se a progressivo esvaziamento da antiga tendência à concentração de poder do Estado produtor de bens e serviços, em favor de parcerias, sob a premissa de que, em certos setores, não mais se justifica a clássica dicotomia entre gestão e produção pública e privada. De uma clássica estrutura vertical, predominantemente burocrática e estatizante, passa a prevalecer novo tipo de interação, desenhado horizontalmente sob o signo da governança cooperativa (CHEVALLIER, 2009).

Num contexto marcado pela celeridade na evolução dos saberes oriundos das mais distintas esferas da sociedade, a eficácia dos instrumentos jurídicos, em particular, a norma regulatória, passa a ser mais dependente do consenso, sob o pressuposto de que os destinatários são partes integrantes de seu processo de formação, restando, pois, ultrapassada a clássica leitura de que a norma deve ser elaborada simplesmente como comando obrigatório e imposto a todos, por meio de sua força coercitiva. Nas palavras de Chevallier (2009), a participação dos múltiplos atores no processo de elaboração da regra torna-se condição assecuratória de sua legitimidade.

Segundo Freitas (2011), o grande desafio é conciliar a garantia da prestação dos serviços públicos com a regulação, sob os ideais de justiça e democracia. Compete ao Estado, garantidor, por excelência, da ordem, paz e justiça social,

¹ Para maiores esclarecimentos, remetemos a leitura da seção 2.3.

atender as exigências da economia global e, ao mesmo tempo, gerar benefícios à coletividade.

Na leitura de Freitas (2011, p. 91), a alteração de paradigma de um Estado paternalista para um Estado regulador e compensador dos desequilíbrios econômicos é associada a intensa fragmentação administrativa do Estado:

- i) orgânico-funcional sentida na própria Administração Pública, com a transferência de tarefas do Estado central para pessoas jurídicas ou órgãos institucionais, territoriais ou institucionais descentralizados;
- ii) das atividades econômicas e de prestação de serviços da Administração Pública, com a incorporação de novos agentes que passaram a desempenhar atividades de expressivo interesse público, antes conduzidas diretamente pelo próprio estado;
- iii) do sistema jurídico, com o alargamento de novos instrumentos jurídicos (vinculações jurídico-administrativas) e adoção maior de meios jurídico-privados de atuação pela Administração Pública, exigindo-se a coordenação de esforços entre Estado, cada vez mais pluralista, e sociedade.

Em sentido semelhante, Puigpelat (2004) sublinha que essa mudança de paradigma exigiu a substituição de boa parte dos instrumentos jurídicos verticais e hierárquicos por instrumentos mais flexíveis e consentâneos com o dinamismo subjacente à nova lógica econômica. Para o autor mencionado, as normas jurídicas devem apresentar determinados níveis de qualidade e, ao mesmo tempo, menor ônus não só para as empresas, como também para o erário e sociedade em geral. Nesse passo, alcança espaço marcante o repertório de iniciativas de simplificação normativa e procedimental, por exemplo, a supressão de procedimentos duplicados e de trâmites burocráticos desnecessários, entre muitos outros.

Nesse complexo movimento evolutivo, *“o Estado não se põe mais como ator (exclusivo), mas como árbitro do processo econômico”* (CHEVALLIER, 2009, p. 73). Para Braithwaite (2000), a nova feição estatal regulatória faz mais direção do que remo, sendo metaforicamente comparada com o estado de um “vigia noturno”. Dito de outra forma, conquanto não abdique de suas funções tradicionais inerentes à integração social, o Estado regulador, ao se reposicionar em relacionamento e harmonia com outros atores, não deixa de se imiscuir integralmente na economia, assumindo a gestão dos riscos e serviços públicos coletivos.

No entendimento de Moreira Neto (2011), tem-se aqui reposicionamento do Estado nas complexas relações em rede, mais contínuas e complexas, que demandam atuação estatal fluida, coerente, articulada e responsiva aos novos valores da era global. Sem abdicar das prerrogativas de defesa do interesse público, a eficiência do Estado repousa mais na coordenação e estímulo do que no estabelecimento de voz de comando para cumprimento de obrigações. Sob essa perspectiva, em contraponto às antigas prerrogativas autoritárias de poder, propugna-se um Estado orientado preponderantemente ao fomento.

Em consonância com a interpretação de Loughlin e Scott (1997), a presente substituição de paradigma inspirou segmentos da comunidade acadêmica a propagar a noção de Estado Regulador, como estilo distinto de governança. Entretanto, a partir das dificuldades encontradas ao longo do caminho - problemas de ordem prática e teórica - emergiram diferentes pontos de vista (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012), como se verá com mais vagar nas próximas seções.

2.2 Regulação: um conceito polissêmico

A evolução do modelo de governança, exposta em síntese no item precedente, remete à análise mais detalhada do conceito de regulação. Segundo Levi-Faur (2011), o termo regulação é empregado no seio de miríade de propósitos discursivos, teóricos e analíticos, o que dificulta a sistematização e formulação de conceito único. Por isso, o tema instiga a curiosidade intelectual e demanda esclarecimentos, especialmente quanto aos valores subjacentes à polissemia conceitual e ao eventual intento de harmonização e criação de novos padrões de ordenação e controle das sociedades pós-modernas.

Selznick (1985) define regulação como controle sustentado, exercido por agência pública sobre atividades valorizadas por uma comunidade, que reconhece a importância da proteção e controle efetivo das mesmas pelo Estado. Nessa linha de entendimento, a natureza da maioria das empresas reguladas situa-se na condição de pessoa jurídica privada, embora alguns órgãos e entidades integrantes da Administração Pública, como hospitais, faculdades e empresas prestadoras de serviços públicos, estejam também sujeitos à regulação.

Em sentido semelhante, Mitnick (1980) admite que a regulação constitui forma de intervenção controlada no comportamento dos diversos atores individuais ou

corporativos; porém, de alguma forma, deve haver acordo coletivo quanto ao domínio alcançado pela regulação. Na prática, pode representar policiamento de atividades privadas (econômicas ou sociais), sem prejuízo do controle sobre as atividades intragovernamentais. O autor mencionado reforça que, não obstante se trate de atividade afeta ao domínio estatal, os atores privados podem regular-se e a entidade reguladora deve atuar mantendo equidistância do setor regulado.

Lodge e Koop (2017) mencionam estudos que destacam a atividade regulatória envolvida em relacionamentos que abrangem, tanto a regulação pública tradicional de atividades privadas, quanto aquela que abarca um número maior de relações, envolvendo os domínios público e privado.

Relembrando as lições de Majone (1994), há certo consenso na literatura de que o surgimento de órgãos reguladores especializados, como entidades insuladas dos departamentos ministeriais, setores regulados e empresas prestadoras dos serviços públicos e atividades econômicas stricto sensu, é uma das principais características do estado regulador.

Por seu turno, Levi-Faur (2011) chama atenção para a proximidade de relações entre a regulação e a existência de agência reguladora, assinalando que aspectos como funcionamento, características, falhas e méritos da regulação por agências ocupam boa parte das agendas de pesquisas.

Em alusão à “associação” entre a figura institucional da agência reguladora e falhas e mérito da regulação, é importante rememorar os achados de Posner (1974), quando destacou que, até 1974, não havia qualquer teoria conclusiva demonstrando que as agências reguladoras são entidades menos eficientes do que outras organizações. No seu entender, não se sustentavam, por razões óbvias, diversos pontos de vista, com destaque para: i) a premissa que considera os funcionários das agências menos aptos, se comparados com os que laboram no setor privado em funções equivalentes, sob a suposta alegação de que haveria certo desequilíbrio remuneratório, ignora o fato de que os serviços prestados no âmbito da agência podem contribuir para o progresso deste funcionário, (dentro ou fora da agência), com reflexos remuneratórios. Logo, não há razão que legitime à reformulação teórica à luz da inaptidão burocrática; ii) a crítica dispensada às agências de que elas não se dedicam ao exercício de planejamento, mas, ao revés, acabam elaborando políticas públicas por meio de resoluções de conflitos, não procede ante a dificuldade natural de se antever o futuro; iii) reforça que as agências reguladoras

não estão imunes ao controle externo; ou seja, o diretor deve prestar contas de suas atividades públicas aos poderes Legislativo e Executivo, e iv) com relação à suposta associação da eficiência para a efeitos de, maior ou menor, participação no orçamento, não se formulou qualquer teoria conclusiva de que as agências reguladoras são entidades menos eficientes do que outras organizações.

Partindo de leitura mais funcionalista, Mckie (1970) define a regulação como aquilo que os reguladores fazem. Apesar de denotar singeleza, o conceito traz a lume um número de variáveis econômicas e políticas que afetam o dia a dia de uma empresa, a qual, por excelência, conduz à melhor estratégia de decisão na execução de seus assuntos internos e relações mantidas com o público externo. Tal comportamento desencoraja aqueles que tentariam controlar o dinamismo empresarial, via planos predeterminados.

Todavia, Noll (1980) é enfático ao demonstrar que o controle sobre essas variáveis, por meio do gerenciamento da empresa, não costuma ser completo, ainda que goze de acesso simétrico às informações e autoridade interna. Sob esse ângulo de análise e no que se refere ao regulador, o autor admite que, idealmente, o intuito da regulação é fazer com que a empresa atue em conformidade com determinados critérios de desempenho, preservando-se os assuntos intimamente ligados ao gerenciamento empresarial. Em outras palavras, a tarefa dos reguladores seria menos suscetível às complicações, se houvesse correspondência mecânica e isolada entre os elementos que norteiam os critérios de conformidade e a dimensão de desempenho que os reguladores desejam afetar.

Com efeito, os reguladores tendem a lançar mão de uma variedade de critérios pretensamente rotulados como de bem-estar, embora nem sempre coerentes entre si, sem contar as complicações oriundas das interconexões entre as variáveis de decisão; por exemplo, quando se tenta controlar variáveis adicionais, como desempenho de custo.

Conforme análise de Noll (1980), a regulação é uma das principais ferramentas que os governos usam para controlar os agentes econômicos e melhorar a economia, atuando como árbitros das transações realizadas por outros agentes. Mckie (1970), em alusão aos problemas subjacentes aos efeitos da regulamentação estatal, compreende a regulação como verdadeiro pântano de regras e controles em constante expansão. O monitoramento e aplicação dessas normativas, segundo Levi-Faur (2011), podem ser conduzidos por atores sociais,

empresariais e políticos sobre os outros atores de semelhante ou igual natureza. Na compreensão de Ogus (1994), os meios legais são os instrumentais vocacionados à correção das deficiências de mercado.

Na esteira das concepções mais restritas, que caracterizam a regulação como mandato legal apoiado pela possibilidade de sanções, Hood, Rothstein e Baldwin (2001) destacam três iniciativas e respectivos instrumentos operacionais, a saber: i) estabelecimento de padrões referentes ao que se pretende no setor; ii) coleta de informações para detectar eventuais diferenças entre a prática e o que se estabeleceu como pretendido; iii) implementação de medidas para alinhar comportamentos e estratégias adotadas aos padrões e procedimentos estabelecidos.

Black (2002) menciona a persistência do equívoco de associar a regulação à ambiência das regras, eis que ainda prosperam entendimentos de que regulação se concentra unicamente na capacidade estatal de comando e controle. Na tentativa de amenizar a contraposição da sociedade em relação ao Estado, a autora relembra a presença de algumas análises que apresentam diagnósticos descritivos e prescritivos para os fracassos decorrentes da atuação centrada do Estado. São abordagens que, embora centradas na capacidade estatal, levam em consideração a natureza das interações entre diferentes agentes no seio da sociedade, o que requer o entendimento do sentido e alcance da regulação, em paralelo à compreensão clara de como o Estado deve agir para alcançar seus objetivos.

A esse respeito, retomando as contribuições de Levi-Faur (2011), é pertinente recordar que alguns estudos compartilham a ideia de que a regulação compreende primordialmente a elaboração de regras, mas são os estudiosos do Direito que mais concebem a regulação como instrumento legal. Hood, Rothstein e Baldwin (2001) ampliam essa percepção, incluindo alguns atributos, como as atividades de aplicação e o monitoramento de regras.

Como se nota, há certas nuances na convergência de entendimentos quanto à importância e finalidades da atividade regulatória centrada no ente estatal, admitindo-se que o Estado é a pessoa jurídica potencialmente eficaz no comando e controle da sociedade.

Por outro lado, em conformidade com Howlett, Ramesh e Perl (2013), os críticos entendem que a regulação distorce a atividade do setor privado, tendo o potencial de aumentar a ineficiência econômica, com uma profusão de regras

inflexíveis e superpostas, que até inibem a inovação e o progresso tecnológico. Ademais, o que parece mais grave: pode favorecer a captura dos reguladores pelo segmento regulado, culminando em decisões e *outcomes* não esperados.

Não se pode perder de vista que a compreensão do que se entende por regras regulatórias também é um dos aspectos adicionais ao estudo da regulação que sofre fortes embates na literatura e, não raro, polariza os debates acadêmicos até os dias atuais. De um lado, defende-se que a regulamentação inclui, desde a legislação primária, até normas sociais e profissionais; por outro, segundo Levi-Faur (2011), o estudo das regras regulatórias abarca o rol de regulamentações editadas por uma agência que possui delegação legal para tanto.

Adicionalmente, o embate se projeta aos efeitos práticos das regras regulatórias. Bardach e Kagan (1982) lembram que o autoritarismo estrito, regras irracionais e práticas caprichosas de aplicação de sanções estão associadas ao formalismo regulatório e, na maioria dos casos, impõem custos desnecessários e fomentam relações adversariais entre reguladores e regulados.

Nessa linha de raciocínio, Black (2002) sublinha alguns efeitos nocivos da regulação, decorrentes da aplicação das leis apoiadas por sanções, as quais, na maioria das vezes, apresentam vícios de formação. Para a autora, os governos carecem de informações suficientes e necessárias que lhes permitam identificar as causas dos problemas que acometem às sociedades e, por consequência, acabam projetando sanções inapropriadas, rígidas e descontextualizadas.

Decorrem daí as principais deficiências da regulação, a saber: i) estratégias onerosas e ineficazes, ii) regulamentos inflexíveis que encorajam distorções; iii) regulamentos que levam ao descumprimento pelos regulados e, na maioria das vezes, estimulam conformidade criativa; iv) regulamentos que representam obstáculos à inovação, v) o aumento das regras que representa verdadeiro desafio para o sistema de controles democrático, judicial, parlamentar e administrativo.

Diagnósticos corriqueiros de falhas regulatórias sugerem, na compreensão de Black (2002), repensar a regulação como processo de coordenação, direção e equilíbrio de interações entre sociedade e Estado, adotando procedimento aberto e flexível para a criação de novos padrões de interação, que permita, por meio de diversas estratégias, a adaptação dos sistemas sociais existentes.

Ao mesmo tempo, não se deve confundir a função regulatória com outras competências do Estado; sendo aconselhável, nas análises de Lodge e Koop (2017), certo cuidado com acepções amplas.

Mesmo assim, Breyer (1982) aponta que distinguir a ação reguladora do domínio da atividade governamental é de difícil precisão e, por isso, não imune a controvérsias. Segundo Lowi (1964), a política regulatória abrange tipo específico de intervenção política, eis que possui formas identificáveis e padrões de conflito político que se distinguem dos padrões associados às políticas de distribuição e redistribuição; à regulação compete direcionar o fluxo de eventos e controle de comportamentos, em oposição a fornecer e distribuir.

A percepção da regulação como estilo distinto de governança parece clara na análise de Noll (1980), quando descreve a regulação não apenas como aquilo que os reguladores fazem, mas também como processo associado aos procedimentos de tomada de decisão, os quais diferem de outros tipos de ações governamentais.

Em decorrência, o autor assinala a importância do conhecimento dos procedimentos regulatórios, diante do possível dimensionamento da natureza das decisões regulatórias que serão tomadas e estimativa, em termos de impacto, das diferenças decisórias entre a regulação e outras políticas. Além disso, como ilustra Joskow (1974), as características do processo regulatório podem ser utilizadas como critério para aferir o desempenho do setor regulado.

Todavia, definições amplas de regulação prosperam na literatura e, não raro, alcançam os diversos mecanismos de controle social e, ainda, normas flexíveis, como a *soft law*, incluindo processos não intencionais e não estatais. Para Black (2002), definições amplas de regulação são coerentes com a concepção descentralizada da regulação. Tal modalidade de análise tem como núcleo a existência e a complexidade de interações e interdependências entre os atores sociais e com o governo no processo regulatório. Em outras palavras, tanto a sociedade, quanto o governo apresentam necessidades e capacidades para sanar determinado problema e, por isso, são mutuamente dependentes.

Essas interações não se limitam às fronteiras nacionais e alcançam horizontes mais distantes, como ocorre na regulação multinível, forma híbrida, pela qual a autoridade regulatória é alocada em diferentes níveis territoriais: supranacional, nacional, regional e local.

A esse respeito, Levi-Faur (2011) defende que as abordagens descentralizadas da regulação fortalecem a complexidade, a fragmentação, as interdependências e os fracassos do governo e, ainda, se mostram sugestivas quanto aos limites das distinções entre o público e privado e entre o global e nacional. Nessa vertente de análise, a divisão de trabalho pode envolver diversos atores, admitindo até mesmo a autorregulação, prática regulatória reconhecida na literatura, em cujo espectro o regulador também ocupa o status de regulado. Na sequência, o autor em tela assinala relações entre regulador e regulado, mediadas por um terceiro, que atua como regulador independente ou semi-independente, como a auditoria.

De acordo com o estudioso referido, a sociedade atua, em maior ou menor grau, como regulador, eis que, conscientemente ou não, o indivíduo constitui-se como guardião da ordem social. Todavia, em menção à capacidade regulatória, adverte que é possível encontrar uma classe distinta de reguladores; por exemplo, a ativação de funções regulatórias e a crescente autonomia que tais entidades denotam transformações da burocracia do Estado pós-moderno e, de fato, da burocracia privada, bem como de uma regulocracia.

Para efeitos práticos, o conceito abraça os mecanismos que não só oriundos da atividade estatal e, tampouco parte de qualquer arranjo institucional, por exemplo, explicitam os efeitos dos mercados sobre o comportamento. Há uma lista expressiva das mais diversas atividades (entrada, saída, comportamento, custos, conteúdo, preferências, tecnologia, performance) que podem ser abrigadas pela definição, mesmo que desprovidas, parcial ou totalmente, de mecanismos efetivos de monitoramento e fiscalização.

A defesa de concepção que abarque todo e qualquer tipo de força social, como elementos não intencionais, inibe, na percepção de Black (2002), a tendência a pensar na regulação como local específico de atividade social e de constante investigação. Se, por um lado, admite-se que os padrões de interação de atores, assim como as normas sociais, questões culturais, tecnologias e visões globais, influenciam determinados sistemas regulatórios; por outro, não é correto afirmar que eles devam ser propriamente rotulados como reguladores, sob pena de se igualar inadvertidamente a regulação a qualquer forma de controle social.

Com base nessas ponderações, Black (2002) define regulação como tentativa sustentada e focada com propósito de alterar o comportamento de outrem, de

acordo com os padrões ou propósitos definidos, com a intenção de produzir um conjunto amplo de resultados, podendo envolver mecanismos de padronização, coleta de informações e modificação de comportamento. O conceito, no entanto, não restringe essa atividade à exclusividade da atuação estatal.

Para Scott (2002), regulação é um processo ou conjunto de processos pelos quais as normas são estabelecidas, implementadas, monitoradas e avaliadas. Há estratégias que viabilizam a retificação de ações e o seu realinhamento, no intuito de manter o comportamento dos atores dentro do sistema.² Na visão de Lobel (2004), trata-se de abordagem conectada amplamente com a agenda de pesquisa sobre governança e o novo estado regulador – cuja ênfase reside nas formas plurais de regulação, as quais alcançam interesses diversos e fontes de controle em torno de questões sociais e instituições.

Ainda que se reconheça a importância de sentido amplo de regulação, coerente com o pluralismo das sociedades pós-modernas, Levi-Faur (2011) revela inclinação de limitação do debate a certas categorias de normas. Em seu entendimento, a regulação inclui a promulgação de regras prescritivas burocráticas e administrativas pelos órgãos reguladores, bem como monitoramento e aplicação das mesmas por atores sociais, empresariais e políticos sobre outros atores sociais, empresariais e políticos. Por óbvio, não ostentam natureza regulatória as normas formuladas diretamente pelo legislativo (leis primárias) ou pelos tribunais (jurisprudência ou sentença). Isso não exclui os poderes Legislativo e Judiciário como motores da expansão regulatória.

Como lembra Veljanovski (2010), não obstante os estudos e pesquisas sobre o tema, a regulação cada vez mais apresenta complexidades, no contexto do inevitável crescimento do Estado. A necessidade de ponderação dos interesses híbridos envolvidos e a crescente explosão regulatória culminaram, segundo entendimento de Levi-Faur (2011), na consolidação de novo tipo de agência reguladora, titulada por agência de integridade - entidade vocacionada para tratar de questões morais presentes na esfera pública, como os órgãos autônomos de controle da corrupção, instituições eleitorais independentes, agências de auditoria e ouvidorias de direitos humanos.

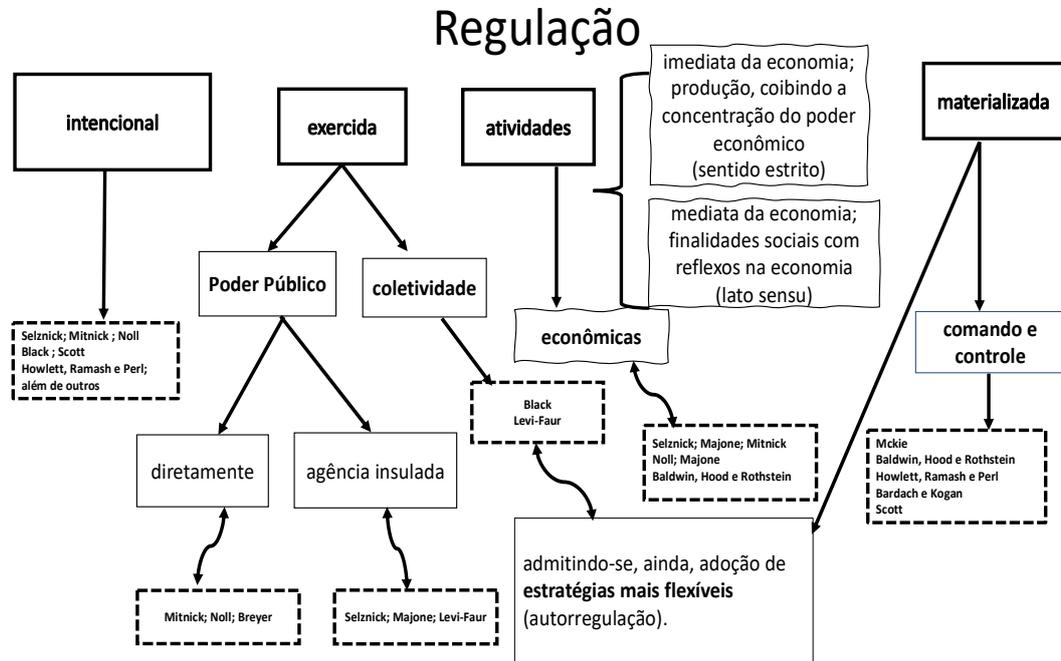
²Sobre o tema, Cunha (2018) sublinha que, na prática, a regulação funciona como um terreno interativo, fluido, não linear e multicêntrico e, dessa forma, imprime melhores efeitos mais sistematicamente do que de maneira estática e determinística.

Por evidente, a tentativa de formular definição clara de regulação abarca múltiplos campos de pesquisa, envolvendo, além da economia, as ciências jurídicas e sociais. Entretanto, nesse esforço é preciso cuidado para evitar o risco de perder-se, adotando apenas rótulo diferente para a tradicional compreensão fragmentada de regulação. Mais do que adoção de rótulos, o desafio, sob a ótica de Black (2002), é desenvolver um conceito claro e descentralizado de regulação que permita auxiliar na compreensão de valores e das relações sociopolíticas contemporâneas, incorporando dialogicamente a ponderação entre “poder, autoridade e legitimidade”, cujos efeitos imprimirão maiores desafios no plano das normas regulatórias.

Na demonstração abaixo, segue explicitado, à luz da literatura internacional, o desdobramento do conceito de regulação, a partir dos seguintes critérios: i) intencionalidade; ii) quem exerce a atividade regulatória, iii) âmbito de incidência e iv) como ela se exterioriza (materializa).

Do exame dos textos consultados, é válido conceituar a regulação estatal da economia como conjunto de normas (primárias, administrativas ou convencionais), bojo das quais o Estado (diretamente ou por meio de agência insulada) e/ou a coletividade, controla (de maneira restritiva ou meramente indutiva), o comportamento dos agentes econômicos, de modo a resguardar o bom funcionamento da economia, quer seja por meio da atuação imediata sobre a produção, circulação ou consumo de mercadorias, quer seja, de forma mediata, na busca pela realização de finalidade sociais, com reflexos na economia.

Mapa conceitual 1 – Resumo das contribuições da literatura internacional na compreensão da regulação.



Fonte: Elaborado pelo autor

2.3 A prática regulatória no cenário internacional

A proliferação das agências reguladoras modernas coincide com movimentos políticos, econômicos e sociais de superação do arcabouço institucional do capitalismo liberal puro. Nesse contexto, segundo Binenbojm (2005) onze agências foram criadas entre a elaboração da Constituição e o fim da Guerra Civil; seis agências surgiram entre 1865 e a virada do século; nove agências foram constituídas entre 1900 e a Primeira Guerra; outras apareceram entre 1918 e a Grande Depressão de 1929.

É no período de implementação do *New Deal*, que foram instituídas dezessete entidades reguladoras, com as características que se projetam até hoje (*Federal Home Loan Bank Board, Federal Deposit Insurance Corporation, Securities and Exchange Commission*, dentre outras). É neste contexto que ganha realce a noção de Administração Pública insulada de influências políticas, caracterizada por sua capacidade de responder de forma eficiente às demandas sociais cada vez mais complexas.

Entretanto, não se deve perder de vista que as primeiras sementes regulatórias intervencionistas foram lançadas entre as últimas décadas do século XIX e as primeiras décadas do século XX. Para ilustrar, o transporte ferroviário, indústria expressiva da época, foi submetido à regulação pelo *the Elkins Act* (1903), o *the Hepburn Act* (1906) e o *the Mann-Elkins Act* (1910), os quais limitaram o poder das companhias ferroviárias no controle de preços e rotas. Ressalta-se que, por meio do *Transportation Act*, de 1920, atribuiu-se poderes à *Interstate Commerce Commission* (ICC), considerada a primeira agência reguladora norte-americana, para dispor sobre tarifas mínimas, bem como regular a entrada e saída dos mercados regionais e nacional (BINENBOJM, 2005).

A regulação tradicionalmente sempre foi mais expressiva em setores econômicos tradicionais, como infraestrutura, comércio, corporações, finanças e garantia de equilíbrio de condições para enfrentar mercado competitivo. É importante notar que, com o passar do tempo, amplia-se e diversifica-se o escopo da regulação; há o aumento substancial do volume de atividades reguladas e, portanto, da quantidade de autoridades reguladoras econômicas e sociais, a ponto de alcançar setores como saúde, segurança, proteção ao consumidor e meio ambiente, entre outros (WINDHOLZ; HODGE: 2013).

A evolução das teorias econômicas da regulação (teoria do interesse público, teoria da captura e as abordagens institucionalistas) e o crescimento gradativo da atividade reguladora do estado favoreceram a emergência de um ambiente propício ao desenvolvimento da regulação como campo internacional de pesquisa e prática, particularmente desde as décadas de 1980 e 1990 (LODGE; KOOP, 2017).

Pelo aspecto da prática, os governos são acionados à promoção de uma variedade de direitos e a fornecer proteção cada vez maior à emergência de novos riscos imprevisíveis e de consequências incalculáveis à coletividade. Medidas mais flexíveis e consentâneas com a eficiência de mercado passam a ser demandadas pela sociedade e, sobretudo, aquelas que permitirão reduzir os custos do setor regulado. O aumento gradativo destas demandas, em paralelo à pluralidade de cenários regulatórios, culmina com a difusão semântica da linguagem regulatória.

Essa premissa alcança confirmação, quando se verifica que discussões sobre o tema são travadas por economistas, advogados, sociólogos, historiadores, psicólogos, antropólogos, administradores, cientistas políticos, além de outros, que se dedicam à compreensão de seu alcance e limites, bem como a possível

contribuição para a efetividade e eficácia de políticas públicas em cenário de desenvolvimento econômico sustentável.

Na perspectiva jurídica, privilegia-se a regulação como intervenção do Estado para materializar o interesse público no âmbito das atividades econômicas, cabendo às entidades reguladoras editar normas técnicas (função regulamentadora) observando previamente, segundo Carvalho Filho (2011), os espaços definidos na legislação que autorizou o exercício da atividade regulatória.

Pode-se dizer, sob as lentes reflexivas do Direito, que as entidades reguladoras mantêm relação de mútua interferência com a evolução do Estado e das sociedades pós-modernas para a concretização de valores democráticos, exigindo-se, para tanto, prestação de serviços eficientes e compatíveis com as demandas plurais, emanadas dos diferentes segmentos que constituem a sociedade (MENDES, 2018b).

Em decorrência, se reconhece que a norma regulatória abarca diversos sentidos da interdisciplinaridade, pois: i) incide sobre vários setores cujos efeitos se espraiam sobre novos mercados; ii) apresenta múltiplas fontes, ou seja, além da lei, acepção estrita e produto da atuação legiferante estatal, são diversas as espécies normativas que interagem no espaço regulatório; iii) apresenta múltiplos conteúdos, temas que percorrem aspectos técnicos, econômicos, sociais e até mesmo organizacionais (CAMILO JÚNIOR, 2018).

No campo das políticas públicas, estuda-se a regulação como instrumento político de autoridade vocacionado ao controle, não apenas de aspectos sensíveis da economia e do mercado, pois abarca igualmente sua repercussão social (HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013). À semelhança do processo de formação das políticas públicas, cientistas sociais dedicam-se à compreensão do ciclo de formação dos processos regulatórios e, muitas vezes, apresentam leituras díspares em relação à racionalidade das etapas correspondentes à formulação e implementação da tomada de decisão (COGLIANESE; KAGAN, 2007, VALLE, 2007, MENDES, 2018b).

Ao mesmo tempo, é notável a evolução dos estudos sociais orientados pelo propósito de avaliar os efeitos das normas regulatórias, especialmente no que concerne a aspectos relacionados à consecução dos objetivos, no universo dos regulados. O enfoque é explicar porque alguns atores cumprem as disposições regulatórias – e, às vezes, vão além daquilo que foi deliberado pelo regulador –

enquanto outros apresentam resistências e, na maioria das vezes, cumprem-nas com relutância (COGLIANESE; KAGAN, 2007).

A ênfase é no sentido de inibir, em maior ou menor grau, via prescrições estatais, comportamentos nocivos ao funcionamento regular do mercado e seus reflexos na sociedade. Entretanto, pela natureza do fenômeno, são os economistas que mais se dedicam a apontar a premência da regulação adequada, para suprir falhas no funcionamento e operação do mercado, com destaque ao equilíbrio no exercício de poder de mercado, bens públicos, externalidades, assimetrias de informação, as quais passam a conduzir a formulação de políticas públicas regulatórias.

Adicionalmente, algumas abordagens econômicas destacam o nível de eficiência econômica dos mercados nas suas três dimensões (produtiva, alocativa e distributiva). É usual a exploração dos conceitos de eficiência e, para tanto, trabalha-se com as abordagens de Pareto e Kaldor-Hicks.

Segundo Veljanovski (2010), um resultado eficiente, conforme a lógica de Pareto, é aquele em que o bem-estar de um indivíduo não pode ser melhorado, reduzindo o bem-estar dos outros. Em síntese, no processo de realocação de recursos, bens e mudanças legais, é preciso que todas as partes se beneficiem ou, pelo menos, que nenhuma seja prejudicada.

Se, por um lado, a diversidade de interlocutores contribui para que o conceito se revista de peculiaridades nem sempre coerentes, por outro, espalhou-se como elemento comum da linguagem regulatória a percepção de que a atividade regulatória se projeta para além do campo estatal, podendo abarcar várias formas de relacionamento entre o Estado e a sociedade. Na maioria das vezes, estas questões são projetadas para as falhas e méritos da regulação por agências reguladoras, admitindo-se certa intimidade entre os vocábulos regulação e agência reguladora.

Processos de especialização e expansão de comunidades regulatórias tornaram-se frequentes em diversos domínios políticos. A proliferação de entidades reguladoras e organismos internacionais, que passaram a compartilhar padrões, conceitos e idiomas regulatórios semelhantes, se tornou uma constante da vida administrativa. Espalhou-se pelo mundo a crença no poder da expertise técnica das agências reguladoras, como motor de melhoria social e, na análise de Levi-Faur (2011), as agências reguladoras, em sua maior parte econômicas e sociais,

representam, desde os anos 1990, uma forma popular de governança regulatória e, em regra, gozam de autonomia.

Em paralelo, iniciativas de melhor regulação ou regulação de alta qualidade tornaram-se elementos integrantes não só da teoria, como também da prática regulatória. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) exerceu relevante papel na disseminação de uma agenda de melhoria da qualidade regulatória. Em suma, suas recomendações procuravam reforçar a eficiência e efetividade do processo regulatório sob à égide dos princípios da boa governança regulatória, tais como: transparência, participação social e prestação de contas³.

Para Malyshev (2002), essas percepções vieram à tona a partir do crescimento da intervenção regulatória associado às mudanças no ambiente econômico (meados do século XX), revelando os custos (anteriormente ocultos) de estruturas regulatórias que, apesar de sua franca expansão, não mais se mostravam eficientes. Gradativamente tornavam-se aparentes as complicações da regulação de diminuta qualidade mas, ao mesmo tempo, a complexidade de adesão às ideias reformistas, a incerteza sobre seus resultados, a baixa estrutura de incentivos, eram motivos, bastante, para adiar o progresso. Como dificuldades adicionais, acrescenta-se, ainda, a difusão do *locus* da autoridade regulatória por meio do exercício a passos largos dos poderes regulatórios em níveis subnacionais ou supranacionais.

Um complexo de fatores alimentou o que hoje se intitula “inflação regulatória”. Os primeiros esforços de “desregulamentação” foram impulsionados pela desaceleração econômica e baseados na leitura de que uma quantidade expressiva de normas representava obstáculos ao crescimento da economia, estrangulando a inovação e o empreendedorismo.

A propagação dessas premissas contribuiu para o aprimoramento da prática e estudo da regulação, tornando-se majoritariamente aceito que a regulação, dentro dos ideais da boa governança, poderia ser realizada por mecanismos diferentes,

³ Segundo Brinkerhoff (2001), a essência do *accountability* é a responsabilidade. Ser responsável significa ter a obrigação de justificar decisões e/ou ações, que podem ser de dois tipos: i) pergunta-se para ser informado sobre orçamento e/ou descrições narrativas de atividades ou resultados, viabilizando o monitoramento e acesso aos dados correspondentes; ii) a prestação de contas vai além do relato, eis que requer justificativas que permitam aferir não somente o que foi feito, mas o porquê. Há um diálogo entre os responsáveis pela execução e os encarregados da supervisão. O resultado das informações dá o colorido do *accountability*, fortalecendo a governança democrática e cidadania.

menos restritivos e baseados em incentivos, em comparação com o rigor das medidas regulatórias de “comando e controle” (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012).

Alguns arranjos regulatórios, como a autorregulação, adquiriram colorido especial em boa parte das comunidades políticas e, via de regra, o impulso, na leitura de Camilo Júnior (2018), era coerente com as exigências do mercado, dentre elas: atrair confiança dos investidores, reduzir custos de transação, estabilizar expectativas e, até mesmo reduzir a intervenção do Estado, quando a solução esperada envolve elevada complexidade técnica e de maior domínio do setor regulado.

Como se mencionou, a adoção de estratégias regulatórias mais flexíveis tem sido reivindicada nos debates políticos, bem como na literatura nacional e internacional e, a rigor, procura atenuar os efeitos nocivos do excesso da regulação de comando e controle no sistema econômico, que possa causar, por exemplo, entraves à competitividade e sobrecarga regulatória. Além disso, argumenta-se a adequação dessas medidas aos novos padrões de ordenação e controle que se fortaleceram nas sociedades pós-modernas, com a maior interação entre Estado e sociedade, não havendo espaço para ferramentas regulatórias centradas unicamente na autoridade central do ente estatal.

Amplia-se, nesse passo, a defesa da adoção de um repertório de medidas mais flexíveis, menos imperativas, bem como simplificação normativa e procedimental.

Entretanto, testemunhou-se, precipuamente nos últimos trinta anos, um verdadeiro paradoxo na dinâmica regulatória. Se é certo que a regulação pode significar mais do que a elaboração, aplicação e monitoramento de regras, sendo, em alguns casos, até benéfico para as empresas privadas a autorregulação na solução de problemas complexos, também o é admitir que certos tipos de comportamento empresariais podem ser prejudiciais à coletividade, justificando a edição de um conjunto de normas de cumprimento obrigatório na sociedade (BRAITHWAITE, 2013).

Coglianesse e Kagan (2007) observam que, a partir das acentuadas mudanças tecnológicas, econômicas e políticas, houve rápido aumento no número de normas regulatórias. Intensificam-se as demandas políticas por regulamentação e, ao mesmo tempo, a capacidade de resposta do governo. A sociedade cada vez mais apresenta intolerância à emergência de novos riscos e injustiças sociais.

As normas são editadas como medidas de proteção ao poder de mercado, por exemplo, quando determinada empresa monopolista eleva o preço acima do nível competitivo e, portanto, são associadas às falhas de mercado. De uma forma geral, disfuncionalidades de mercado impedem que os mercados forneçam subsídios suficientes ao processamento de escolhas adequadas, que primem pelo equilíbrio entre ofertantes e demandantes; ou seja, viabilize, a um só tempo, a lucratividade das empresas e o bem-estar dos consumidores.

Há fortes indicativos de que regulações “sensatas”, com respeito ao papel fundamental da livre concorrência, fornecem subsídios vitais para o crescimento da sociedade (BEALES, *et al.*, 2017). O objetivo da regulação é aumentar o bem-estar social e, nesse sentido, a advertência que se faz é de que os sistemas regulatórios sejam cada vez mais sustentáveis, com regras que estimulem a eficiência e competitividade do mercado, ou seja, regras que não impeçam o fluxo das inovações e o crescimento econômico.

Não tardou para que a agenda regulatória fosse alimentada por nova dinâmica, que agora passa a se basear na introdução de ferramentas de planejamento racional na elaboração de políticas públicas (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012). Inconteste o aumento das exigências coletivas e o alcance dos governos, o equilíbrio normativo passa a ocupar a centralidade dos debates políticos, sobretudo no que diz respeito às consequências não intencionais das normas regulatórias na economia e seus reflexos nas expectativas legítimas.

2.4 A difusão e aprimoramento contínuo do *Better Regulation* (BR)

O amadurecimento das ideias supracitadas, particularmente no que se refere ao planejamento racional das políticas públicas, culminou com o aumento, na ambiência internacional regulatória, da demanda em prol de exigências mais detalhadas e explícitas que permitam a compreensão da racionalidade das normas, com finalidades bem delineadas, eficientes e alcançadas com custos mínimos, reduzindo-se a burocracia (CARAUSAN, 2015).

A partir dos anos 2000, após cerca de 20 anos de reformas e experiências regulatórias em diferentes países, foi sendo possível contrastar aspectos positivos e negativos, vantagens e desvantagens do exercício da regulação. Não só eram

percebidos o impacto de nova regra regulatória, como também aquele cumulativo de cerca de 40 (quarenta) anos de intensa atividade normativa em grande parte incremental.

Políticas de melhoria regulatória se espalharam pelo mundo, assumindo, entretanto, um destaque particular na Europa, tendo sido a pioneira na inserção do *Better Regulation* (BR) no rol das práticas de boa governança.

Tal experiência se constitui numa ilustração exemplar da evolução das práticas regulatórias e merece ser destacada. Segundo Golberg (2018), o programa legislar melhor surgiu como prioridade política interna no âmbito de alguns Estados-Membros da União Europeia (Reino Unido⁴, Alemanha, Países Baixos e Dinamarca). Reconhecendo que muitas leis se originavam na União Europeia, esses estados passaram a defender a necessidade de inserção do discurso melhor regulamentação a nível europeu. O discurso angariou vários adeptos e não tardou a irradiar seus efeitos no bloco europeu, o que levou a união de vários Estados-Membros em prol da unificação do apelo, consistente na sistematização de metas de redução de encargos, à Comissão Europeia.

As exigências trazidas pelos Estados-Membros, em geral, remetiam a um discurso maior centralizado no respeito aos princípios gerais da subsidiaridade⁵ e proporcionalidade, exigindo-se a cargo da União Europeia demonstração da pertinência das ações normativas à luz do estritamente necessário. Dito de outra forma, era consenso que a legislação fosse decidida, na medida do possível, ao nível mais próximo possível do cidadão, reservando-se ao âmbito da União Europeia as medidas normativas de objetivos mais amplos.

Em paralelo, a OCDE, por meio de várias recomendações, passou a incentivar a adoção de estratégias de “regular melhor” aos países-membros. Fomentava-se a implementação de um processo rigoroso de análise de impacto *ex ante* e importância de criação de um órgão de supervisão regulatória.

Num esforço de síntese, a dinâmica procedimental da União Europeia se inicia com a preparação e proposição da medida normativa sob o crivo da Comissão

⁴ Em conformidade com o Brexit, o Reino Unido, desde 31 de janeiro de 2020, não integra mais a União Europeia.

⁵ Segundo o princípio da subsidiariedade, admite-se ação a cargo da União Europeia se o objetivo em questão não puder ser alcançado suficientemente pelo Estado-Membro (a nível nacional, regional e local). Trata-se de um princípio relevante nas áreas em que as competências são partilhadas entre a União Europeia e os Estados-Membros.

Europeia. Durante o processo de preparação, é assegurado aos indivíduos e interessados a apresentação de comentários iniciais às propostas dotadas ou não de impactos significativos, estruturadas no primeiro caso sob o formato de uma avaliação de impacto preliminar (GOLBERG, 2018). Na sequência, é igualmente facultado o direito de resposta a consultas públicas realizadas durante a preparação da avaliação de impacto. A partir da chancela do texto normativo pela Comissão e antes de ser debatido pelo Conselho e Parlamento Europeu, nova rodada participativa é lançada à coletividade; competindo aos interessados durante 8 (oito) semanas apresentar suas ponderações sobre as aludidas avaliações de impacto.

De todo modo, é assegurado a qualquer interessado a apresentação de comentários sobre as medidas propostas pela União Europeia, a qualquer momento, por meio da página eletrônica “*Lighten de Lood*”. Todas as avaliações das medidas legislativas incluem uma consulta pública de 12 (doze) semanas, lembrando que os resultados das consultas são registrados e resumidos na avaliação de impacto.

Não obstante os distintos desenhos institucionais adotados ao *Better Regulation*, a dinâmica procedimental abrange a formulação, implementação e execução das políticas públicas. Ampla consulta é lançada ao público, no intuito de garantir que as manifestações de interesse sejam levadas em consideração. Atenção especial é conferida aos instrumentos destinados a reduzir os encargos da regulamentação, daí o rigor na defesa de procedimentos transparentes, baseados em evidências e abertos ao público.

Em linhas gerais, para Meuwese e Popilier (2011), o BR reforça a indispensabilidade de conformidade da legislação europeia a certos critérios de legitimidade, tornando mais eficiente o processo de tomada de decisão pública. Dito de outra forma, pretende-se, via simplificação processual administrativa, coibir o exercício arbitrário da autoridade pública.

Os programas de melhoria regulatória objetivam o estabelecimento de uma governança regulatória alicerçada em três pilares; i) legitimidade: inserção de uma cultura participativa no processo de elaboração das decisões e normas regulatórias; ii) eficiência: ênfase na estruturação das etapas necessárias à obtenção dos resultados regulatórios esperados; e iii) *accountability*: prestação de contas e fortalecimento da implementação de controle social e institucional das entidades reguladoras.

Aspecto igualmente relevante a se destacar, é o reconhecimento por parte dos programas de melhoria regulatória da superação da fase de desregulação, que marcou a década de 1980, e a necessidade de se mitigar os efeitos deletérios provenientes das excessivas e/ou desnecessárias regras, de modo a se pensar no estabelecimento de uma governança regulatória apoiada na qualidade da regulação.

Na superação de debates dualistas do tipo “menos ou mais regulação”, a discussão, como ponto central das agendas, se propõe a intensificar o aprimoramento das capacidades estatais regulatórias e não dismantelar o Estado regulador, buscando melhorar a responsabilidade dos agentes públicos nos desenhos dos programas públicos e em coerência aos vetores da eficiência, participação, transparência, consenso e controle.

Observa-se forte tendência na utilização da terminologia (BR) sem referência à política da União Europeia. Na prática, um sistema de melhor regulamentação remete a um discurso mais amplo em sintonia com as ideias norteadoras da “boa governança regulatória”, que, em suma, abrange todo o ciclo de políticas públicas - planejamento, implementação, avaliação, monitoramento contínuo e revisão (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012). Há, entretanto, confluência de entendimentos no que se refere aos benefícios do BR na redução da carga burocrática, com olhar especial à valorização da avaliação *ex post* das políticas públicas.

Sob essa perspectiva, legislar melhor não significa aumentar ou reduzir a legislação, tampouco desregulamentar ou não priorizar certas áreas sensíveis à vida em sociedade e que demandam, portanto, das mãos interventivas do Estado. Ao revés, na leitura de Meuwese e Popilier (2011), reforça a exigência do agir estatal diligente, contando com investigação e estudos adequados, no intuito de se obter um processo decisório transparente, proporcional, conferindo-se o peso devido aos interesses individuais em jogo, e fundamentado em procedimentos participativos preliminares.

As Análises de Impacto Regulatórios (AIRs) focadas em análises custo-benefício (ACBs) refletem uma das maiores concretizações do BR, sendo forçoso lembrar que, desde os anos 90, os procedimentos de AIR acompanhavam, como elemento integrante e decisivo, as propagadas políticas de BR da União Europeia e da OCDE (2011).

Pela natureza dos atributos envolvidos, a OCDE confere importância fundamental à Análise de Impacto Regulatório (AIR) como um pilar da agenda de

melhoria regulatória normativa. Trata-se de uma dinâmica processual vocacionada a obtenção de informações que possibilitarão a avaliação de custos prováveis, consequências e efeitos colaterais dos instrumentos de política planejados. Os encargos administrativos são corriqueiramente estimados em avaliações de impacto, de forma a se angariar melhoria do processo político, com consulta prévia e adequada aos membros afetados, como condição de legitimidade à introdução de um regulamento. Para Parker (2006), a AIR permite elevar a qualidade da regulamentação, reduzindo os custos e encargos dos regulamentos na vida econômica e social.

A literatura apresenta a AIR como elemento importante no processo de elaboração normativa de boa qualidade, permitindo afastar regulamentos redundantes e, ao mesmo tempo, sinalizar que nem sempre as medidas normativas ou legislativas são as mais viáveis para o problema em análise (CARAUSAN, 2015).

Em que pese não existir um modelo único, muitos países que integram a OCDE possuem boa experiência no desenvolvimento de programas de AIR, respectivamente nos contextos onde são facilmente perceptíveis os impactos econômicos das matérias regulatórias que se pretende regulamentar.

Sem prejuízo das compreensões, pontuais ou não, do real conteúdo conferido ao BR assiste-se paulatinamente a um compromisso contínuo internacional na defesa de esforços à adequação e melhor desempenho regulatório, inibindo-se atos lesivos e atentatórios à competitividade empresarial. Isso inclui a importância de apurar normas obsoletas, confusas, incompletas e inconsistentes, recuperando, na vastidão do corpo legislativo, os dispositivos realmente relevantes e promissores para fins de crescimento econômico sustentável.

Assim como o reconhecimento da ação humana não limita seu impacto no momento presente, nenhuma medida administrativa pode ser tomada como um processo de acerto absoluto, tendo em vista o reflexo das mudanças do contexto fático sobre o arcabouço normativo em vigor, nem sempre apto ao oferecimento de soluções eficientes aos novos problemas e realidade que se apresenta. Segundo o princípio do *Trial and Error*, informador das políticas públicas, as regras devem ser adotadas e repensadas em constante processo de aprendizagem de tentativa e erro (ARAGÃO, 2004), de forma que se permita a correção, a contento, dos erros verificados e avaliação dos resultados obtidos, dentro de um juízo rigoroso de flexibilidade que deve orientar e retroalimentar o processo de melhoria regulatória.

Combinando o contexto à real necessidade de se mitigar os efeitos da disjunção estrutural entre a velocidade de mudanças sociais e a capacidade do Estado no tratamento a contento destas mudanças, sugere-se desafios adicionais ao papel da revisão contínua e a avaliação *ex post*, na defesa de instrumentos permanentes e qualitativos do *Better Regulation*, sob o crivo de uma leitura sistemática em detrimento de exercícios complexos e, não raro, pontuais.

Por mais louváveis que sejam, nem sempre é fácil alcançar os objetivos esperados. Segundo Weigrich (2015), inúmeros fatores concorrem no acirramento das dificuldades, como o desenho institucional, a falta de planejamento regulatório, ausência de diálogo federativo e impacto nas relações institucionais dentro da complexa rede de formatação das políticas públicas, sem contar que a análise de impacto regulatório nem sempre goza de precisão, deixando a desejar em alguns aspectos.

Carausan (2015) reitera a necessidade de maior rigor para os próximos anos, sob o argumento de que se espraiam ainda dificuldades metodológicas na avaliação dos custos e benefícios das normas e na verificação do impacto cumulativo da regulação, a começar pela falta de acesso a determinadas informações e a dificuldade de se estimar custos e benefícios da carga regulatória integral, diante da variedade de impactos regulamentares que podem se reforçar, se opor ou se contradizer.

Esse dado da realidade constitui um problema significativo e, ao mesmo tempo, reforça a percepção de que o *Better Regulation* deve ser pensado, planejado e trabalhado em termos de evolução e aprendizado institucional contínuos⁶. Daí decorre a necessidade de se pensar na incorporação de requisitos extras (vetores) para fins de fortalecimento da racionalidade normativa e responsividade no processo de tomada decisória.

⁶ Para ilustrar, as instituições da UE assinaram em 22 de dezembro 1998 o Acordo Interinstitucional contendo orientações comuns para a qualidade da redação da legislação comunitária, que foi substituído pelo Acordo Interinstitucional de 16 de dezembro de 2003 sobre legislar melhor, e posteriormente por um novo Acordo Interinstitucional (2016), que até o presente momento está em vigor. Vale lembrar que em 1997 já se discutia a qualidade da redação legislativa comunitária, por meio da Declaração nº 39 anexada no Tratado de Amesterdão.

3 CUSTO-BENEFÍCIO E IMPACTOS DAS NORMAS REGULADORAS

Como exposto, as transformações conjunturais desde o ocaso do século XX têm estimulado a emergência de nova estrutura e funcionamento do Estado, precipuamente no que concerne à descentralização de parte do poder decisório, conferindo lugar a novo equilíbrio entre as esferas pública e privada. Esse desenho ampliou o significado da segurança jurídica, na perspectiva do presente e do futuro.

No desempenho de responsabilidades tão importantes, adquire relevo a função normativa, cujo propósito é proteger a saúde pública, o bem-estar, a segurança e o meio ambiente, promovendo o crescimento econômico, a inovação, a competitividade, bem como a geração de empregos. Resulta daí a premissa de que a regulação é um complexo campo de estudo que precisa avançar a largos e cuidadosos passos e demanda abordagem multidisciplinar.

Como se acentuou, a partir dos desafios consolidados pela trajetória regulatória, emergiram diferentes leituras em torno do conceito da regulação. Na dimensão da prática, o aumento das exigências públicas, especialmente no que toca à capacidade de resposta eficiente e cautelosa dos governos às demandas da sociedade fez crescer os debates e a produção da literatura referentes à intensidade da regulação e impactos na economia.

Mickie (1970), Bardach e Kagan (1982), assinalam que a regulação é sujeita a falhas, mas o autoritarismo estrito e a existência regras irracionais impõem custos desnecessários à sociedade. Se, por um lado, a regulação é importante para o alcance de benefícios sociais e econômicos mais amplos; por outro, a literatura comunga a visão de que a regulação mal concebida pode provocar impactos negativos cumulativos no ambiente de negócios. O reforço destes ideais culminou com a releitura do princípio da segurança jurídica, como um dos limites determinantes de atuação do Estado na sociedade.

Como se depreende, há certa convergência de opiniões sobre a importância da regulação normativa nas atividades econômicas, ao mesmo tempo em que se verificam tentativas de estabelecer limites à intervenção. Nesse passo, sublinha-se a necessidade de examinar os impactos (negativos ou positivos) potencialmente resultantes de determinada opção regulatória.

Com essas premissas, na continuidade do estudo, pretende-se analisar os estudos relativos aos impactos da regulação, no intuito de identificar seus

fundamentos, princípios e premissas. Com o propósito de delimitar a abrangência da reflexão, confere-se prioridade a expor algumas diretrizes oriundas da OCDE, de pesquisadores dos Estados Unidos, Reino Unido e da União Europeia, como bússola na definição de subsídios à preparação do regulador, no exercício da função normativa.

O capítulo está estruturado da seguinte forma: Na seção 3.1, examina-se o princípio da segurança jurídica no comando e direção das ações do Estado, sobretudo na edição das normas reguladoras. Na seção 3.2, examina-se a categorização dos custos e benefícios das normas; em sequência, explora-se a natureza, classificação e repercussão social dos custos diretos de conformidade.

Na seção 3.3, a partir da categorização emitida pela OCDE (2014), abordam-se custos diretos de conformidade, incluindo aqueles que se vinculam diretamente aos imperativos comandos regulatórios, no contexto obrigacional. Objetivando facilitar a compreensão das categorias de custos que perfazem os custos diretos de conformidade, a aludida seção foi dividida em três subitens: 3.3.1 (encargos administrativos e sua estreita correlação com os custos de aborrecimento ou irritação); 3.3.2 (custos substanciais de conformidade) e 3.3.3 (custos de administração e execução). Na seção 3.4, descrevem-se os impactos provocados pelos custos financeiros, tanto no setor privado, como no público.

Na seção 3.5, explora-se o significado e repercussão negativa dos custos indiretos na economia. Na seção 3.6, o intuito é descrever a importância da consideração dos custos de oportunidade no processo de conformidade regulatória, que, não raro, podem culminar em gastos excessivos à revelia das escolhas preferenciais das empresas, na consecução de outras finalidades “supostamente” mais rentáveis. Na seção 3.7, ilustra-se a importância de estimativa dos custos econômicos no processo decisório, sob o argumento de que as normas regulatórias produzem impactos em uma ou mais variáveis econômicas. Em prosseguimento, na seção 3.8, são abordados os impactos positivos diretos e indiretos das normas à sociedade, em termos de melhorias de bem-estar. Por fim, na seção 3.9 procura-se mapear o impacto cumulativo das normas na inovação e desempenho econômico.

3.1 A regulação e o princípio da segurança jurídica

No rol dos princípios aplicáveis às relações administrativas entre reguladores e regulados, a segurança jurídica ou princípio das expectativas legítimas exige do Estado Regulador uma postura atenta, com olhar prospectivo na edição das normas jurídicas.

A esse respeito, cumpre notar que, em sua raiz, está estabelecido direito constitucional óbvio. A segurança jurídica é a essência da garantia da ordem, uma vez que *“para que as inter-relações seja possível é indispensável a segurança”* (MOREIRA NETO, 2006, p. 275). No processo de elaboração, aplicação e monitoramento das normas jurídicas, é premente ter o cuidado de precisão e coerência com os padrões que regem a melhor técnica normativa, dentro de um espaço legítimo de interação entre regulador, regulado e sociedade.

Nesse ponto repousa a advertência que impede à Administração Pública a possibilidade de alterar, sem justificativa consistente, seu *modus operandi*, cabendo recordar que, via de regra, a máquina pública age segundo precedentes e objetivamente de acordo com o interesse público.

Segundo Aragão (2013), a mudança brusca de orientação pode favorecer a quebra da confiança e boa-fé legitimamente amparada no regulador, eis que a disparidade de entendimentos corrói e enfraquece a confiabilidade no sistema. Muitas vezes, é preferível manter as situações jurídicas estabilizadas, embora constituídas de forma menos técnica, a favor de determinados agentes públicos ou privados, no intuito de evitar leviandade decisória, mitigação da confiança jurídica depositada na entidade reguladora e, em última análise, maiores impactos econômicos.

No entanto, em coerência com as considerações apresentadas, a segurança jurídica requer mais do que clareza, para que se possa atender aos desafios atuais. Já existe consenso quanto à importância do estabelecimento de uma realidade regulatória ancorada na aferição de continuidade, correções ou até mesmo suspensão de determinada medida regulatória implementada, à luz do suporte constitucional (MENDES, 2018b).

Nesse passo, cumpre ter em mente a estrutura constitucional que comanda as ações do Estado, erigida na centralidade dos direitos fundamentais como vetor das ações econômicas, sociais e normativas. Tal requisito exige, portanto, esforços

ativos no sentido de remover obstáculos à participação dos cidadãos na vida política, econômica, jurídica e social (RODRÍGUEZ-ARÃNA MUNÓZ, 2012). Em síntese, compete às autoridades públicas promover condições para que os princípios da liberdade e igualdade dos cidadãos sejam efetivamente usufruídos.

Trata-se, portanto, de elaborar normas que espelhem o compartilhamento de benefícios e responsabilidades consentâneos à realização dos valores fundantes da ordem constitucional, entre os quais sobressai a implementação de iniciativas que impulsionam o desenvolvimento socioeconômico e propiciem melhores condições de vida à sociedade.

Aspecto igualmente relevante, no contexto do Estado contemporâneo, é a proliferação de centros normativos, provocados pelo acentuado nível de descentralização dos governos. Pela natureza das responsabilidades e equilíbrio dos interesses em jogo, um dos eixos determinantes da segurança jurídica é a confiabilidade na manutenção de um balanço equilibrado, com respeito ao papel dos diversos atores sociais e a propriedade de outras formas de regulação (autorregulação e correção), em relação complementar com a regulação estatal (CHEVALLIER, 2009).

É crucial, portanto, lançar novo olhar à manutenção da ordem, função classicamente entranhada no rol das competências exclusivas do Estado. A complexidade dos desafios a enfrentar e os efeitos da difusão e propagação dos riscos ampliaram consideravelmente seu alcance, reclamando, em reforço à coesão social e segurança jurídica, mobilização de vários níveis de intervenção e o concurso de vários atores públicos e privados (CHEVALLIER, 2009).

A segurança jurídica demanda responsabilidade organizacional dos contextos nos quais serão tomadas as decisões públicas. Para Baldwin (1990), as normas mais consistentes trazem como referência o contexto de sua implementação, como resultado de uma sensibilidade compartilhada. Na maioria das vezes, são comandos regulamentares que preveem a observância de determinados princípios e regras básicas, dirigidas à certeza e confiabilidade no trato de matérias regulatórias cada vez mais desafiadoras.

A consistência em domínios complexos pode ser bem percebida por meio de uma combinação de regras e princípios. Em sentido semelhante, Hart (1961) defende que, para lidar com a velocidade com que se processam as mudanças

sociais e econômicas, a norma regulatória deve possuir termos redefiníveis, evitando-se que a penumbra da incerteza absorva o núcleo da norma regulatória.

As mudanças são bem frequentes no plano da regulamentação das novas tecnologias, exigindo-se do regulador dose extra de prudência, sendo válido realçar a dificuldade de harmonização da inovação tecnológica com o arcabouço normativo preexistente, construído sobre fatos e premissas pretéritas. Tem se tornado cada vez mais desafiador a projeção da estrutura regulatória no acompanhamento dos rápidos avanços e disseminação global promovidos pelas tecnologias disruptivas.

Em circunstâncias fáticas da presente ou semelhante natureza, o princípio da segurança jurídica, ferramenta jurídica de amplo alcance social e importante vetor orientativo de ações governamental e legislativa, demanda certo rigor na demarcação do escopo de uma dada tecnologia, o que nem sempre é tão evidente, e o exato momento de intervenção regulatória.

A opção em relação à trilha de ação estatal pode envolver a formulação de um *trade-off*. A complexidade a superar está na determinação do ponto ótimo de qualquer intervenção regulatória. Isso implica em garantir que a regulação não seja adotada precocemente e acabe sufocando ou inibindo o desenvolvimento tecnológico e, ao mesmo tempo, não seja pensada e implementada tardiamente a ponto de se tornarem insuperáveis os problemas e prováveis efeitos sociais, econômicos ou de saúde, decorrentes da ausência de regulamentação.

Em paralelo, segundo Fenwich, Kaal e Vermeulen (2017), parece haver consenso na literatura de que a estrutura processual administrativa é inadequada ao enfrentamento dos desafios regulatórios associados à tecnologia disruptiva. No rol dos riscos jurídicos a se considerar, o longo feedback que permeia o processo de formação das normas regulatórias pode se tornar obsoleto antes mesmo de ser finalizado e, não raro, isso acontece diante da real velocidade da inovação na sociedade.

Acrescenta-se, ainda, particularmente quando o processo de regulamentação envolve pouco *brainstorming*, a inadequada seleção de fatos, aparentemente relevantes sobre determinada tecnologia, como critério de decisão regulatória. Ao mesmo tempo, a falta de uma amostra adequada ou até mesmo a dificuldade no critério de seleção de dados confiáveis sobre os efeitos de uma dada tecnologia, o que pode ser distorcida ou influenciada por interesses escusos, são dilemas regulatórios associados à falta de experiência na seleção dos fatos “relevantes” que

permearão a base regulatória, os quais, por sua natureza, não são óbvios ou facilmente de pronta resolução. Sob essa orientação, Fenwich, Kaal e Vermeulen (2017) assumem que a regulação de novas tecnologias disruptivas sempre será reativa e lastreada em base factual incerta e politizada.

Na mesma linha de pensamento, Baptista e Keller (2016) admitem que o desafio de controlar os impactos de nova tecnologia envolve dois problemas paradoxais: i) informacional, os efeitos de uma tecnologia somente podem ser medidos quando a mesma já estiver suficientemente desenvolvida e em uso; ii) de poder, pois o controle é difícil de estabelecer, quando a inovação estiver consolidada. Na circunstância em que a decisão de regular é relativamente contemporânea ao surgimento da nova tecnologia, até mesmo por falta de elementos de informação e dados de desempenho, recomenda-se, em nome da segurança jurídica, que o regulador se apoie em bases mais principiológicas, parâmetros gerais, sob pena de fracasso na sua missão. Ao contrário, se a opção por regular ocorrer em momento posterior, quando a inovação disruptiva estiver consolidada, é provável que o regulador eleja regulação mais extensiva e detalhista, diante da aprendizagem adquirida quando da consolidação daquela tecnologia.

Como anteriormente destacado, durante esse processo, pode-se encontrar resistências à intervenção regulatória. Com o desígnio de primar pela regulação eficiente, o regulador se vê desafiado a ponderar dois vetores: velocidade e nível de abrangência. De qualquer forma, há que se ter dose extra de cautela para não se exagerar na regulamentação e acabar dificultando o desenvolvimento exponencial de determinada inovação tecnológica.

Em uma era de inovação tecnológica constante, complexa e disruptiva saber o que, quando e como estruturar a exata medida interventiva vem se tornando cada vez mais um desafio na prática regulatória; a falsa premissa de que se tem fatos suficientes para regular tende a culminar em ações imprudentes e, ao mesmo tempo, a paralisa regulatória favorece a disseminação de riscos, podendo resultar em mais complicações futuras. O equilíbrio não se alcança nem por meio de uma ação impensada e nem por meio do “não fazer nada”.

Nesse diapasão, é fundamental que o projeto regulatório precisa cada vez mais se tornar proativo, dinâmico, responsivo e mais receptivo a novas ideias, contribuindo, de fato, para a promoção da inovação em si. Em consonância com os princípios elencados acima, a regulação deve ser idealmente pensada e trabalhada

como um norte ao surgimento de um ambiente próspero para a originalidade, com efeitos positivos e duradouros ao desenvolvimento econômico. Em linha com o princípio da segurança jurídica, é de se admitir a propriedade de criação de uma cultura regulatória propensa à discussão, supervisão e controle democrático. Por meio de um renovado senso de participação, maiores serão as chances de redução das barreiras regulatórias e seus impactos negativos na sociedade.

Para que o futuro seja propício a um ambiente de negócios mais adequado, é imperioso um olhar prospectivo ao princípio da segurança jurídica e aos seus pilares: i) organicidade e clareza; ii) celeridade; iii) relação articulada entre o Estado e a sociedade; iv) desburocratização; v) flexibilidade e vi) responsividade. Significa dizer que os elementos a serem considerados na formação da norma regulatória compreenderão múltiplas visões, cada qual representando segmentos variados, na perspectiva do presente e do futuro. A formalização das escolhas públicas nesses moldes – inclusive e especialmente, como se desenvolverá adiante, aquelas de cariz regulatório – é imprescindível à manutenção do equilíbrio social.

3.2 Taxonomia do custo-benefício das normas reguladoras

Como evidente, o estímulo ao compartilhamento de compromissos e metas sob o manto da segurança jurídica é a contrapartida necessária para formulação de regras sensatas, que estimulem a inovação, o funcionamento eficiente do mercado, impulsionando o crescimento econômico. O que se pretende é que os impactos reflitam no bem-estar social em diferentes direções, principal propósito da ação estatal.

Como é cediço, iniciativas regulatórias e políticas públicas produzem custos e benefícios para a sociedade. O custo decorre do efeito (direto ou indireto) da edição de um (ou mais) regulamento que interfere, em menor ou maior grau, no bem-estar dos cidadãos e consumidores, com reflexos nas administrações e no ambiente de negócios. Segundo premissas da teoria econômica referidas por Titley (2015), o custo social de uma regulamentação é expresso pela carga total que impõe à economia, representando a diferença entre o custo e benefício social.

Recepciona-se aqui, em coerência com as ideias alusivas ao *Better Regulation*, a importância significativa que assume a análise de impacto regulatório, eis que ela possibilita o levantamento mais amplo de todos os benefícios, custos e

riscos regulatórios, quantificando-os sempre que possível. Por meio do cumprimento de seus pré-requisitos, fornece uma base sólida na escolha das melhores opções regulatórias, contribuindo para que as opções mais econômicas e eficientes sejam priorizadas.

A despeito da relevância do tema, ainda há carência de discussões no âmbito da literatura nacional e internacional sobre os conceitos “custos e benefícios”, quer “diretos ou indiretos”, na economia, o que parece evidente, quando se verifica a falta de convergência de entendimentos em torno da taxonomia potencialmente ideal (TITLEY, 2015).

Para ilustrar, sublinha-se que, mesmo a principal fonte de orientação de práticas regulatórias para aqueles que laboram no domínio público do Reino Unido, não apresenta definições claras de impactos diretos e indiretos das normas regulatórias, deixando a desejar no que diz respeito a subsídios necessários à preparação do regulador quanto ao exercício da função normativa.

Sob outra vertente, as *Guidelines for Preparing Economic Analysis* (United States of America, 2014), publicadas pela Agência de Proteção Ambiental dos EUA (EPA), funcionam como manual de referência aos funcionários do Governo dos EUA para subsidiar a decisão. As diretrizes foram definidas a partir da avaliação dos impactos dos regulamentos ambientais, embora tenham sido aplicadas amplamente na ambiência regulatória.

Ao contrário dos custos, as normativas da EPA não definem benefícios diretos e indiretos das normas regulatórias na sociedade. Em que pese não ser majoritário, é bem conhecido o argumento de que os custos são mais mensuráveis e imediatos, em comparação com os benefícios promovidos pelas normas regulatórias, habitualmente mais difundidos, com efeitos projetados no tempo e, portanto, mais complexos quando se trata de estabelecer medidas objetivas.

Em linhas gerais, custos diretos envolvem os impactos decorrentes da aplicação de regulamento para empresas, famílias, administrações públicas e agências reguladoras, ao passo que os custos indiretos compreendem os efeitos provocados nos segmentos que ultrapassam o público-alvo da regulamentação.

Nessa linha de reflexão, o *European Commission Guidance* (Renda et al., 2013) dedica-se à classificação dos custos e benefícios das normas regulatórias, com base na experiência da União Europeia. Há certas semelhanças em relação às

terminologias utilizadas nas diretrizes dos EUA, principalmente no que diz respeito aos custos indiretos.

Entretanto, contrastando com as orientações do Reino Unido e dos EUA, o estudo europeu fornece definições claras sobre os benefícios diretos e indiretos, proporcionados pelas normas regulatórias à pluralidade de setores da sociedade.

Por meio do Regulatory Compliance Cost Assessment Guidance (2014), a OCDE, com apoio de membros da Áustria, República Tcheca, Alemanha, México, Holanda, Noruega, Reino Unido e Comissão Europeia, sistematizou as principais diretrizes de apoio aos governos na elaboração de políticas públicas. Ao que tudo indica, há razoável consenso internacional sobre as suas conclusões e recomendações.

O termo “custos regulatórios”, empregado pela OCDE, abrange custos diretos ou indiretos, atribuíveis à carga regulatória normativa existente, bem como àqueles oriundos da adoção de novo regulamento. Em ambas as situações, os impactos, em menor ou maior intensidade, alcançam diferentes tipos de atores. Discorrendo sobre a classificação de custos, com base nos segmentos de partes afetadas, a OCDE (2014) apresenta as seguintes categorias:

- i) cidadãos e sociedade, representando o rol indistinto de atores que sofrem com os impactos generalizados da regulação;
- ii) consumidores, grupos de cidadãos consumidores de produtos ou serviços específicos, que participam de determinado mercado atingido pelo regulamento;
- iii) segmento empresarial, empresas que sofrem impactos com a iniciativa regulatória adotada;
- iv) administrações públicas nacionais, regionais ou locais, representando os órgãos, serviços e agentes vocacionados à elaboração e execução de ações em prol do interesse público;
- v) organismos supranacionais, que incorporam limites internos (e externos que se expandem para além do plano nacional) e subnacional do governo que, não raro, sofrem a interferência dos efeitos das regulações sobrepostas.

A OCDE (2014) distribui os custos das normas em diversas categorias, iniciativa também difundida por outras fontes, que auxiliam sobremaneira na identificação precisa de outros aspectos de particular interesse ao tema em estudo e que serão examinados nas seções seguintes.

3.3 Afetação social dos custos diretos de conformidade

Como sublinhado, no esteio da taxonomia descrita pela OCDE (2014), custos diretos de conformidade representam os impactos impostos aos “alvos” das proposições regulatórias, compreendendo todos os que se vinculam aos imperativos comandos regulatórios, diretamente no contexto obrigacional.

Coglianesse e Kagan (2007) aludem às pesquisas realizadas em democracias economicamente avançadas, afirmando que muitas unidades empresariais investem em medidas dispendiosas e terminam extrapolando a conformidade regulatória exigida, no intuito de se proteger das repercussões sociais.

Nesse contexto, prevalece a concepção de que as sanções sociais informais, além de serem muito mais intimidatórias do que as sanções regulatórias tendem a afetar a reputação de uma empresa perante a coletividade, por meio da publicidade negativa sobre produtos e práticas empresariais, podendo desencadear, em casos extremos, comportamentos sociais irreversíveis à saúde da empresa.

Em geral, os custos de conformidade correspondem à execução de ações administrativas necessárias ao cumprimento adequado dos requisitos delineados na regulamentação: eles são divididos em encargos administrativos, custos substanciais de conformidade e custos de administração e execução. A rigor, os custos diretos restringem-se aos gastos incrementais, em grande parte, suportados pelas entidades privadas no cumprimento da regulação.

3.3.1 Encargos administrativos e custos de aborrecimento ou irritação (Hassle Costs)

As meras obrigações de fornecer informações para determinado setor, bem como o dever de armazenar informações são exemplos corriqueiros de encargos administrativos, com impactos gerais no mercado regulado e no setor público.

Renda *et al.* (2013) assim como a OCDE (2014), destacam que os custos de irritação ou aborrecimento⁷, quando relacionados a obrigações específicas de

⁷ Para o Regulatory Policy Committee (Tittley, 2015), os custos de aborrecimento ou irritação se assemelham ao conceito de custos implícitos que é definido nas citadas Guidelines for Preparing Economic Analyses, eis que, na prática, não representam gastos diretos decorrentes da implementação de algum requisito regulatório. Ao contrário, sinalizam o tempo perdido decorrente com a tentativa de cumprimento de alguma imposição regulatória.

informação, incluindo sobreposição de requisitos regulatórios, redundâncias ou inconsistências obrigacionais, com reflexos amplos na sociedade, são contabilizados na mensuração dos encargos administrativos.

Com amparo nos ensinamentos de Guerra e Palma (2018), é comum, na esfera administrativa, a celebração de termos de compromisso como acordo integrativo para dirimir dúvidas jurídicas, com a principal finalidade de obter pronunciamento claro da autoridade administrativa. Providências dessa ordem são corriqueiras quando o próprio poder público representa a fonte de incerteza jurídica, apresentando discrepância de entendimentos sobre a aplicação correta de algum requisito, ou exigências impostas em determinado comando normativo.

Por decorrência, tais situações deflagram outros tipos de impactos, intimamente relacionados com os custos do processo para a Administração Pública e para o Poder Judiciário.

3.3.2 Custos substanciais de conformidade

Um dos aspectos relevantes na compreensão dos impactos diretos provocados pela carga regulatória exige reconhecer que, não raro, as obrigações induzem uma série de mudanças incrementais no comportamento de seus destinatários diretos. Na prática, refletem despesas que se protraem no tempo, como os custos de cooperação com terceiros, encargos com mão de obra, com equipamentos, além de outras exigências, incluídas as obrigações de não fazer.

Segundo a OCDE (2014), os custos substanciais de conformidade são classificados em seis categorias:

- i) Custos de implementação – compreendem os custos de conformidade incorridos, na maior parte, pelas entidades reguladas com a assunção de novas ou atualização de antigas obrigações regulatórias. Em geral, abarcam o desenvolvimento estratégias de conformidade de curto prazo. Quando se trata de um requisito regulatório modificado, costuma-se designá-los como “custos adicionais de implementação”.
- ii) Custos diretos do trabalho ou de mão de obra, que abrangem aqueles empregados pela equipe dedicada à conclusão das atividades necessárias para alcançar o grau de conformidade exigido pela obrigação regulatória. Envolvem os custos do pessoal diretamente envolvido na realização de

atividades, tais como: salários pagos, obrigações trabalhistas não salariais (proteção contra danos pessoais, férias anuais, impostos incidentes sobre os salários, além de outros).

iii) Custos fixos, representam gastos constantes, independente de alterações promovidas nos regulamentos. Na prática, incluem aluguel, equipamentos de escritórios, despesas corporativas e todas as necessárias ao alcance da conformidade.

iv) Custos com equipamentos (físicos ou digitais), abrangem aquisição de ativos físicos como parte da estratégia empresarial para a melhor consecução das exigências normativas. Como exemplo, cita-se equipamento para tratar as emissões de instalação de produção coerente com os novos padrões regulatórios, sem prejuízo da obtenção de programas digitais voltados ao monitoramento em tempo real das emissões.

v) Custos com materiais, relativos à substituição de alguns insumos utilizados no processo de produção, a fim de garantir a conformidade regulatória em questão. Por exemplo, regulamentos que impõem requisitos mais rígidos de conformidade em prol da eficiência energética.

vi) Custos com serviços externos, alusivos às despesas decorrentes dos pagamentos em favor de fornecedores externos, que prestam apoio técnico necessário ao alcance da conformidade exigida. Para ilustrar, menciona-se a contratação de serviços de assessoria e consultoria.

Depreende-se do exposto que os custos substanciais de conformidade abarcam as despesas e investimentos suportados por múltiplos agentes no cumprimento de obrigações regulatórias. Renda *et al.* (2013) sublinham que, com a imposição de comportamentos periódicos específicos, como cursos de treinamento regular de funcionários e testes de inspeção técnica, tais impactos tornam-se recorrentes.

Por certo, por se tratarem de custos que afetam diretamente os regulados, espera-se, em termos de condução de análise de impacto regulatório, maturidade necessária dos reguladores na avaliação dos efeitos econômicos diretos de suas decisões no mercado regulado, confrontando-os à luz dos impactos decorrentes das normas já existentes sobre temas semelhantes ou até mesmo da presente natureza.

3.3.3 Custos de administração e execução

Outra vertente envolve os custos suportados pela Administração Pública na execução e acompanhamento dos requisitos regulatórios. Em decorrência, constituem impactos subjacentes à responsabilidade regulatória. Conforme a OCDE (2014), também fazem parte da mencionada tipologia os custos de publicidade, desenvolvimento e implementação de sistemas digitais, além de estratégias desenvolvidas para inspeção e/ou auditoria, controle e acompanhamento de sanções regulatórias, aplicadas quando houver ausência de conformidade das empresas reguladas às normas em vigor.

Os custos de execução são elementos essenciais à decisão responsável, eis que permitem elencar, na medida do possível, o rol de medidas regulamentares que se reputam, ao mesmo tempo, eficientes e menos onerosas para o poder público.

A coexistência do Estado com outros centros de poder pode trazer à baila dificuldades adicionais para cooperação e alinhamento entre várias unidades administrativas na prática de inspeções regulatórias, o que demanda tempo e esforços adicionais, com repercussão nos custos de execução.

Renda *et al.* (2013) assinalam a incidência desses impactos também na seara da iniciativa privada, notadamente devido à adoção dos regimes da autorregulação ou correção, que demandam esquemas próprios de certificação. Em sentido dissonante, as diretrizes dos EUA consideram esses custos inerentes apenas às empresas reguladas.

3.4 Custos financeiros

Custos financeiros dizem respeito aos dispêndios necessários ao financiamento de equipamentos ou aos custos de capital implantados para fins de atendimento à conformidade regulatória exigida. Em decorrência, é usual classificá-los como custos de conformidade, como nos EUA e União Europeia. Entretanto, na taxonomia da OCDE, são identificados separadamente.

Uma das tendências de aferição do crescimento do país decorre da observação do comportamento da demanda, cujo aumento favorece a utilização potencial da capacidade produtiva instalada e repercute na demanda por bens de capital (MIGUEZ, 2016). Entretanto, conforme leitura de Renda *et al.* (2013),

algumas regulamentações podem provocar efeito inverso, inibindo a eficiência da alocação de recursos e desencorajando a entrada de novos players no mercado, por meio da criação de requisitos regulatórios inacessíveis.

No intento de incrementar a capacidade regulatória em prol da eficiência e qualidade, as entidades reguladoras podem demandar, ao lado das despesas operacionais, despesas de capital, tais como: aquisição de veículos, equipamentos de informática, entre outras.

Em linhas gerais, parece evidente que os custos financeiros produzem reflexos nos setores privado e público.

3.5 Custos indiretos

Segundo Titley (2015), denominam-se custos indiretos os impactos incidentais experimentados por terceiros; isto é, por aqueles não abrangidos no escopo da norma. Tais custos, também rotulados como de segunda rodada (incidentais ao objetivo principal das normas regulatórias), se originam das reações do mercado e podem assumir várias formas, incidindo sobre consumidores, empresas, países terceiros, além de outros players.

Dito de outra forma, eles resultam de mudanças decorrentes dos efeitos da primeira rodada dos regulamentos na sociedade (OCDE, 2014). Como ilustração, cumpre sublinhar que os mesmos são transmitidos por meio de alterações nos preços, fechamento de fábricas, disponibilidade e qualidade dos bens ou serviços produzidos no mercado regulado, incluindo escolhas empresariais por fontes alternativas de suprimentos, com afetação no padrão de comportamento do consumidor (efeitos da substituição).

Como ressaltado por Renda *et al.* (2013), o aumento do rigor da regulamentação de segurança das empresas de aviação pode favorecer a redução do número de mortes provocadas por acidentes aéreos. Contudo, poderá haver reflexos no custo das passagens aéreas, o que, por seu turno, pode influir na decisão de muitas pessoas pela preferência de outros meios de locomoção, como veículos automobilísticos. Partindo-se das evidências de que as viagens de carro são menos seguras que as aéreas, o aumento do número de acidentes de trânsito, com vítimas fatais, poderá ser proporcionalmente maior.

No médio e longo prazo, os impactos indiretos tendem a afetar a economia, com reflexos na oscilação de preços e no bem-estar da população. Daí a propriedade do reconhecimento de que eles podem assumir maiores proporções em relação aos custos diretos, sendo premente a análise *a priori* das justificativas das normas que se pretende implementar e seus reflexos em termos de impactos prospectivos na economia.

Além disso, Renda *et al.* (2013) relembram que os custos indiretos podem provocar custos secundários de efeitos não intencionais, propagados pela troca de riscos; a cloração da água é benéfica, pois reduz a propagação de uma variedade de doenças, mas a água clorada é também cancerígena.

Mais do que isso, em defesa da inserção dos custos de transação na categoria de custos indiretos, Renda *et al.* (2013) acrescentam, fazendo um paralelo com as abordagens de Coase e Williamson sobre custos de transação, que a regulamentação governamental não se dissocia da obrigação de facilitar as transações de mercado, levando em conta as seguintes variáveis: busca de contraparte para aquisição de informações relacionadas às transações, tempo gasto na negociação do contrato e custos relacionados ao comportamento estratégico da transação. Opções regulatórias alicerçadas na avaliação das citadas variáveis tendem a contribuir em ganhos reais de eficiência social.

Em breve adendo à importância singular dos custos de transação nas áreas de pesquisa com enfoque institucionalista, a partir de Coase (1937), atribuiu-se ênfase às bases da nova economia institucional e à justificação da importância da análise econômica das decisões públicas à luz dos custos de transação, competindo ao “Direito” atuar como colaborador do sistema econômico. O delineamento de seu raciocínio impõe reconhecer a intervenção do Estado regulador sempre em prol da redução dos custos de transação, respeitando, em primeiro lugar, a capacidade de conciliação das partes na adequada distribuição dos direitos de propriedade e, conseqüentemente, a correta administração dos custos de transação.

Assim como Coase e demais autores da escola neoinstitucionalista, Williamson (1985) é uníssono com a percepção de que as transações são impregnadas de custos, mas associa este dado da realidade aos pressupostos comportamentais: racionalidade limitada e oportunismo. Os indivíduos são seres que possuem limitações computacionais e informações incompletas na realização adequada de suas escolhas. Com o anseio de atenuar os efeitos nocivos, confere

importância às instituições no apoio cognitivo às escolhas e desencorajamento e repressão de comportamentos oportunistas.

Aprimorando o debate, North (2008) apresenta as instituições como “regras do jogo na sociedade” – tanto as regras formais (constituições, leis, direitos de propriedade), regras informais (sanções, tabus, costumes, tradições e códigos de conduta) e suas características de efetividade. As instituições estruturam os incentivos nas interações humanas, sejam elas políticas, econômicas e sociais, e fornecem o enquadramento dentro do qual os seres humanos interagem. Elas imprimem regularidade e padronização ao comportamento humano, permitindo enfrentar incertezas, neutralizar conflitos, reduzir os custos de transação e superar dificuldades de coordenação (CAMILO JUNIOR, 2018). Essa linha de pensamento reforça a percepção de que os custos de transação podem ser exógenos ao sistema jurídico, ratificando, em nome da segurança jurídica, a necessidade de ponderação dos interesses em tela no processo de elaboração de decisões regulatórias eficientes.

Ao que se vê, os custos indiretos não deixam de ser impactos dinâmicos decorrentes das normas que se refletem incidentalmente em mudanças comportamentais dos agentes econômicos.

3.6 Custos de oportunidade

A tomada de decisão envolve a escolha entre possíveis alternativas, levando em consideração, entre outros, o critério de benefícios, o que, não raro, leva a um conflito de interesses, diante da concomitância de diversas expectativas, pontos de vista e demandas que se colocam, todos merecedores de consideração.

Nem sempre é possível elencar, com segura previsibilidade, o rol de possibilidades disponíveis, pois a imposição de requisitos regulatórios tende a interferir na margem de escolhas “preferenciais” das empresas e, dessa forma, muitos gastos, anteriormente destinados a outros fins, tendem a ser deslocados ao atendimento de exigências normativas.

A imperatividade dos atos regulatórios pode deflagrar custos de oportunidade, relativos às perdas sofridas com a aplicação de recursos para determinado propósito em detrimento de outra finalidade que geraria, em tese, maiores rendimentos (DANTAS, 2013).

De acordo com Santos (1994), apoiado nos trabalhos de economistas mencionados no trabalho retromencionado, há aspectos relevantes para a caracterização e utilização do conceito de custo de oportunidade, tais como: i) o conceito de custo de oportunidade pressupõe a existência de duas ou mais alternativas viáveis e mutuamente exclusivas para o agente decisor; ii) o custo de oportunidade está relacionado ao valor dos bens e serviços utilizados; iii) o custo de oportunidade refere-se a algum atributo específico do objeto de mensuração.

Sobre o tema, a OCDE (2014) relembra que muitas expansões empresariais já planejadas e necessárias à capacidade produtiva foram adiadas em função da premente necessidade de adaptação de determinados equipamentos para o adequado alcance aos novos padrões regulatórios impostos.

É crucial recordar que os custos de aborrecimento abarcam também os impactos relacionados às oportunidades às quais se renunciou, devido ao tempo de espera para o deslinde de postulações de índole administrativa e judicial. Pela análise de Titley (2015), esses impactos, quando não atribuíveis a uma obrigação de informação, devem ser mensurados como custos de oportunidade.

Como se depreende, os custos de oportunidade interferem diretamente em vários níveis decisórios e, na prática, podem ser motivados pelo grau de conformidade exigido pela carga regulatória. Abrangem, ao mesmo tempo, decisões mais complexas oriundas de altos escalões hierárquicos, como o destino da atividade empresarial, bem como as rotineiras e mais simples, delegadas, em regra, aos setores mais operacionais; polir ou não polir a máquina x de produção.

3.7 Custos econômicos

Assim como aferir os custos indiretos, custos de oportunidade e financeiros, é imprescindível avaliar os custos econômicos que extrapolam as categorias de custos diretos e substanciais de conformidade (OCDE, 2014). Eles abrangem qualquer reflexo das normas regulatórias nas variáveis macroeconômicas importantes, como o Produto Interno Bruto (PIB) e o índice de emprego.

Não obstante sua relevância, a literatura internacional considera que poucas medidas regulatórias específicas ostentarão custos regulatórios econômicos (macroeconômicos) discerníveis. Em geral, recomenda-se olhar atento a esta

categoria de custos quando forem identificados custos significativos incidentes sobre uma ou mais variáveis macroeconômicas.

De todo modo, segundo a OCDE (2014), há grandes desafios no processo de mensuração dos impactos normativos em variáveis macroeconômicas, até certo ponto. Mesmo assim, adverte a importância de se empregar esforços na identificação de impactos significativos em uma ou mais variáveis macroeconômicas. Diante de um universo de incerteza econômica, é essencial, para a recuperação da confiança e do crescimento da economia, o estabelecimento de marcos regulatórios nacionais funcionais, garantindo mercados transparentes e eficientes.

Pelo ângulo dos impactos econômicos, é necessário que, por meio dos processos regulatórios, se realize um procedimento amplo de levantamento de dados suficientes para que os efeitos de cada alternativa regulatória sejam analisados em todos os aspectos assentados neste capítulo.

Na maior parte dos casos, a decisão do regulador gera impactos micro e macroeconômicos que devem ser analisados, pois o ato normativo pode, ao invés de atender aos interesses da sociedade, gerar um resultado extremamente negativo ao corpo social.

3.8 Normas regulatórias, direitos fundamentais e benefícios não monetizáveis

Como se mencionou, a categorização dos benefícios das normas regulatórias não é tão explícita quanto à abordagem teórica dos custos das normas. Em conformidade com as considerações de Renda *et al.* (2013), tudo leva a crer que os benefícios, por serem os elementos mais observáveis de um regulamento e os menos fáceis de classificar na prática, tendem a passar despercebidos pela literatura internacional.

Isso é compreensível, pois dificuldades práticas contribuem para a precariedade de referências em torno da matéria. De acordo com Titley (2015), ainda são desconhecidos métodos capazes de expressar em termos monetários o valor de uma proteção aos direitos fundamentais, por exemplo.

Sem surpresa, o que “aparentemente” representa um tipo de benefício regulatório para determinado setor pode, ao mesmo tempo, externar impactos negativos e cumulativos para boa parte da sociedade, incluindo o setor público, sendo forçoso lembrar, com apoio das premissas econômicas, que essas mudanças

simétricas no bem-estar se cancelam em nível agregado⁸. Por óbvio, situação inversa também pode ocorrer, beneficiando cumulativamente, direta ou indiretamente, a coletividade.

Para ilustrar, segundo Renda *et al.* (2013), determinado comando regulatório que reduz os níveis de conformidade, atenuando o rigor no fornecimento de informações concernentes à saúde e segurança no local de trabalho, é corriqueiramente recepcionado com bons olhos no ambiente empresarial. No entanto, tem tudo para elevar, a médio e longo prazo, os custos de monitoramento para o setor público, principalmente aos órgãos e entidades encarregados de garantir a segurança dos trabalhadores. Na ausência de esforços dessa natureza, a situação tende a piorar, com propensão à elevação dos níveis de insegurança no local de trabalho.

Em outros cenários, os investimentos necessários para alcançar conformidade podem tornar viável, por meio da experiência regulatória adquirida, a economia de custos.

Questões dessa índole acirram a complexidade e desafios em torno da taxonomia ideal, no plano teórico. Decorre daí a inferência de que as regulamentações se propõem, como impacto final, a melhorar o bem-estar, que pode ser descrito em termos de eficiência ou em outros termos.

Paralelamente, são crescentes as orientações que se espraiam por domínios nacional e internacional sobre os aspectos práticos da análise custo-benefício, que, não raro, deixam a desejar em termos de confiabilidade (BEALES, 2017).

Sobre o tema, Sustain (1995), referindo-se à ênfase sem precedentes à valorização da análise custo-benefício, rememora que a Ordem Executiva nº 13.563, intitulada “miniconstituição para o Estado regulatório americano”, recomenda o prosseguimento da regulação apenas quando os benefícios justificarem os custos, e quando a abordagem escolhida maximizar os benefícios líquidos. Mesmo assim, reconhece que alguns valores são impossíveis de quantificar, como a dignidade humana, e, nesses casos, como solução, exige-se da entidade reguladora o emprego de esforços adicionais para provar que a regra produz benefícios, não quantificáveis, porém significativos.

⁸ Para uma visão detalhada desse aspecto, consultar Renda *et al.* (2013), capítulo 1.

Conforme análise de Renda *et al.* (2013), não obstante a acanhada discussão teórica em torno dos tipos de benefícios das normas regulatórias na sociedade, é possível mapear, assim como os custos, os benefícios das normas regulatórias, que podem ser expressos em termos de benefícios diretos e indiretos, com difusão de efeitos sociais sobre toda sociedade.

Segundo os autores, os benefícios diretos das normas regulatórias podem ser expressos em termos de:

- i) utilidade, bem-estar ou satisfação dos indivíduos, tais aspectos são valorizados por meio de técnicas que permitem capturar a soma das preferências individuais (disposição a pagar) para um futuro estado de mundo. A regulamentação que se predispõe a gerar resultados positivos na saúde humana (redução da mortalidade e benefícios de morbidade) e no meio ambiente (preservação da biodiversidade, redução da poluição, promoção de uso de recursos renováveis, etc) é comumente titulada “regulamentação para salvar vidas”.
- ii) maior eficiência do mercado, incluindo melhorias na alocação de recursos e redução de custos de conformidade. Em geral, o benefício da regulamentação é alcançado quando os requisitos regulatórios contribuem decisivamente no tratamento de um determinado fator, que se deixado a própria sorte (interação das forças de mercado) não culminaria com um resultado eficiente.

Por sua vez, os benefícios indiretos das normas regulatórias podem ser expressos em termos de:

- i) benefícios macroeconômicos mais amplos, como aumentos do PIB, incremento da competitividade e produtividade;
- ii) benefícios não monetizáveis, como a proteção aos direitos fundamentais, estabilidade nacional, etc.;
- iii) produção de efeitos colaterais; benefícios indiretos de conformidade, externalidades positivas, segurança jurídica e justiça corretiva.

3.9 Impacto cumulativo das normas regulatórias e seus efeitos na inovação e desempenho econômico

Como referido, se uma norma isoladamente pode impactar positiva ou negativamente a economia, não é de se estranhar a possibilidade de impacto

cumulativo (altos custos diretos de conformidade) oriundo de normas ambíguas, descontextualizadas, contraditórias ou sobrepostas, com maiores desdobramentos na eficiência dinâmica da economia - ou seja, a capacidade de crescimento e inovação no médio e no longo prazo.

A extensão dos desdobramentos e a consideração dos elementos deflagradores da inovação fogem do escopo de abordagem desta seção; no entanto, é importante identificar no que ela consiste. Em geral, partindo-se da contribuição da ciência econômica, conceito de “inovação” traz a ideia de “criação e implementação” de novos processos, métodos, ideias, produtos e serviços (novas técnicas para a prestação de serviços públicos), tendo por consequência expressivas mudanças econômicas e sociais. A inovação é considerada o elemento propulsor do desenvolvimento econômico.

A dinâmica do processo de inovação requer a adaptação das instituições existentes e exige do mercado a devida importância cíclica como parte das estratégias de negócio (BAPTISTA; KELLER, 2016). Para que o processo seja bem sucedido, é indispensável que os esforços significativos da intervenção regulatória estatal eficiente, levando-se em conta, a partir das alternativas ou possibilidades decisórias existentes, a importância da inovação e suas consequências práticas na economia.

A rigor, em um ambiente de mercado competitivo, é de esperar o lançamento constante de novas soluções inovadoras como norte ao crescimento econômico na perspectiva conjuntural, o que nem sempre é possível. Entre os fatores que interferem nessa mudança, Blind, Petersen e Riillo (2017) realçam a existência de uma grande variedade de normas regulatórias, que influenciam negativamente, em menor ou maior grau, as estratégias e atividades empresariais.

Para os autores, várias dimensões devem ser levadas em conta na elaboração dos regulamentos, como as especificações do setor regulado, os tipos de impacto e seus reflexos sobre as novas, tradicionais e mais antigas empresas do mercado.

Na prática, políticas projetadas para aprimorar a concorrência aumentam os incentivos de inovação, e muitas empresas recorrem a essa importante estratégia para escapar dos efeitos da concorrência acirrada.

As evidências apontam que as empresas já atuantes no mercado apresentam relativamente pouca dificuldade para cumprir os requisitos regulatórios; ao mesmo

tempo, desvelam que as empresas mais jovens mostram mais dificuldades na adequação da conformidade regulatória exigida, precipuamente por lhes faltar experiência.

Se, por um lado, a posição das empresas em relação às fronteiras tecnológicas existentes é elemento importante a se considerar: por outro, a literatura reconhece que, em curto prazo, a conformidade regulatória pode criar ônus à maioria das empresas (novas ou antigas), com reflexos negativos para a inovação. Quando isso acontece, Stewart (2010) nota ser comum desvio de tempo e dinheiro, os quais poderiam ser empregados para as atividades inovadoras, favorecendo a consecução da conformidade regulatória.

Aspecto igualmente relevante ocorre quando as empresas se valem da inovação para escapar das restrições regulatórias, caracterizando, segundo Stewart (2010), a inovação evasiva. Para ilustrar, o autor relembra que a regulação restrita sobre determinado produto final, como os cheques, pode fazer com que determinado banco desenvolva novos produtos finais (transferência de fundos), que estariam, portanto, fora do escopo do regulamento. De outra perspectiva, é bastante comum, quando a cobertura do regulamento é mais ampla, as inovações resultantes do produto ou processo permanecerem dentro da cobertura da conformidade regulatória, sendo tituladas “inovações de conformidade”.

Para Crafts (2006), não obstante a variedade de abordagens que se dedicam a explorar o impacto da regulamentação na inovação, não há dúvidas de que o custo de conformidade reduz os recursos disponíveis para investimentos em pesquisa e desenvolvimento de novos planos de ação. A matemática não falha; menor intensidade de capital, nível reduzido de progresso e inovação.

O cumprimento das normas pode elevar os custos do setor regulado e, a depender de sua proporção, desestimular inteiramente a liberdade de ação empresarial, aumentando a atmosfera de escuridão nos negócios. Ao passo que uma regulação bem projetada tem o potencial contributivo de fomentar o investimento em atividades inovadoras.

Os regulamentos que se dispõem a estimular a inovação assim o fazem por meio de exigências diretas de conformidade. Além disso, seus preceitos são delineados de forma a minimizar a carga total de conformidade e, ao mesmo tempo, mitigar os riscos de invenções imprudentes (STEWART, 2010). É de se notar que a “mera” exigência de inovação resultante de normas regulatórias não é garantia pura

e simples de que a atividade inovadora ocorrerá segundo os princípios e preceitos atribuídos à inovação.

Para Majumbar e Marcus (2001), em referência a pesquisas realizadas, a característica das instituições reguladoras, a flexibilidade do marco regulatório e o comprometimento das instituições governamentais são elementos cruciais na determinação do impacto da regulação na inovação.

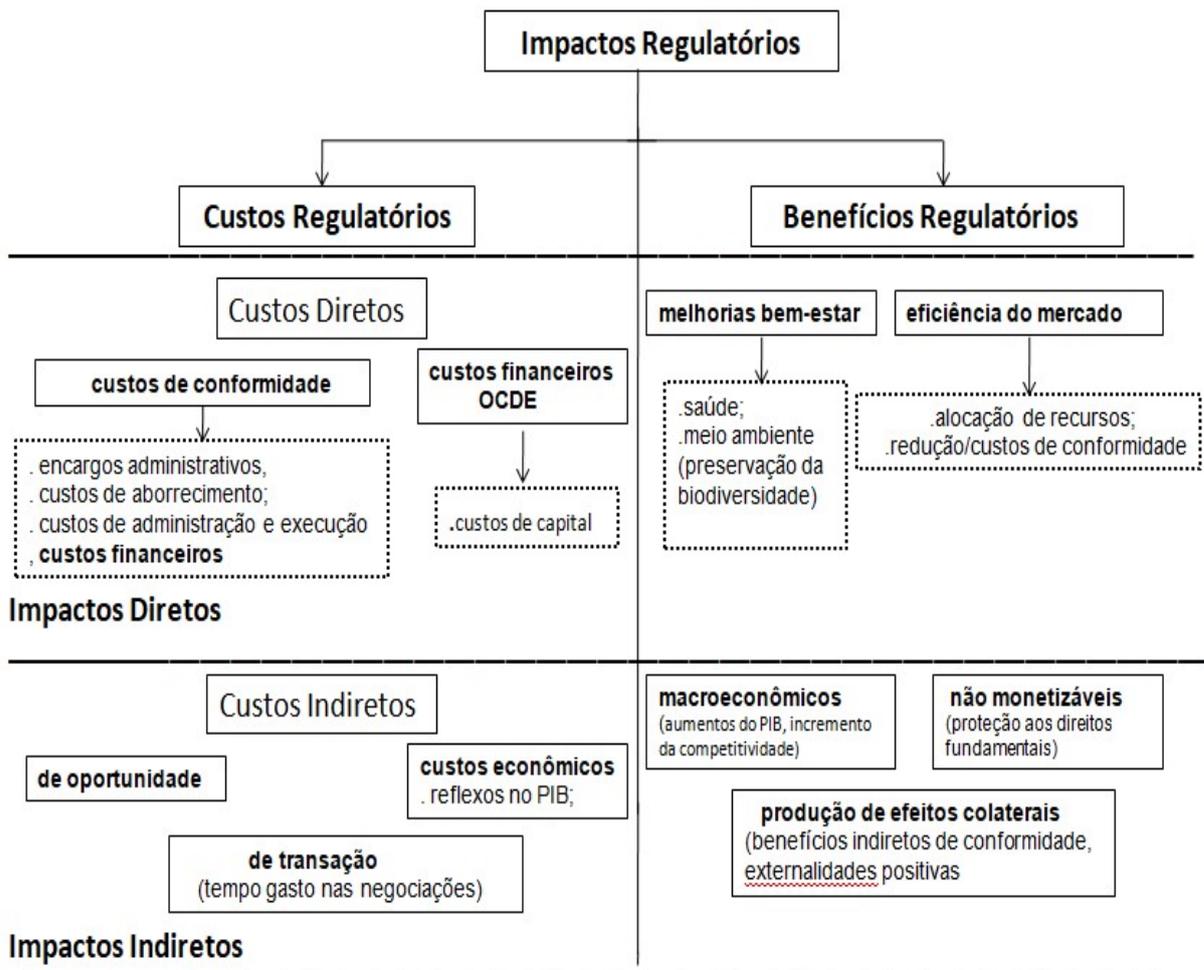
A ausência de um olhar atento a essas determinantes favorece a propagação de ideais radicais em torno da compreensão da atividade regulatória, o que para Beales (2017) se traduz em uma possibilidade real de barreira à inovação, com resultados que nem sempre ocorrem conforme o esperado – mais custos em detrimento do bem-estar.

Ao que tudo indica, no esteio das lições de Levi-Faur (2011), Majumbar e Marcus (2001), são falhas encorajadas pela governança da regulação em si, ou seja, decorrentes da estrutura do processo regulatório em si.

Disso resulta a necessidade de interconectividade da abordagem dos custos e benefícios das normas com requisitos mais específicos que tornem efetivamente apta a função normativa à adoção de medidas preventivas e o enfrentamento, a contento, de eventuais distorções.

Na demonstração abaixo, segue a identificação dos custos e benefícios das normas regulatórias apresentados no capítulo, a partir dos seguintes critérios: **i) impactos diretos:** ia) custos de conformidade e custos financeiros; ib) benefícios regulatórios: melhorias de bem-estar e eficiência de mercado e **ii) impactos indiretos:** iia) custos de oportunidade, econômicos e de transação e iib) benefícios macroeconômicos, não monetizáveis e de conformidade.

Mapa conceitual 2 – Identificação dos custos e benefícios das normas regulatórias



Fonte: Elaborado pelo autor

A terminologia “custos regulatórios” usada pela OCDE abrange todos os custos atribuíveis ao cumprimento de um determinado comando regulatório; de natureza direta ou indireta; arcado ou não por empresas, consumidores, governo, além de outros grupos e autoridades.

Não obstante a larga difusão da Análise de Impacto Regulatório, como processo de orientação responsiva à tomada decisória, permitindo análise prévia das alternativas decisórias (estimativa de impactos e benefícios na sociedade)

existentes para o enfrentamento de determinado problema em questão; não há, segundo a literatura atual, definição clara e pontual dos impactos diretos e indiretos das normas regulatórias.

Na esteira dos desafios a se considerar, é baixa a importância em torno de pesquisas acerca dos benefícios das normas regulatórias e, nem sempre, é dedutível a separação entre impactos e benefícios, o que contribui, segundo alguns autores, na intitulação “dois lados da mesma moeda.” A ausência de convergência de entendimentos dificulta a elaboração da taxonomia ideal.

Mesmo assim, é consenso geral que as categorias de custos regulatórios são relevantes para compreensão do impacto geral da regulação de comando e controle, e devem, na medida do possível, ser contabilizadas. Entretanto, a quantificação destas categorias se torna cada vez mais desafiadora à medida que a análise vai além da exploração dos custos de conformidade e, não raro, os impactos indiretos e macroeconômicos são os que mais apresentam desafios analíticos e incertezas estruturais, segundo esclarecimentos da OCDE.

4 A RACIONALIDADE POLÍTICO-ADMINISTRATIVA COMO POTENCIAL AO PROCESSO REGULATÓRIO

De pronto, é oportuno reconhecer que, em um Estado Democrático de Direito, um sistema de normas e princípios coerentes e bem fundamentados constitui requisito indispensável para a segurança e equilíbrio das relações entre pessoas e instituições (públicas e privadas).

Entre outros princípios, a legalidade é alicerce do Estado Democrático de Direito: sob suas lentes, torna-se possível aferir legitimidade do agir estatal, cujo critério é o desdobramento material do conteúdo normativo da Magna Carta na vida social e econômica, com reflexos na disciplina para atuação cotidiana e para mudanças sociais democráticas o que, portanto, interfere na transformação da sociedade.

Essa inferência encontra sustento na preciosa lição de Sustain (1995), quando sublinha que um sistema comprometido com o Estado de Direito demanda: i) regras claras, gerais e acessíveis voltadas para o futuro; ii) proibição de retroatividade; iii) medida de conformidade entre a lei e o direito material; iv) proibição de mudança rápida no conteúdo normativo; v) vedação de contradições ou inconsistências no texto legal e vi) respeito às competências matérias e legiferantes previstas na Constituição Federal (CF). Em sentido oposto, norma criada no vácuo tende a ser ineficaz no cumprimento de seus objetivos e, não raro, resulta em custos expressivos para boa parte das instituições públicas e privadas, sem contar as consequências não intencionais, sendo preferível, na maioria dos casos, a permanência do *status quo ante*.

Há muito que se reconhece que os sistemas reguladores são constituídos por vários componentes interconectados, que devem funcionar sob a lógica da coordenação, direção e equilíbrio de interações entre sociedade e Estado (BLACK, 2002). Como todo sistema jurídico, as normas regulatórias devem guardar relação de coerência entre si e plena compatibilidade com os demais elementos que informam o ordenamento jurídico brasileiro. Por óbvio, uma estrutura normativa incompatível com os citados padrões propicia falhas no alcance dos objetivos da governança regulatória, com acentuado grau de desperdício de tempo e recursos (SHEEHY; FEAVER 2011).

Nessa linha de argumentação, é crucial levar em conta a exigência mandatória de supressão de regras ultrapassadas, redundantes e supérfluas e, ao mesmo tempo, agrupar aquelas que formam um conjunto acessível (CHEVALLIER, 2009). A recolocação das regras jurídicas sob os vetores da racionalidade e segurança jurídica é um dos desdobramentos práticos da coerência regulatória. Nessa vertente reflexiva, sob o influxo das mudanças de paradigmas apontadas no Capítulo 2, espera-se das normas regulatórias o atendimento a determinados níveis de qualidade, com desdobramentos de benefícios técnicos, econômicos e sociais à coletividade.

Com esse pressuposto, o presente capítulo trata de vetores significativamente relacionados ao fortalecimento da racionalidade do processo regulatório.

O capítulo segue estruturado da seguinte forma. A seção 4.1 tem por objetivo explorar, a partir de premissas sociais e econômicas marcantes, a importância da regulação normativa para o alcance de benefícios à coletividade. Na sequência, a seção 4.2 expõe o papel fundamental da agenda regulatória, como um dos elementos de legitimidade da regulação normativa apta a redução das falhas regulatórias. A seção 4.3 expõe especificamente os vetores, no campo prático, que orientam a racionalidade do processo regulatório normativo, reforçando os determinantes do agir ético da Administração Pública, orientada ao planejamento eficiente e resposta eficiente às demandas coletivas. A seção 4.4 se dedica a traçar breves considerações a respeito das bases que devem guiar a tomada decisória regulatória, num cenário naturalmente marcado desafios múltiplos e nem sempre evitados de previsibilidade.

4.1 Relevância da regulação normativa

A decisão de regular envolve identificar se determinado problema social é suficientemente importante para demandar e justificar resposta regulatória coordenada estatal. Tal como se sustentou no Capítulo 2, muitas vezes isso inclui o uso de ferramentas estatais para intervir na economia, bem como a edição de regras específicas para fins de controle e equilíbrio comportamental de atores não governamentais.

Para Chevallier (2009), a demanda regulatória se manifesta em distintos setores da vida social, decorrendo da premente necessidade de se estipular as

regras do jogo para enquadrar comportamentos de diferentes atores sociais. Segundo Coglianesi, Kilmartin e Mendelson (2009), o grau em que as pessoas desfrutam de importantes direitos sociais e econômicos, com reflexos em igualdade de oportunidades, é intimamente relacionado à importância prática da regulação nas sociedades.

Para Sheehy e Feaver (2011), a necessidade da regulação normativa resulta de desdobramentos de determinados fatos sociais ou econômicos, em variados subsistemas que compõem a vida em sociedade. Para os autores citados, determinado comportamento, reiterado no tempo por um ator, ou vários atores (prática social) pode gerar efeitos sociais preocupantes, com consequências nas relações sociais e econômicas. Quando isso não ocorre, é desnecessária a atenção regulatória.

Como assinalado por Black (2002), nem todo e qualquer tipo de força social é capaz de ativar o exercício das funções regulatórias. Ao revés, a regulação constitui um local específico de atividade social, com padrões bem definidos e resultados amplamente reconhecidos, que demanda constante investigação.

A incapacidade de a sociedade ordenar espontaneamente os relacionamentos não autoriza, portanto, tornar a regulação equivalente a qualquer forma de controle social. Problemas amplos de coordenação social devem ser resolvidos mediante recurso a outros meios, quer sejam centralizados no ente estatal, ou mediante novos padrões de interação entre atores racionais (SHEEHY; FEAVER, 2011).

Como exposto, no rol das redefinições das funções estatais, o papel que preponderantemente remanesce ao Estado regulador é de índole supletiva. Conquanto não abandone integralmente as funções tradicionais de preservação da coesão social e de manutenção da ordem, o Estado, que agora se põe como protetor do futuro e também tecelão (produtor de ligação social), é conduzido cada vez mais ao exercício das atividades estatais em relacionamento com outros atores sociais (CHEVALLIER, 2009).

Como instância máxima do equilíbrio social, o Estado deve intervir ativamente no jogo socioeconômico político e cultural; não raro, assim procede por meio de regras regulatórias, sem ferir o direito à livre iniciativa. Nessas circunstâncias, a regulação é dirigida para criar harmonia social e segurança jurídica: portanto, o efeito desejado (promoção da saúde, educação e concorrência). A rigor, o efeito

social é o gatilho para regular a prática social, seja fomentando-a ou proibindo-a, cujo sucesso remete à lógica de coerência, participação e divisão de responsabilidades entre os governos e cidadão (SHEEHY; FEATHER, 2011).

Como se referiu, a regulação de comando e controle é relevante diante da premência de evitar danos sérios e irreversíveis nas sociedades. Segundo Beck (2006), a tecnologia favoreceu a ampliação do sentimento de segurança coletivo, mas trouxe novos riscos que ameaçam a própria existência humana. No seu entender, ao lado dos riscos ambientais ou relacionados à saúde (mudanças climáticas, impactos não intencionais de determinados produtos farmacêuticos, ou de outra natureza), as ameaças incluem transformações inter-relacionadas na vida social pós-moderna (padrões de emprego, erosão da família tradicional e degradação dos relacionamentos pessoais, entre muitas outras). São riscos que podem envolver muitas nações e, portanto, afetar a qualidade de vida das gerações presentes e futuras.

Novos riscos alimentam as exigências coletivas quanto à maior proteção jurídica, no plano internacional, como regional e nacional. Nesse cenário, a norma regulatória pode representar a garantia de reestabelecimento do sentimento de confiança coletiva.

Desse particular modo de concretização de escolhas regulatórias resultam determinadas condições que deverão ser observadas, aprimoradas no tempo e, até mesmo, facilitadas por meio da inteligência artificial, em direção à efetividade, probidade e presteza dos novos compromissos assumidos pelo Estado na pós-modernidade.

4.2 Agenda regulatória e previsibilidade

Considerando a dinâmica complexa, competitiva e contínua de riscos que marcam a economia pós-moderna, compete às agências reguladoras definir certas prioridades regulatórias, elegendo com o devido fundamento e responsabilidade os problemas que requerem atenção em curto, médio e longo espaço de tempo. Esse é um ponto de passagem obrigatório para a configuração de atributos regulatórios em linha com os princípios anteriormente apontados da *Better Regulation*.

Conforme análise de Coglianese e Walters (2016), o estágio inicial terá impacto decisivo no futuro, notadamente diante dos efeitos das oportunidades

perdidas, renunciadas ou desperdiçadas. Falhas sistêmicas na formação de agendas podem criar preconceitos em relação à política regulatória e dificultar mudanças necessárias de rumo. Via de regra, as dificuldades ocorrem quando os riscos negligenciados provocaram o advento de maiores problemas sociais e econômicos.

Do ponto de vista prático, segundo Howlett, Ramesh e Perl (2013), a montagem da agenda diz respeito ao reconhecimento de que determinados problemas requerem mais atenção e, na maioria dos casos, são originários de influências estatais e não estatais.

Há muito que os cientistas políticos se dedicam à investigação dos fatos e fenômenos sociais que levam à formação de uma agenda política. Kingdon e Stano (1984), no intuito de explicar empiricamente por que alguns problemas entram na agenda, em detrimento de outros “aparentemente” importantes, apresentam uma teoria, baseada na interação de três fluxos de políticas: percepção de problemas, formação e aprimoramento de propostas políticas. Os três fluxos quando se unem e, não raro, isso acontece pelo grau de dinamismo das interações entre os atores sociais, provocam abertura de janela de oportunidade, demandando rápida atenção dos *policy-makers*, eis que as oportunidades de mudança, expansão ou supressão de programas não ficam abertas por tempo indeterminado.

Segundo os autores, as aberturas das janelas podem também resultar de acontecimentos imprevisíveis, como crises, acidentes, escândalos, os quais, quando acontecem, exigem olhar redobrado às etapas de formação do processo normativo, evitando a formação de regras mal formuladas, ou respostas de cunho meramente simbólico à sociedade.

Coglianese e Walters (2016), em alusão às pesquisas empíricas realizadas pelo programa Penn de regulação (Washington), relembram que a formação de agendas regulatórias segue, em geral, o arcabouço analítico desenvolvido por Kingdon e Stano (1984). As evidências apontam que o processo regulatório de formação de agenda é de baixa fluidez, sem transparência e sujeito a uma variedade de impulsos e, não raro, as prioridades são definidas a partir da ocorrência de determinados eventos imprevisíveis.

Dadas as circunstâncias, o conceito de agenda regulatória pode ser interpretado de forma mais estreita ou ampla. A agenda pode significar a lista unificada de ações regulatórias pontuais de curto prazo, ou ações regulatórias e

desregulamentadoras mais amplas, com previsão de execução mais fluida. Não se trata de garantir que o problema em questão será, de fato, resolvido, mas de impedir que o regulador se perca diante de outros problemas que perfazem o cotidiano da regulação.

Por essas razões, não é incomum a opção regulatória pela formação de duas agendas; a primeira, composta por mudanças que agregam boa parte das atividades regulatórias rotineiras, reservando-se à segunda as decisões com impactos econômicos e sociais mais abrangentes.

Não obstante a importância de elaboração de agendas regulatórias, Coglianesi e Walters (2016) lamentam a precariedade de pesquisas em torno do assunto. Eles advertem ser importante investigação e seriedade para melhor compreensão dos padrões e dinâmicas que interferem no rol de prioridades regulatórias e, dessa forma, na lógica subjacente às escolhas regulatórias.

Firmada a premissa do papel articulador e interativo do Estado Regulador, um acordo prévio de conceitos e estratégias de ações favorece a aferição do dinamismo de atuação das instituições regulatórias aos novos desafios tecnológicos e respectivas contribuições ao melhor alcance do bem-estar coletivo. O planejamento é, portanto, elemento crucial para os avanços das políticas regulatórias, sendo forçoso levar em conta que a regulação bem projetada contribui potencialmente ao equilíbrio do funcionamento econômico.

Paralelamente, a constatação de novos problemas é importante aliada na criação de regras de contenção, em paralelo ao controle de custos. Em geral, essas medidas decorrem do feedback proporcionado pelo acompanhamento e controle sistemático dos programas regulatórios em ação. Diante de um universo de interesses plurais que permeiam o dia a dia das sociedades pós-modernas, a percepção das opções regulatórias requer o envolvimento de maior quantitativo de grupos de interesse, com participação ativa ao longo do processo regulatório. Tal contribuição, ainda que não vinculante à tomada decisória, pode ajudar a reduzir potencialmente as falhas regulatórias.

4.3 Participação, transparência e diálogo: fundamentos de legitimidade da regulação

Como se sublinhou, Estado e sociedade não são sistemas autônomos, cada qual tem limites definidos, com regulamentações independentes e mínimas relações entre si; ao revés, ambos são mutuamente dependentes (GARCÍA-PELAYO; 2009). Nessa análise, cumpre levar em conta que a pós-modernidade influenciou vários aspectos da vida contemporânea, repercutindo, inclusive, no processo normativo regulatório.

A formulação das normas regulatórias demanda consideração a determinados valores democráticos para avanços do bem-estar social geral. Em geral, em coerência com as premissas do *Better Regulation*, os procedimentos adequados à elaboração normativa devem primar por decisões legítimas, no intento de alcançar os melhores resultados para a sociedade. Para tão magna finalidade pública, Coglianese (2006) reconhece que os agentes públicos não podem desviar-se de valores constitucionais, como a justiça e transparência”, ainda que seja certo que a criação de regras nem sempre beneficiará todos os interessados. Conforme as circunstâncias práticas, pequenos grupos, muitas vezes, são favorecidos, em detrimento de outros.

A transparência impõe facilidade de acesso do público às informações de natureza regulatória e de acompanhar o planejamento das agências reguladoras, participar dos procedimentos e, ainda, ser informado sobre o resultado deliberado. Mais do que isso, exige-se que os motivos e evidências das decisões articuladas sejam bem explicadas e acessíveis ao público.

É, portanto, indiscutível o papel da agenda regulatória no fortalecimento da transparência, entre outros requisitos. De certa forma, segundo Copeland (2009), a agenda se traduz em um dos métodos mais sistemáticos e democráticos para alertar a sociedade sobre as regras que serão propostas e, com isso, facilitar a preparação de comentários e o maior envolvimento da sociedade, inclusive de *experts*, mediante conhecimento prévio e bem divulgado das diferentes etapas de formação das normas. A rigor, permite que as informações estejam mais prontamente disponíveis e com antecedência razoável a um maior número de interessados, o que pode contribuir para a obtenção de melhores resultados.

O engajamento da sociedade (cidadãos, pequenas empresas, organizações não-governamentais, associações comerciais, acadêmicos, pesquisadores, agentes públicos, além de muitos outros), incrementa sobremaneira a legitimidade da norma e reforça a noção de processo justo, eis que fortalece a consideração de interesses e valores plurais de maneira imparcial (COGLIANESE, 2006).

É inegável que a observância aos vetores constitucionais listados traz melhores resultados em termos de *accountability*⁹, lembrando que a responsabilidade é a essência do *accountability*. Ser responsável significa ter a obrigação de justificar decisões e/ou ações, que podem ser de dois tipos: i) pergunta-se para ser informado sobre orçamento e/ou descrições narrativas de atividades ou resultados, que permitem monitoramento e acesso dos interessados aos dados correspondentes. Na governança democrática, a informação é intimamente ligada à transparência; ii) a prestação de contas vai além do relato, eis que requer justificativas que permitam aferir não somente o que foi feito, mas o porquê. Há um diálogo entre os responsáveis pela execução e os encarregados da supervisão. O resultado das informações dá o colorido do *accountability*, fortalecendo a governança democrática e a cidadania. O percurso aqui delineado facilita e estimula o monitoramento permanente da sociedade, reforçando, pelo ângulo das escolhas públicas, a opção de políticas regulatórias mais comprometidas com o funcionamento de setores-chave da economia.

Para Harter (1982), a legitimidade do processo de criação de regras é umbilicalmente ligada à participação do público. Segundo o autor, o desenvolvimento de técnicas mais consensuais dimensiona a autoridade da regra, imprimindo maior credibilidade e reputação entre todos aqueles que serão afetados por ela.

A participação do público pode ajudar as agências reguladoras a planejar as circunstâncias que enfrentarão, quando a regra for redigida; a experiência do mercado e as articulações prévias podem redirecionar os programas em curso. Comentários prévios são determinantes dos graus de aceitação e resistência que

⁹ Segundo Shedler (2004), o vocábulo, assim como outros conceitos políticos derivados da língua inglesa, não encontra unanimidade na tradução para outros idiomas. Às vezes, se traduz como controle; outras como responsabilidade e, mais frequentemente, como prestação de contas. Quando se refere aos componentes que informam o *accountability*, Brinkerhoff destaca: i) responsabilidade; ii) sanções; iii) localização propriamente dita do *accountability* (atores).

eventual norma poderá enfrentar nos segmentos afetados. Sem sombra de dúvidas, as agências não são oniscientes e, tampouco gozam de recursos suficientes para conduzir pesquisas necessárias para todas as regulamentações em pauta, notadamente quando precisam enfrentar assuntos com os quais não possuem suficiente familiaridade (COGLIANESE, 2006).

Baldwin e Black (2007) aludem ao rigor do diálogo e à importância prática da simetria de informações, lembrando ser equívoco pensar que determinado tamanho de regra servirá bem para diferentes mercados regulados, com identidade de vantagens e desvantagens. Muito além disso, diferentes tipos de normas podem ajudar (ou dificultar) a supervisão e conformidade dos reguladores. Diversos estudiosos do tema admitem que regras detalhadas e precisas podem, a depender do contexto, ajudar os reguladores a desencorajar comportamentos reiteradamente não conformes, sendo úteis para persuadir empresas recalcitrantes, ou céticas na aceitabilidade de mudança comportamental. Da mesma forma, regras precisas podem ser úteis para determinados reguladores, facilitando a aplicabilidade para elevado número de casos simétricos, e, ao mesmo tempo, a interpretação e aplicação por parte de grande número de funcionários.

Ainda com apoio nas lições de Baldwin e Black (2007), a defesa de abordagem baseada em princípios depende do contexto regulatório em exame, especificamente as estruturas de motivações da empresa regulada para o alcance da conformidade e sua atitude em relação ao regime regulatório. Em suma, há várias condições para que a regulamentação baseada em princípios seja bem sucedida.

Não é de hoje que se discute a importância das regulamentações negociadas. Sobre o tema, Pritzker e Dalton (1995) frisam que a criação de regras negociadas, titulada como *reg-neg*, surgiu na década de 80 como uma alternativa aos procedimentos clássicos de formalização e edição de regulamentos propostos. Com a aprovação da Lei de Regulamentação Negociada (1990), os procedimentos se expandiram por meio de esforços cooperativos de diversas agências reguladoras e setor privado.

A ideia é que, em determinadas situações, é factível reunir representantes de entidades regulatórias e vários grupos de interesse para negociar o texto de uma regra proposta. Na prática, os negociadores tentam chegar a um consenso, por meio de um processo de avaliação de suas próprias prioridades e compensações, para

assim alcançar um resultado aceitável nas questões de maior importância. Acredita-se que a regra implementada por meio de um consenso seja mais fácil de implementar, com baixa probabilidade de litígios. No processo de criação de regras negociadas utiliza-se a negociação e o consenso com objetivo de empregar esforços para solucionar os problemas apresentados. A rigor, é um processo que promove atividade criativa oriunda de amplo espectro de interessados focados na edição de melhores e mais aceitáveis regras regulatórias.

Em 1983, a Federal Aviation Administration (FAA) tornou-se a primeira agência federal a experimentar a regulamentação negociada. Na ocasião, montou um comitê para negociar revisão dos requisitos de voo e tempo de descanso para os pilotos de linhas aéreas domésticas. O comitê incluía representantes de companhias aéreas, organizações, grupos de instituições públicas, além de outras partes interessadas. As regras já estavam em vigor há mais de 30 (trinta) anos, sem prejuízo das revisões realizadas ao longo do tempo. Entretanto, o que chamou atenção da FAA foi o sucesso obtido em 1985, com a edição de regra baseada nas negociações e não contestada judicialmente. Desde então, várias agências reguladoras federais passaram a empregar essa prática.

Na mesma linha, a Environmental Protection Agency (EPA) tem adotado o procedimento das regulamentações negociadas, respondendo aproximadamente por um terço dos registros. As regras baseadas em consenso incluem multas para fabricantes de veículos que não atendam aos padrões de conformidade (ar limpo), padrões de desempenho para fogões a lenha, controle de vazamentos de equipamentos químicos orgânicos voláteis, controle de produtos químicos usados na fabricação de móveis de madeira¹⁰.

Outra experiência relevante mencionada nos estudos de Pritzker e Dalton (1995) ocorreu com a Occupational Safety and Health Administration. Por meio da regulamentação negociada, vários padrões foram propostos para o controle e proteção de exposição do trabalhador ao benzeno e a produto químico, conhecido como MDA (um carcinógeno animal usado na fabricação de plásticos). Embora o processo não tenha sido totalmente negociado, chegou-se ao consenso sobre a

¹⁰Outras agências que usaram procedimentos negociados incluem a Nuclear Regulatory Commission, Farm Credit Administration, Federal Communications Commission, Federal Trade Commission, Departments of Agriculture, Education e Health and Human Services, Housing and Urban Development, and the Interior (PRITZKER; DALTON, 1995).

necessidade de emissão de recomendações à OSHA de determinados padrões de segurança, que serviram de base para formalização da regra regulatória. Na sequência, em 1994, a OSHA estabeleceu compromisso para negociar padrões de segurança para trabalhadores que lidam com estruturas de aço.

Para Diver (1983), entre outros aspectos, os parâmetros comumente utilizados para descrever as regras legais não são tão simples assim, respectivamente quando a revisão das normas passa ao domínio do judiciário, acirrando-se os desafios à precisão normativa. Segundo o autor, a discussão sobre o grau de precisão de uma regra deve ser refinada a ponto de se identificar previamente seus benefícios potenciais na afetação do comportamento primário de seus destinatários e desdobramentos quanto aos custos associados.

Assim, quanto mais precisa for a regra, maior a potencialidade de conformidade regulatória e redução dos custos de evasão. A exata medida da transparência tende a desencorajar esforços dispendiosos e criativos de não submissão aos seus efeitos, lembrando que aumentar a transparência nem sempre é o melhor caminho a ser feito, eis que tal comportamento pode acabar reduzindo o grau de conformidade regulatória e aumentar a inacessibilidade da regra. Acrescenta-se, ainda, que alterações subsequentes lançadas à regra podem acabar sendo dispendiosas à sociedade, culminando com grandes perdas sociais.

O alcance ótimo da precisão, o que depende do equilíbrio na interação dos vetores examinados, tende a contribuir na redução, em termos de intensidade, dos conflitos nas arenas política, econômica e social. O intenso debate preliminar, com a identificação dos custos e benefícios associados às formulações normativas em jogo, eleva a seleção da alternativa que potencialize maior benefício líquido social.

O procedimento participativo bem conduzido, com edição de regras disciplinares prévias proporciona aos participantes, inclusive às instituições regulatórias, oportunidades realistas, permitindo que suposições e dados questionados sejam testados por terceiros, inclusive por outros integrantes; portanto, confrontados com diferentes pontos de vista. Por óbvio, o dar e receber, em via dupla, tende a gerar regra mais eficaz e menos onerosa.

Muitas vezes, o consenso pode indicar que a questão em debate não demanda, por ora, edição normativa, o que, na prática, é bem comum no âmbito da

regulamentação de tecnologias disruptivas¹¹ e no universo de matérias rotineiras e de diminuta contestabilidade. Em contrapartida, determinados assuntos já contemplados por regulamentações esparsas podem exigir, em nome da segurança jurídica, um olhar atento às eventuais necessidades de mudanças nas circunstâncias postas naquela ocasião. Em geral, tal requisito é comum quando se identificam novas informações sobre produtos existentes há muito tempo (KAPLOW; 1996).

No intuito de incrementar a racionalidade do processo regulatório, Coglianese (2006) adverte que o nível quantitativo da participação não deve preponderar sobre a qualidade e o equilíbrio da participação. É preciso haver nível ótimo de participação, sendo indispensável que as agências sejam, receptivas a pontos de vista distintos, evitando ser sensíveis a grande número de indivíduos, ou grupos de interesses reprodutores de argumentos já debatidos ao longo do procedimento, para evitar o risco de delongas e custos administrativos desnecessários.

Objetivando superar transtornos, o autor defende a edição de pré-requisitos para que o processo participativo ocorra sem embaraços, tais como: i) o participante deve estar ciente de qual assunto se pretende regulamentar; ii) deve haver a compreensão do suposto grau de afetação de interesses particulares; iii) precisa deter, na medida do possível, experiência técnica; iv) demonstrar capacidade de mobilização de outros interessados no esforço de influenciar os tomadores de decisão; v) estar familiarizado com as oportunidades de participação.

Na esteira dos infindáveis benefícios que se queira considerar, o processo participativo oferece oportunidades de colaboração mútua entre os agentes públicos e privados. Além da superação de assimetrias de conhecimento, retroalimenta a capacidade qualitativa de resposta do setor público e, ao mesmo tempo, estimula equilíbrio regulatório desejável, propiciando, por fim, o acompanhamento sistemático da edição e aplicação das melhorias regulatórias.

4.4 Decisão regulatória e coerência normativa

Além do exposto, para que o procedimento seja exitoso é premente considerar, na fase decisória, a falta de suscetibilidade dos órgãos reguladores a

¹¹ Vide comentários à seção 3.1, Capítulo 3.

influências externas desprovidas de critérios. Para tanto, torna-se indispensável o fortalecimento da independência decisória e de mecanismos apropriados de diálogo externo e interno (INTERNATIONAL NUCLEAR SAFETY ADVISORY GROUP, 2003).

A racionalidade do processo regulatório impõe considerar decisões adotadas com base na ciência e tecnologia, aliada de experiências profissionais comprovadas e explicações claras bem fundamentadas no raciocínio que lastreou a decisão. Exige-se, em prol da segurança jurídica, não menos que consistência, clareza, explicitação de todos os critérios legais e técnicos envolvidos, o que envolve a necessidade de demonstração dos benefícios potenciais e custos decorrentes da ação regulatória para a sociedade. Ao mesmo tempo, todas as alternativas possíveis para o alcance do objetivo da decisão devem ser explicitadas sob a aferição dos impactos diretos e indiretos na vida econômica e social.

É um processo que envolve a superação, a um só tempo, de desafios externos e internos para que se chegue, de fato, à tomada decisória consciente, bem alicerçada e livre de interferências alienígenas ao processo em exame. Os desafios externos a superar incluem interações injustificadas, tentativas de influências políticas e grupos individuais, incluindo fornecedores e organizações não governamentais (INTERNATIONAL NUCLEAR SAFETY ADVISORY GROUP, 2003).

Se, por um lado, cada um dos participantes possui interesses legítimos com a entidade reguladora, sendo prudente rememorar que a estrutura da atividade regulatória envolve comportamento dinâmico e permanente dos reguladores com governos, além de um amplo domínio de atores - Legislativo e Judiciário, bem como os níveis subnacionais e supranacionais de governo e atividades de normatização internacional -, por outro, os interessados e envolvidos no processo podem ir além dos interesses legítimos de interação e acabar comprometendo a independência decisória regulatória e a própria integridade dos reguladores¹². No elenco dos

¹² Sobre o tema, em direção diametralmente oposta àquela que define a regulação como instrumento destinado a resolver falhas de mercado, vale rememorar os achados de Stigler. Stigler (1971) se destacou na literatura econômica, pois foi o primeiro a desenvolver uma teoria econômica da regulação. Os delineamentos e premissas essenciais estão sedimentados no clássico artigo “Teoria Econômica da Regulação”, publicado pelo autor em 1971.

A partir da consideração de que o Estado, como fonte primacial de recursos ou de ameaças, pode ajudar ou prejudicar, seletivamente, expressivo número de indústrias, Stigler passou a sustentar que o objetivo principal da teoria econômica é verificar quais benefícios pode um Estado proporcionar a uma indústria, com reflexos sobre a alocação de recursos. Stigler, partindo do pressuposto de que a regulação sofre influência da indústria, sendo projetada e operada em seu benefício, definiu a

desafios internos a transpor, deve-se considerar as características implícitas aos órgãos reguladores, o que inclui a eventual presença de objetivos e critérios previamente definidos. Recomenda-se, no esteio das boas práticas regulatórias, programas de gestão de competências consistentes, procedimentos e critérios bem delineados de nomeação de pessoal para cargos de direção, chefia e assessoramento. Ações da presente ou semelhante natureza elevam potencialmente a pertinência de boas escolhas regulatórias. Um cenário de instabilidade interna pode corromper a moral dos servidores e interferir na seleção de profissionais para atuar no setor regulado.

Além disso, é fundamental que o órgão regulador conte com orçamento adequado e estável, para favorecer o exercício responsivo das atividades que lhe competem. Como destacado, o apoio científico e técnico, com o recrutamento de especialistas, tende a aperfeiçoar o nível de preparação técnica e, em decorrência, elevar o enriquecimento da informação, além de contribuir na prevenção de erros (CHEVALLIER; 2009). A autonomia financeira, uma das fecundas experiências de aprimoramento do *Better Regulation*, é primordial para o incremento de treinamento e recrutamento de pessoal qualificado, bem como o recurso a *experts*, no intento de melhor esclarecer o sentido do comando regulatório que se queira adotar.

Para alcançar a independência na tomada de decisões regulatórias, incluindo o afastamento preventivo de entraves, é imperioso o exercício da processualidade com clareza, bem documentado, sendo certo afirmar que, não obstante as peculiaridades a se considerar para cada tipo de decisão, há características em comum que garantem melhor independência e qualidade na tomada decisória. Isso inclui objetivos, princípios e critérios fundamentais de segurança incidentes na formação do processo administrativo regulatório, que devem ser especificados, além

regulação como produto, como qualquer outro, cuja principal diferença reside no fato de que o processo político define a estrutura de mercado para a regulação. O trabalho pioneiro de Stigler pretendia reformular o pensamento dos economistas sobre a regulação, transmitindo a ideia de que a regulação aumenta os interesses do setor privado, devido ao reflexo dos incentivos nas relações público-privadas.

A partir destas evidências, muitos estudos foram realizados com o propósito de compreender a natureza da regulação. No entanto, até hoje não se tem uma visão unitária da regulação. Adicionalmente, boa parte dos pensadores contemporâneos não consideram a teoria da captura como boa descrição geral da regulação dos dias de hoje.

Todavia, os ensaios pioneiros de Stigler iluminam as escolhas dos agentes políticos, por meio de uma análise prévia da decisão a ser tomada e sua correlação com o futuro. Em suma, a decisão regulatória deve ser prospectivamente responsável e contribuir para o crescimento do mercado.

dos princípios éticos e códigos de conduta. Tais elementos são de observância obrigatória nas diversas etapas processuais, notadamente no que se refere ao respeito às interações no universo de interessados.

Em reforço aos vetores transparência e segurança jurídica, o processo regulatório normativo exige, conforme leitura de Sheehy (2011) exercício ativo de cautela e prudência na interpretação dos fatos, das regras em vigor, com a finalidade de manter a coerência jurídica com o corpo maior de leis, princípios e normas regulamentares que informam o sistema jurídico. Esse nível de coerência requer relacionamento entre todos os interessados no alinhamento conceitual. Dito de outra forma, sabendo-se que o sistema jurídico é componente do sistema social, a coerência sistemática se protraí entre o sistema jurídico e as estruturas sociais que se desenvolvem além dele.

Em geral, para Turpin e Marais (2004), o processo de tomada de decisão é composto de duas fases: a primeira é considerada como exploratória e, ao mesmo tempo, convergente, pois o foco é reduzir o universo de alternativas postas em discussão para que se possa tomar decisão. Segundo a literatura, a primeira fase é definida como criativa, cujas soluções dispensam, por ora, a edição normativa. Aspectos do tipo estilo e a formação pessoal dos agentes envolvidos desempenham igualmente papel importante. Entretanto, em dado momento (segunda fase), o processo tende a convergir para uma determinada direção, embora nem sempre isso aconteça em tempo razoável.

Se a dúvida perdurar e não houver o receio de postergar a tomada decisória, a fase convergente será concretizada em outro momento, ou postergada indefinitivamente (isso acontece quando não se tem todas as informações necessárias ou quando imatura a opção pela edição da norma regulatória). Nesse caso, permanecerão em aberto as opções até o último momento.

Com fulcro nas lições de Howlett, Ramesh e Perl (2013), o processo costuma não ser linear. Arenas ou rodadas múltiplas e a inserção de novos atores durante o ciclo processual tendem a ser comuns na ambiência regulatória. Isso porque a decisão a ser tomada ostenta amplo grau de afetação na sociedade, atingindo a esfera jurídica de vários interessados, os quais nem sempre trazem anseios comuns. Ao revés, determinados agentes podem gozar de fortes capacidades de persuasão ao longo do procedimento e, não raro, quando isso acontece os

resultados de cada rodada passam a ser realimentados no tempo, deslocando, muitas vezes, as discussões para outras esferas.

Para Turpin e Marais (2004), o desejável é que se chegue a um nível de equilíbrio entre as fases exploratória e convergente. Para fins exemplificativos, os autores relembram que, em determinados ambientes de negócios, a pressão é maior para comprimir as duas fases, e em menor tempo possível, mesmo sabendo-se que muitos interesses, pela sensibilidade da matéria, precisam ser considerados.

É preciso reconhecer, como elemento facilitador de tempo e recursos, que diversificadas ferramentas digitais estão cada vez mais difundidas e compreendidas em relação aos tradicionais métodos de decisão. Tais mecanismos favorecem a otimização do uso do tempo, facilitando possibilidades de experimentação e o sucesso da decisão final.

Em síntese, segundo Mendes (2018b), a definição de parâmetros necessários à tomada decisória, informada pelos vetores da transparência, simetria das informações, intervenção, imparcialidade, motivação e isonomia, previne elevados custos diretos de conformidade (encargos administrativos, custos de aborrecimento, custos de administração e execução, custos financeiros), assim como custos indiretos (custos de transação) à sociedade e ao ambiente de negócios, potencializando o caráter responsivo da decisão.

Em coerência aos esforços significativos promovidos pelo *Better Regulation*, a tarefa de melhorar a qualidade do resultado regulatório assume cada vez mais novas dimensões permeadas por ferramentas consistentes e revestidas de apoio mútuo, num processo contínuo de expansão a identificar os resultados desejados à luz da melhor relação custo-benefício.

Não obstante a configuração do novo agir estatal, confrontado agora com novos dados que modificam a governança, é certo que a última palavra no ciclo de formação decisória é conferida ao Estado¹³, considerado no seio da constituinte brasileira “a condição para o desenvolvimento econômico e a paz social, bem como uma garantia contra a instabilidade do mundo.” (CHEVALLIER, 2009, p. 24). Entretanto, o poder decisório se torna legítimo quando exauridas as regras

¹³ Segundo Mendes (2018b, p. 137-138), “(...) à Administração Pública cabe a última palavra no processo decisório, eis que a ela foi delegado o papel constitucional de instrumento concretizador da justiça social e garantidora dos valores constitucionais, competindo assim a proteção e aplicação da moldura constitucional e infraconstitucional, o que assegura e facilita ao mesmo tempo a delimitação de deveres e a visualização das possibilidades do agir estatal”.

informadoras do princípio constitucional do devido processo legal, o qual reclama os vetores da participação, transparência e o diálogo em exigência basilar do Estado Democrático de Direito.

5 OLHAR RETROSPECTIVO PARA A REGULAÇÃO E SEUS POSSÍVEIS DESDOBRAMENTOS

Ao longo da presente Tese – em especial no Capítulo 2 – discutiu-se que o excesso regulatório e seu espaço “indevido” em agendas políticas de diversas nações, notadamente sob a preocupação de que as normas regulamentares precisam ser empiricamente informadas e democraticamente responsivas, vocacionadas ao crescimento econômico e criação de empregos, com potenciais benefícios à população.

No Brasil, essa tendência foi materializada por meio da edição do Decreto Federal nº 10.139, de 28 de novembro de 2019, que dispõe sobre a revisão e a consolidação dos atos normativos inferiores a decreto, como portarias, resoluções e instruções normativas. O teor do texto do documento citado indica o intuito de empreender esforços para eliminar ambiguidades, duplicações, supressão de normas revogadas tacitamente, cujos efeitos estejam exauridos no tempo, bem como aquelas vigentes, que demandam necessidade de ressignificação.

Apesar de corrente o entendimento doutrinário pela adoção da análise de impacto regulatório (AIR), há certo consenso, tal como explorado ao longo do Capítulo 2, de que essa modalidade analítica ainda abriga incertezas e não extrapola meras prospecções de custos e benefícios.

Tal interpretação encontra respaldo nas considerações de Sustain (2014a), quando refere que a análise de custo-benefício *ex ante* é baseada em suposições inverificáveis e permeada de controvérsias. Por seu turno, Veljanovski (2010) antecipou que os estudos não são diretos e, via de regra, apresentam baixa qualidade. Decorre daí a importância de rememorar que os efeitos da regulação podem ser difíceis de identificar, ou de prever com margem de segurança. Por enquanto, sabe-se que um dos reflexos nos tempos atuais foi o rápido incremento de novas escalas de desenvolvimento científico e tecnológico, assim como os meios de informação e produção, o que dificulta a obtenção de resultados mais próximos da exatidão.

Segundo a literatura internacional, é imperativo obter maior rigor no estabelecimento de métodos de avaliação que permitam minimizar os impactos nocivos das normas regulatórias redundantes, inconsistentes, sobrepostas, defasadas e frustrantes.

A partir desses desafios, é urgente explorar o empenho contínuo na construção de cultura regulatória de avaliação regular, à luz do *Regulatory Lookback*, particularmente no que se refere à verificação dos seus efeitos no cenário internacional, por meio de dados concretos, informações simétricas e padrões de planejamento mais exigentes que se traduzem no empenho contínuo na construção de cultura regulatória de avaliação regular.

Com esses fundamentos contextualizadores, o presente capítulo está estruturado da seguinte forma: A seção 5.1 explora a consolidação e abrangência do *Regulatory Lookback* no cenário internacional. Em sequência, na seção 5.2, sublinha-se a importância de bases sólidas de planejamento como bússola à segurança e sucesso do *Regulatory Lookback*. Em seguida, na seção 5.3, expõe-se, sem a pretensão de exaurir a matéria, e a partir da experiência americana, alguns casos que materializam o procedimento de análise. Em continuidade, a seção 5.4 se dedica a explorar os desafios futuros em termos de consolidação e fortalecimento do processo de avaliação das normas regulatórias, na teoria e prática regulatória.

5.1 *Regulatory Lookback*: conceituação, abrangência e consolidação na ambiência internacional

Na ambiência regulatória internacional, a retrospectiva da regulação tem sido alvo de constantes aperfeiçoamentos, o que, no entendimento de Sustain (2014b), traduz o empenho contínuo no aprimoramento efetivo dos resultados da regulação, por meio de oportunidades de simplificação normativa.

Para ilustrar, é cediço sublinhar que, a partir do governo Obama, diversas agências empreenderam esforços significativos nas revisões de regulamentações. Tal iniciativa, consoante a leitura de Coglianese (2017), representou passo importante no sentido de institucionalizar a avaliação retrospectiva¹⁴. Na sequência, vieram à tona outras ordens executivas¹⁵ que aprimoraram o processo de revisões

¹⁴ Não obstante institucionalizada a partir do governo Obama, Coglianese (2017) defende que a revisão retrospectiva é o espelho da análise prospectiva que perdurou na década de 1970.

¹⁵ Para ilustrar: Obama editou a Ordem Executiva n° 13.563, de 2011 (Melhoria da Regulamentação e Revisão Regulatória), que, além de trazer importantes ajustes na realização das análises de impacto regulatório, inovou ao exigir a realização de análise retrospectiva. O sistema regulatório deve medir e buscar melhorar os resultados reais dos requisitos regulamentares, sendo prudente que as agências se envolvam na revisão periódica das regulamentações significativas existentes. Na sequência, vieram a tona outras ordens executivas em sentido semelhante.

periódicas, fomentando a redução considerável de regras ultrapassadas do código de regulamentos federais, as quais demandavam olhar atendo à pós-modernidade.

Jordão e Cunha (2020) sublinham que a avaliação, após a implementação da norma regulatória, possibilita a verificação dos seus efeitos no mundo fático, por meio de dados concretos e informações mais simétricas, havendo menor dependência de informações do setor regulado. A pretensão é de garantir que a regulação seja empiricamente informada, com benefícios potenciais à economia.

É crucial levar em conta que, sendo mais fácil identificar normas defasadas e dispendiosas à sociedade, as bases dessa avaliação foram incorporadas em diversas jurisdições estrangeiras mais avançadas, em termos de boa governança regulatória, e, na prática, se resumem à sistematização e institucionalização de revisões constantes do estoque regulatório. Decorre daí que hoje sua leitura é transfronteiriça.

A primeira evidência da necessária aproximação à racionalidade e coerência regulatória, conforme sustentado no Capítulo 4, é a vinculação do *Regulatory Lookback* à cooperação internacional. Para ilustrar, em 2012, foi emitida Ordem Executiva 13.609, (UNITED STATES OF AMERICA, 2012) destinada a reduzir encargos excessivos e fomentar a simplificação normativa por meio da cooperação regulatória internacional, cujo intuito predominante, segundo Sustain (2014b), era eliminar disparidades injustificáveis entre as nações. Com base nesse dado de realidade, muito se deve fazer, subsistindo o otimismo de que a cooperação regulatória internacional e a redução de encargos cumulativos são os maiores compromissos em termos prospectivos.

Assim é que a ampliação do escopo desse compromisso avaliativo e das dimensões de interesse público levou Sustain (2014b) a admitir que a avaliação retrospectiva abraça novas direções, com diferente espectro de abrangência: i) simplificação da carga regulatória vigente, eliminando-se as normas que não mais atendem à realidade; ii) assunção de requisitos para promoção da participação pública no processo *Regulatory Lookback*; iii) aumento do interesse internacional na

Por sua vez, a Ordem Executiva n° 13.610, de 2012 foi editada com a finalidade de modernização do sistema regulatório e redução dos encargos e custos regulatórios injustificados. Reconhece, particularmente em tempos econômicos desafiadores, a necessidade cautelosa de não se impor requisitos regulamentares injustificados. Por essa razão, adverte que as agências devam conduzir análises retrospectivas das regras existentes para examinar se elas permanecem justificadas e devem ser modificadas ou simplificadas à luz das circunstâncias alteradas, incluindo o surgimento de novas tecnologias.

eliminação de barreiras injustificadas ao comércio e às exportações, sendo de mais valia a cooperação internacional na promoção do crescimento econômico e criação de oportunidades laborais; iv) manejo de ferramentas mais simples, de baixo custo, não coercitivas e empiricamente bem informadas.

Por evidente, a análise prospectiva nem sempre indica oportunidades para simplificação. O contexto atual, considerando a velocidade dos fatos sociais, pode servir como indicativo de expansão regulatória, não sendo de se estranhar, a presença de regras que tendem a se acumular, vigentes em nações onde predominam tecnologias obsoletas, apresentando requisitos repetitivos (impostos pelos estados), o que aumenta a probabilidade de ocorrência de danos não intencionais.

Tal percepção reforça, como afirmado, a insuficiência da análise prospectiva de custos e benefícios, que deixa a desejar, principalmente no enfrentamento dos problemas atinentes aos impactos ocasionados pelos fardos cumulativos das normas regulatórias. Segundo Greenstone (2009), a maioria das regulamentações segue a análise custo-benefício antes de sua implementação, o que a torna vulnerável a controvérsias, potencializando o sentimento de insegurança jurídica coletiva. O que se tem, no “*status quo ante*” à implementação normativa, são meras suposições especulativas que, nem sempre, se revelam confiáveis à realidade regulatória. Por essas razões, o autor destaca a análise retrospectiva como valioso mapeamento daquilo que realmente deve vigorar, facilitando a revogação ou simplificação de regras menos eficazes, e, até mesmo, a expansão daquelas que funcionam adequadamente, o que contribui para o fortalecimento do sistema regulatório.

Valorizando o olhar retrospectivo, VINIK (2018) argumenta que há concordância universal quanto à necessidade de reformular o estado regulatório, lembrando que, ao longo do primeiro ano do mandato de Trump, foram lançadas ordens executivas destinadas a desaceleração do fluxo de novas regras, imprimindo a mensagem de que as agências deveriam averiguar, antes de dar seguimento aos processos normativos em pauta, se os regulamentos existentes ainda se revelam úteis e por quanto tempo.

Em suma, permanece com ênfase nas jurisdições estrangeiras a imperiosa necessidade de re-análise do estoque regulatório como condição prévia à

inauguração do processo regulatório normativo, além de reduzir encargos desnecessários e dispendiosos à sociedade e ao crescimento econômico.

Já se expôs reiteradamente a importância do planejamento, para que se tenha regulação promissora, em clara alusão ao princípio da segurança jurídica e compromisso com os valores democráticos. Como não poderia deixar de ser, exigência semelhante se dirige à avaliação retrospectiva, sendo prudente examinar a formatação adequada de planos de revisão retrospectiva¹⁶, para que a iniciativa seja bem sucedida e retroalimentada no tempo, de forma a estimular outras unidades políticas a contemplar tais esforços em seus planos futuros.

5.2 Planos de revisão retrospectiva: destaque à transparência, participação e diálogo

Na promoção dos objetivos de governança sólida, há que se pensar em abordagem confiável e baseada em seguras evidências, critérios plausíveis, investigações subsidiárias, diálogo e interconexão de diversos interlocutores, sob o alicerce da variedade de saberes, para o sucesso do *Lookback Regulatory*, evitando-se desperdício de tempo e energia e, com eles, o atraso regulatório.

Discute-se, no plano internacional, a propriedade de um guia geral, não vinculativo, destinado a fornecer bases seguras à realização de pesquisas cuidadosas, sistemáticas e rigorosamente empíricas.

Sobre o tema, em complemento aos esforços do governo federal dos EUA, Coglianese (2017) relembra os efeitos da Circular A-4 (OFFICE OF MANAGEMENT AND BUDGET'S, 2003), que estabelece diretrizes gerais (contexto da causalidade, padrões exigentes para pesquisas e análises estatísticas) como estrutura para análises regulatórias retrospectivas de elevada qualidade. Em decorrência, assume que as nações deveriam empenhar-se na criação de diretrizes comparáveis às da citada circular.

Em relação às etapas a percorrer, considera fundamental a inclusão em cada análise de impacto regulatório de um plano de avaliação subsequente à regra proposta. O plano, previamente divulgado à coletividade, incluindo a ambiência

¹⁶ Tal iniciativa foi fomentada pela Ordem Executiva 13.563, (UNITED STATES OF AMERICA, 2011). Em decorrência, várias entidades reguladoras desenvolveram e disponibilizaram para comentários públicos planos de revisão retrospectiva, os quais identificam mais de quinhentas iniciativas devidamente formalizadas e compartilhadas, com antecedência necessária, com o público.

acadêmica, serviria como guia, sempre que a agência, autoridades públicas ou a coletividade, considerassem apropriada a revisão da regra em vigor, incluindo: i) formas de operacionalizar os objetivos da regra proposta, detalhando métricas que poderão ser utilizadas para avaliar se os objetivos normativos foram alcançados; ii) fontes de dados atuais, sem prejuízo daquelas que precisariam ser desenvolvidas com certa urgência e segurança; iii) período de tempo ideal para que a avaliação retrospectiva aconteça; iv) pesquisas ou projetos analíticos que subsidiariam a avaliação da norma (fontes de variação transversal ou longitudinal, possíveis abordagens estatísticas, outros fatores explicativos potenciais, entre outros).

Para fins de promoção adequada à participação pública, as agências reguladoras deverão estimular o debate coletivo a respeito das regras que devem ser revisadas e dar publicidade, com antecedência razoável a reformas que tenham o condão de gerar economias significativas e quantificáveis (UNITED STATES OF AMERICA, 2011).

O conhecimento é fruto de construção conjunta: o sucesso da aprendizagem depende do compartilhamento prévio de relatórios regulatórios passados ao público e planos futuros, com detalhes precisos das metas e respectivos prazos (COGLIANESE, 2017). Nesse sentido, deve-se lançar mão dos avanços tecnológicos, disponibilizando-se à coletividade acesso online e, em tempo hábil, ao objeto da consulta prévia, o que permite, na leitura de Puigpelat (2004) superar exponencialmente as limitações espaço-temporais.

Além disso, em reforço aos pilares da coerência regulatória, considera-se primordial maior engajamento das indústrias, setores regulados, poder público e estruturas sociais existentes, no intento de manter o alinhamento da simplificação normativa que se pretende (UNITED STATES OF AMERICA, 2011), sem perder de vistas a meta de harmonização com a inovação, considerando sua importância estruturante no crescimento da economia.

Há que se buscar, ainda, as melhores técnicas disponíveis para quantificar os benefícios atuais e futuros antecipados com a maior precisão possível, de forma que os benefícios possam justificar os custos (UNITED STATES OF AMERICA, 2011). Infere-se do presente raciocínio a importância crucial de consideração e compartilhamento coletivo das abordagens flexíveis que possam contribuir na

redução dos encargos, incentivando o processo de regulação negociada¹⁷. Tal entendimento restaura a crença, em deferência ao esclarecimento de Black (2002), de que a regulação é uma atividade que se desdobra para além do Estado, abarcando uma variedade de formas de relacionamento entre Estado, lei e sociedade, com a intenção de produzir resultado (s) previamente identificável (s).

Trata-se, portanto, de envidar esforços na construção de revisões rigorosamente empíricas em substituição às “impressionistas” (COGLIANESE, 2017).

Segundo a Circular A-4 (OFFICE OF MANAGEMENT AND BUDGET'S, 2003), nem sempre os benefícios e custos, principalmente as consequências das opções regulatórias são conhecidas, embora apresentem elevada probabilidade de concretização. Nesse sentido, o Office of Management and Budget's (2003) considera fundamental a análise das incertezas relacionadas às decisões e apresentadas como parte da análise regulatória geral. É decisivo o olhar atento à variabilidade estatística dos elementos-chave subjacentes às estimativas de benefícios e custos. Como exemplo, expõe a mudança esperada na distribuição de acidentes automobilísticos decorrentes de mudança nos padrões de segurança automotiva. Acredita-se que, ao avaliar de antemão as fontes de incerteza e a forma como as estimativas de benefícios e custos podem ser afetadas por suposições plausíveis, os tomadores de decisão possam obter melhores informações sobre os efeitos e as incertezas oriundas de ações regulatórias alternativas.

Em geral, o Office of Management and Budget's (2003) considera que as regras devem ser rigorosamente avaliadas, especialmente quando, tão logo publicadas, apresentarem elevados custos e diminutos benefícios líquidos. Restando comprovado que os custos da regra são substancialmente maiores do que aqueles estimados na análise de impacto regulatório, deve-se proceder, além de outras hipóteses contempladas na Circular A-4, à rigorosa avaliação retrospectiva. A finalidade precípua é garantir que, a partir de leitura prévia e atenta aos valores democráticos, os benefícios justifiquem os custos.

Para Sustain (2014b), a avaliação retrospectiva pode revelar grandes oportunidades de melhoria regulatória, com potenciais benefícios à economia. De

¹⁷ A depender do contexto fático em exame, os procedimentos de desempenho flexíveis podem se revelar melhores do que os padrões regulatórios rígidos, competindo lembrar que a implementação de estratégias mais leves pode contribuir na escolha privada de melhores ferramentas para a consecução das metas sociais em questão.

acordo com sua leitura, de longa data, esse tipo de análise pode até mesmo ajudar a melhorar os métodos de análise de impacto regulatório. O percurso das etapas apresentadas, proporcionado pelo dinamismo da abertura intelectual ao debate, favorece a extração de máximo aprendizado e, com ele, a incorporação, se for o caso, de mudanças significativas no conteúdo da medida regulatória examinada.

Além disso, Chevallier (2009) reforça a lógica do Estado pós-moderno na formação de identidades coletivas e preservação da ordem, considerando o avanço constante da ciência, tecnologia e riscos correspondentes.

5.3 *Regulatory Lookback*: experiência internacional

Com a edição da Ordem Executiva n° 13.563, (UNITED STATES OF AMERICA, 2011), foram lançados, em prazo exíguo, planos preliminares para execução dos procedimentos vocacionados ao Regulatory Lookback. Segundo Sustain (2014b), a Agência de Proteção Ambiental e os Departamentos de Comércio, Transporte, Interior, Segurança Interna, Estado e Tesouro debateram previamente a ideia com a coletividade, notadamente em relação à regulamentação que deveria sofrer revisão.

Registra-se que, em maio de 2011, em clara alusão ao reconhecimento da participação coletiva, as agências disponibilizaram ao público seus planos preliminares, incluindo o rol de reformas em torno da simplificação e eliminação da carga regulatória normativa. Em agosto de 2011, já circulavam 26 (vinte e seis) planos, que incluíam mais de 580 (quinhentos e oitenta) medidas tendentes a reduzir os impactos na economia (bilhões de dólares), sem contar a redução da carga burocrática e encargos regulatórios.

Sem o propósito de exaurir a referência aos casos de sucesso observados ao longo do tempo, Sustain (2014b) rememora que, desde a década de 1970, o leite era associado ao “óleo” em derramamento e sujeito a regras custosas, em semelhança ao tratamento empregado ao óleo. Irresignada, a comunidade agrícola conclamou os préstimos da EPA para afastar essas restrições. A partir de seu plano de revisão retrospectiva em ação, a EPA concluiu que não se justificava boa parte dos requisitos incidentes no setor agrícola, culminando na materialização de norma regulatória que isentava o setor dos encargos elevados ocasionados pelo derramamento de leite. Estimou-se uma redução para 5 (cinco) anos de mais de

setecentos milhões de dólares. Tal iniciativa deu azo ao conhecido ditado popular “*não chore pelo leite derramado*”.

Havia exigência de que os postos de gasolina colocassem controles de poluição do ar nos bicos dos veículos que possuíssem passagem do gás. Após a constatação de que o aprimoramento tecnológico contribuiu para a fabricação de carros e caminhões com recursos eficazes de controle de poluição do ar, a EPA considerou redundante e desnecessária a regra regulatória, e a sua eliminação em nada aumentaria a poluição. Estimou-se economia de trezentos milhões de dólares para os próximos cinco anos.

Na sequência, após provocação impulsionada pelos profissionais da saúde, o Departamento de Saúde e Serviços Humanos (HHS) removeu inúmeros requisitos regulamentares, os quais eram desnecessários aos hospitais e prestadores de saúde – redução essa estimada em mais de cinco bilhões de dólares para os próximos cinco anos. Além disso, o HHS eliminou certas restrições anacrônicas ao uso da telemedicina, beneficiando a população rural com atendimento de qualidade, por meio do auxílio de computadores e telefones. Apesar de se estimar redução de sessenta e sete milhões de dólares para os próximos cinco anos, é difícil mensurar os benefícios significativos para médicos e pacientes.

Os Departamentos de Comércio e Estado empreenderam um rol de ações para eliminar as barreiras às exportações, incluindo requisitos regulatórios duplicados e desnecessários, de forma a eliminar a incerteza dominante no segmento comercial.

Cumprir sublinhar, em reforço ao que se expôs no Capítulo 3, a constatação prática de que muitas iniciativas retrospectivas apresentavam benefícios significativos, mas de difícil monetização; como os empregos gerados e fomento aos empreendimentos internos e além das fronteiras nacionais.

As iniciativas em destaque atraíram muitos adeptos e culminaram com a inauguração de uma cultura de análise retrospectiva. Em 2012, a partir do processo de aprendizagem obtido, a análise retrospectiva dependeria do cumprimento de três princípios basilares: i) alcance de um número maior de participantes e engajamento do público no fornecimento de ideias reformistas; ii) olhar cuidadoso e prioritário às reformas que ostentam impactos significativos; iii) publicização de todo processo ao

amplo domínio de interessados e todos os afetados pela regulação, que, em maior ou menor grau, interagem com setores regulados.¹⁸

De forma geral, atendo-se à percepção comum e crescente em vários países de que a inflação normativa regulatória sufoca a atividade econômica, a ênfase na redução dos custos culminou com a propagação de um novo “tipo” de política de compensação regulatória conhecido também como “one-in, x-out” (TRNKA; THUERER, 2019). O objetivo desta abordagem é compensar as novas regulamentações, reduzindo-se as existentes, por meio da definição de metas quantitativas líquidas tendentes a diminuir os custos administrativos. Para cada regulação que se pretende introduzir x regulações devem ser eliminadas; por exemplo: No Reino Unido, para cada nova regulação que entra no contexto regulatório, três normas devem ser eliminadas (uma entra, três saem), e essa informação tem que constar obrigatoriamente no formulário da Análise de Impacto Regulatório (Cf. mudanças implementadas em 2015, previstas no *Business Impact Target*, apoiadas com a abordagem de *one-in, three-out*).

Segundo a OCDE, o Reino Unido foi o primeiro país a oficializar a abordagem de compensação regulatória como política oficial do governo, com a introdução em 2011 da política “one-in, one-out, e que foi posteriormente revisada e denominada “one in, three out”; outros países, como Canadá, Espanha e Alemanha acompanharam o movimento, respectivamente em 2012, 2013 e 2015.

Em relação à experiência europeia, na linha dos esforços trazidos com a institucionalização do *Better Regulation*, já era estampada a percepção quanto ao papel fundamental do processo de avaliação permanente das regulamentações editadas. Pode-se dizer que o *Better Regulation Agenda*, de 2003, foi suficiente para manter terreno fértil à plantação de boas sementes, que mais tarde difundiriam o *Lookback Regulatório*, o que, de fato, aconteceu por meio da abordagem *Smart Regulation Agenda*, instituindo o *Evaluate First Principle*. Em linhas gerais, é condição obrigatória, para o processo de edição de novo comando normativo, a avaliação prévia de todas as medidas regulatórias em vigor destinadas ao enfrentamento do mesmo problema.

¹⁸ Sobre o tema, a OCDE reforça a importância do exercício da coordenação aberta e cooperativa no rol de recomendações ao exercício da boa governança regulatória (ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 2012).

O Canadá foi a primeira unidade política a elevar em nível legislativo a regra da compensação regulatória, disciplinando seus critérios. A *Federal Policy on Evaluation*, de 2009, foi precursora do processo de institucionalização da análise retrospectiva, verificando as políticas que efetivamente funcionam e aquelas que deixam a desejar, quando cotejadas com os objetivos previamente definidos. No rol das exigências previstas no documento *Directive on the Evaluation Function*, as agências ficariam encarregadas de editar e enviar a um órgão central dois tipos de planos: i) por meio do *Rolling Five Year Departmental Evaluation Plan*, as entidades reguladoras estabeleceriam um cronograma de cinco anos para viabilizar a revisitação dos programas regulatórios; ii) o *Performance Measurement and Evaluation Plan* (PMEP), considerado o segundo plano mais específico, acompanharia proposições normativas de alto impacto, abarcando procedimentos e respectivos cronogramas para análise *ex post* da norma que esteja em vigor.

Em 2016, em clara alusão ao sucesso da política, o programa sofreu revisões (CANADÁ, 2016). Entre as mudanças, é oportuno destacar: i) introdução do *Performance Information Profiles*; funcionaria como um documento permanente para cada norma lançada, reunindo, além dos dados necessários para viabilizar revisões futuras, informações precisas das avaliações retrospectivas realizadas e as dificuldades encontradas ao longo do caminho; ii) elaboração de um registro digitalizado unificado de dados, contendo as percepções das análises das normas e programas federais e iii) obrigação de avaliações periódicas para programas que gerem custos acima de cinco milhões de dólares canadenses por ano.

Na sequência, Coréia, EUA e México e França introduziram suas versões. Em reconhecimento aos benefícios obtidos na contenção dos custos regulatórios, outros países, como a Finlândia, seguem na conclusão de projetos-piloto para implementação da política *one-in, one-out*.

Nos Estados Unidos, no fim do governo Trump, com a edição da Executive Order 13771 (UNITED STATES OF AMERICA, 2017), passou-se a priorizar a redução de custos por meio da introdução da regra “*two for one*”, de efeitos vinculantes à estrutura administração dos EUA, por meio da qual para cada regulação editada, duas normas devem ser revogadas. A finalidade declarada é inibir e reduzir substancialmente o estoque de regulações, de forma que a agência, que deseje inaugurar determinado procedimento normativo, deverá indicar previamente as normas desnecessárias que deverão ser revogadas. A lógica é

simples: i) “dois para um”, para cada regulação proposta, duas normas antigas deverão ser indicadas para revogação, para compensar os novos custos; ii) fixação de regra orçamentária, os custos totais impostos para cada entidade reguladora seriam iguais a zero e cada agência passaria a ter o direito a uma dotação (positiva, negativa ou até mesmo igual a zero) de custos incrementais¹⁹.

A premissa básica é incentivar que as agências assumam compromissos tendentes à eliminação de regras redundantes e, ao mesmo tempo, frear a “compulsão” de novas regras.

Em compromisso com os ideais da racionalidade político-administrativa como potencial de incremento ao processo regulatório, observou-se tendência ao aprimoramento dos requisitos já colocados em prática no processo *Regulatory Lookback*, como etapa importante de inclusão na agenda regulatória. O engajamento de muitos adeptos culminou com discurso compartilhado entre diferentes países²⁰ e pulverização de projetos de pesquisa, em sintonia com os princípios da boa governança regulatória.

5.4 Sedimentação e fortalecimento da avaliação das normas: desafio no campo da teoria e prática regulatória

Assentado em diversas passagens da Tese que iniciativas de melhoria regulatória assumem diferentes tipos de abordagens no ciclo da regulação. Em síntese, destacam-se como principais abordagens: i) prospectiva, quando a análise recai nos impactos da medida regulatória em termos futuros; ii) retrospectiva, quando a análise incide sobre as regulações já elaboradas ou sobre o estoque

¹⁹ Durante o processo orçamentário presidencial, as agências contarão com um montante total de custos incrementais que serão permitidos para cada agência ao emitir novos regulamentos e revogar regulamentos para o próximo ano fiscal. Nenhum regulamento que exceda o subsídio de custo incremental total da agência será permitido naquele ano fiscal, a menos que haja ressalva em lei ou aprovação superior. A permissão de custo incremental total tem o condão de permitir um aumento ou acabar culminando na redução no custo regulatório total. (CUNHA; JORDÃO, 2020).

²⁰ Para Cunha e Jordão (2020), esforços semelhantes foram encampados pelo Reino Unido (a partir da aprovação da Lei *Enterprise and Regulatory Reform Act*, de 25 de abril de 2013) e Alemanha (o lookback foi inserido na rotina regulatória, sob a coordenação do Conselho Nacional de Controle Regulatório, ressaltando-se que a agência federal por estatísticas é a encarregada de reavaliar os custos de *compliance* das leis dois anos após a entrada em vigor). Segundo Sustain (2014b), o Reino Unido tem aumentando o interesse na utilização de ensaios clínicos randomizados, particularmente por meio do trabalho da Behavioural Insights Team. Sobre o tema, na medicina é padrão confiar nestes ensaios clínicos randomizados como meio de se observar a segurança e eficácia de um determinado medicamento.

regulatório e iii) compensatória, análise na qual se estabelece uma ligação entre “novos” e “velhos” regulamentos, sob a forma de regras “one - in x - out” (TRNKA; THUERER, 2019).

Independente da abordagem, a avaliação dos regulamentos é elemento primordial de aferição dos seus propósitos à realidade. Em especial, consequências diretas, indiretas e não intencionais na sociedade. Em decorrência, segundo a OCDE (2017), não é preciso muito esforço para se concluir que a avaliação *ex post* deve ser considerada como retorno deliberado, responsável e planejado ao ciclo regulatório. Por meio das informações colhidas, contribui para o aperfeiçoamento contínuo da regulação futura e sob análise atual, o que acaba refletindo no aprimoramento do estágio *ex ante* (AIRs).

Não obstante a preocupação observada em grande parte das nações na pertinência da avaliação *ex post* para redução dos custos regulatórios, atendo-se aos seus efeitos perversos ao longo do tempo, na leitura da OCDE (2017), a implementação, de fato, deste tipo de abordagem avaliativa ainda não faz parte do rol de prioridades de muitos países-membro, quando comparada com as ferramentas de governança *ex ante*.

No rol das dificuldades a se considerar, não se tem difundida uma abordagem sistemática de avaliação *ex post* e as metodologias variam substancialmente. Sobre esse dado da realidade, muitos países carecem de técnicas de avaliação padronizadas e apenas um terço avalia se os objetivos políticos subjacentes de uma regulamentação foram efetivamente alcançados. Daí decorre, como abordado na seção 5.2, a propriedade de se pensar em um guia geral orientativo que permita instruir com regras básicas à realização de avaliações da presente natureza (COGLIANESE; 2017).

Em relação ao enfoque da avaliação, a maioria dos países da OCDE (27 países) conduziu revisões *ex post* lastreadas em princípios e incidentes em determinado aspecto específico do regulamento, como um filtro inicial na identificação de quais normas merecem reforma ou revisão. Em geral, são esforços concentrados na redução dos encargos administrativos e custos de conformidade ou em termos de promoção da concorrência (OCDE, 2017).

Em tempo, a literatura (HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013) adverte que não se deve ignorar o rigor científico da avaliação, aliado de normativas definidas para os tomadores de decisão. Por essas razões, é necessário pensar rigorosamente no

desenho ideal de construção de metodologias, fases experimentais, dimensões, temporalidade e oportunidade de sua realização, construção de indicadores, elementos objetivos e imparciais do procedimento, vinculação, em menor ou maior grau, das conclusões nas decisões políticas.

Com o olhar nos desafios que deverão ser enfrentados com rigor, Coglianese (2012) reforça a importância que assume a seleção dos indicadores na efetividade do processo avaliativo. A seleção dos indicadores deverá levar em consideração: i) objetivo da avaliação, ii) disponibilidade de dados de qualidade, iii) o público que conduz a avaliação: funcionários que ostentam competência para alterar o regulamento ou apenas por aqueles que podem tentar melhorar sua implementação.

Ademais disso, em termos de alvo de avaliação, Coglianese (2012) destaca que qualquer seleção de indicadores deverá levar em consideração o alcance do regulamento na redução efetiva do problema ou sobre os custos decorrentes da implementação da norma, comparando-os com aqueles benefícios demonstrados na análise de impacto regulatório.

Sem prejuízo dos desafios metodológicos, a escolha dos indicadores dependerá das metas regulatórias e disponibilidade de dados. A realidade aponta que avaliações tendem a ser mais úteis quando incorporam indicadores potencialmente aptos na abordagem de preocupações do público mais amplo possível. Os indicadores variam de acordo com os critérios de avaliação: i) impacto/eficácia, aferição em termos do alcance de cada opção regulatória na mudança de comportamento visado ou melhorias mais amplas nas condições do mundo; ii) custo-efetividade, aferição do custo por unidade para cada opção cotejada; iii) benefícios/eficiência líquidos, aferição, se possível, a nível de monetização dos impactos positivos e negativos, subtraindo os custos dos benefícios e iv) equidade/justiça distributiva, sendo certo que diferentes opções regulatórias tendem a afetar diferentemente grupos de pessoas, o critério da equidade leva em consideração a opção que mais atenda a justa distribuição dos impactos.

Pode-se acrescentar, como mais uma dificuldade adicional, reflexões sobre o que se deve medir. Ainda, segundo o autor mencionado (COGLIANESE, 2012), os critérios regulatórios chamam atenção para o que importa na seleção dos indicadores, mas não são suficientes a instruir diretamente o avaliador sobre o que exatamente pode e deve ser medido: atividades, comportamentos e resultados,

finais ou intermediários. Em síntese, não obstante o impacto ou eficácia de um regulamento se revista em componente essencial de cada um dos quatro critérios supracitados, sobressai a dúvida: Afinal, como se deve medir o impacto? O que medir?

Na mesma linha de pensamento, Francesco (2012) e Radaelli (2018) aludem a importância de elaboração de mecanismos que possibilitem mensurar a qualidade regulatória. É preciso, como marcha inicial à maturidade e em complementação às premissas exploradas na seção 5.2, estabelecer indicadores e fomentar fóruns de discussão, sem contar a importância do compartilhamento de experiências internacionais, permitindo-se registrar e difundir o desenvolvimento obtido. O aprendizado obtido, favorece o convencimento da sociedade e dos atores políticos na magnitude do processo avaliativo para fins de melhoria regulatória, sem contar a retroalimentação dos compromissos públicos com os resultados.

Reconhecendo-se a complexidade do tema, em recentes avanços que vem sendo empreendidos na disciplina da matéria, alguns manuais²¹ ressaltam a ausência de aprofundamento em termos de técnicas ou metodologias específicas, servindo de mera sugestão, do tipo roteiro, a ser seguido por todos aqueles que se imiscuem na jornada regulatória.

Assumindo-se a vinculação cada vez mais direta do Estado ao influxo de interesses de grandes grupos e organizações que se predispõem a defesa de interesses particulares e setoriais no sistema político, reflexo da superação “Estado e sociedade” como sistemas autônomos, é premente abraçar a importância do diálogo entre as boas práticas de avaliação retrospectiva das normas regulatórias e os contextos institucionais, fomentando a adesão e aplicação a cargo das demais unidades políticas. Passo importante e promissor à adaptação e estreitamento do Estado e seu aparato institucional às mudanças sociais, econômicas, culturais e políticas promovidas num contexto cada vez mais impregnado pela assunção de novas tecnologias.

²¹ Apenas como singelo exemplo é de mais valia mencionar os recentes avanços que vem sendo empreendidos pelo Brasil na formação de bases iniciais à condução da avaliação de resultado regulatório (ARR), exteriorizado na divulgação do “Guia Orientativo para elaboração da ARR” (BRASIL, 2022), que é oriundo do trabalho conjunto realizado entre o Ministério da Economia, as Agências Reguladoras, o Inmetro e o Laboratório de Regulação Econômica da UERJ – UERJ-Reg.

Tal como postulado em Mendes (2018b), a avaliação quando bem conduzida é excelente oportunidade de devolver aos cidadãos a confiança no Estado, fortalecendo o *accountability*, pela lógica da responsabilidade compartilhada dos resultados. Em linha com o princípio da segurança jurídica, contribui no controle da eficiência das normas regulatórias e no comprometimento do gestor público aos mandamentos constitucionais, ao mesmo tempo em que fortalece o incremento do sistema regulatório, retroalimentando o aprendizado institucional e o próprio círculo legitimador da norma regulatória.

Sem pretensão de exaurir o tema, particularmente por limitações no seio da literatura atual, não obstante a potencialidade do *Regulatory Lookback* como mais uma ferramenta de qualidade regulatória e de mudança de cultura na atuação dos reguladores, há muito a ser feito em termos de passos mais largos, concretos, sistematicamente empíricos e em rede, na inserção de global *mindset* responsiva no seio da cultura organizacional regulatória.

6 CONCLUSÃO

Ao longo desta TESE foi destacado que o conceito de Estado regulador evidencia uma forma distinta e emergente de governança em substituição às práticas e instituições que se alinhavam na profusão direta de benefícios e serviços oferecidos pelo Estado.

A governança estatal regulatória é concebida em termos de reconhecimento da dispersão de capacidades e recursos relevantes para o exercício do poder entre atores estatais, não estatais e supranacionais. Desloca-se a ênfase de controle dos mecanismos burocráticos para os instrumentos de regulação que refogem do tradicional recurso à autoridade e sanções do governo.

Pluralismo, difusão do poder e extensa delegação de competências a instituições, como as agências reguladoras, caracterizam o novo signo estrutural de estado. Pode-se dizer que as agências reguladoras independentes gozam de vantagens distintivas em relação aos poderes do legislativo e judiciário; conhecimentos específicos e técnicos como motor de melhoria social; possibilidade de elaboração de regras e autonomia para que possam operar de forma imparcial e equidistante do governo.

Na esteira dos desdobramentos deste contexto e, particularmente, a partir dos problemas oriundos do rápido crescimento do escopo e escala da intervenção regulatória, constatou-se, por meio das experiências reformadoras, como a regulação “de boa qualidade” pode ser identificada e aperfeiçoada.

Num processo de idas e vindas, que se espraia na ausência de convergências do que se entende por “regulação”, a regulação é essencial ao fortalecimento do bem estar social e, não raro, quando baseada em evidências, que respeitam o papel fundamental do livre mercado, tende a fornecer benefícios públicos vitais ao crescimento econômico.

Com o tempo os elementos-chave da gestão da qualidade regulatória foram ganhando novos contornos e destaque na centralidade da agenda política regulatória. Isso se deve a percepção do olhar atento ao aprendizado institucional no processo de tomada de decisões políticas, lembrando que o resultado final da opção materializada no ato regulatório normativo pode se revelar distante da cogitação inicial que lhe deu causa – com benefícios ou impactos em relação à prognose original (custos considerados ocultos ou despercebidos às regulamentações

anteriores ao século XX, quando as condições econômicas eram substancialmente diferentes das atuais).

Pari passu ao aprimoramento das capacidades institucionais, o aprendizado regulatório é constante, especialmente porque as normas reguladoras são primacialmente técnicas e devem corresponder às exigências do dinamismo social e econômico.

Dadas as dificuldades, boa parte das análises de impacto regulatório acabam sendo restritas ao universo dos custos substanciais de conformidade. Por essas razões, Veljanovski (2010) destaca que as abordagens de análise de impacto regulatório acabam deixando a desejar diante dos efeitos da regulação, naturalmente difíceis de identificar ou prever.

A considerar o protagonismo da inovação na era atual e a imprecisão conceitual dos impactos positivos e negativos das normas regulatórias, é preciso dose extra de prudência por parte do regulador. É premente, em nome da segurança jurídica, o lançamento de novos insumos analíticos que permitam aumentar a qualidade e legitimidade da regulação. Mais do que isso, a AIR não deve representar a etapa final do processo político na formulação de novas propostas regulatórias, competindo lembrar, em coerência com os apontamentos do Capítulo 2, que o aprendizado regulatório é constante e, entre outras virtudes, contribui cada vez mais no resgate da confiança para o futuro.

Regulações sensatas que respeitam o papel da concorrência de mercado são aquelas que não ignoram o equilíbrio no debate político e, portanto, perquirem o respeito à concorrência de mercado, à escolha e ao feedback, fomentando o ciclo de aprendizagem e a capacidade de inovação e adaptação do sistema econômico. Atendo-se aos objetivos mais amplos da regulação “bem concebida”, é de se esperar, em nome da racionalidade do processo regulatório, a inserção de requisitos extras em prol da preservação ou restabelecimento do equilíbrio de poder entre atores sociais e econômicos.

Rememorando as premissas iniciais colacionadas na Tese, a visão tradicional da regulação é ancorada em duas condições opostas: liberdade e controle. De um lado, as empresas agiriam de acordo com seus respectivos interesses e, por outro, regulamentos condicionariam a atuação volitiva, estimulando, por meio de sanções, o pronto alinhamento de interesses.

Em ritmo semelhante às mudanças de objetivos no ambiente econômico e político que foram experimentadas por diversos países, durante meados do século XX, passa a ser defendida a lógica do repensar da regulação como processo de descentralização, em coerência aos ensinamentos de Black (2002). O afrouxamento da distinção entre estados e mercados; e entre os domínios público e privado, evidencia ponto de equilíbrio entre “liberdade e controle”. Gradativamente foi difundida a ideia de pensar a governança regulatória de forma diferente, admitindo-se uma gama de capacidades, normas, instituições e processos que se dispersam no complexo de relações econômicas e sociais.

Nesse contexto, marcado por domínios cada vez mais complexos e sob a interação de novos protagonistas, cada qual com peculiar tipo de interesse, a consistência da norma regulatória passa a ser melhor percebida por uma combinação apropriada de vetores, fundamentos e elementos que devem interagir entre si ao longo das fases preliminares à tomada decisória.

No panorama de deveres e responsabilidades que marcam os dias atuais, cada vez mais influenciados pelos avanços científicos e tecnológicos, é mandatória a competência técnica associada ao compromisso político e participação coletiva na construção legitimatória das decisões regulatórias.

O lançamento, portanto, de novos insumos analíticos, imprimem maior agilidade, eficiência e segurança no processo regulatório. Comandos regulatórios especificam meios ou fins – determinam ou vedam a realização de uma ação específica. Os padrões de meios, segundo Coglianesi, Kilmartin e Mendelson (2009) funcionam melhor quando o regulador compreende a linha de ação que se reputa mais apropriada e quando as metas cobertas pelo regulamento são semelhantes o suficiente quando aplicados universalmente. Por sua vez, os comandos finais, geralmente rotulados de padrões de desempenho, embora não demandem de nenhum meio específico, direcionam a meta para o alcance do resultado regulatório específico. Por óbvio, independentemente do tipo de regra normativa que se apresente, estarão sempre presentes as consequências em tamanho, certeza e impactos (negativos ou positivos).

Dáí o maior rigor de observância do princípio da segurança jurídica na explicitação atenta e responsiva dos custos diretos e indiretos, externalidades positivas e negativas, benefícios esperados pela sociedade, decorrentes da opção regulatória escolhida. Cuidado esse que deve ser observado em todos os caminhos

cotejados pelo regulador para o alcance do resultado prático pretendido, inclusive no que se refere aos impactos das normas regulatórias vigentes.

Os vetores que permeiam a racionalidade do processo regulatório normativo podem contribuir na melhoria significativa do impacto da decisão, reforçando, acima de tudo, o compromisso de que *Better Regulation*, munido de suas orientações e ferramentas, é um imperativo de mudança de mentalidade. Mais, ainda, deve ser planejado em termos de evolução e aprendizagem institucional permanentes em linha com o dinamismo natural do cenário regulatório.

Compromisso que deve abarcar, além dos critérios *ex ante*, monitoramento regular de controle durante a execução da norma, avaliando-se periodicamente a conveniência de mantê-la em curso, tomando como referência os resultados obtidos.

Em tempos de sociedade de risco, o planejamento democrático deve ser criterioso. Para que o exercício do monitoramento seja exitoso, há também critérios que devem ser observados, no que se refere à correspondência normativa das realidades. A combinação destes elementos e do compromisso *ex post* estatal reforçam a missão constitucional do Estado na proteção integral coletiva contra riscos, exteriorizando maior objetividade ao interesse público (motor de atuação estatal), na perspectiva do presente e do futuro.

Coerente à difusão e aprimoramento do *Better Regulation*, a avaliação das normas regulatórias passou a ser compreendida como instrumental contributivo para o aumento da racionalidade do processo regulatório e à eficiência das políticas públicas em geral.

A despeito das críticas que se projetam na pertinência da intervenção regulatória do Estado na economia, a regulação é, de fato, necessária à promoção do bem-estar social e econômico. Por evidente, a partir da constatação de que o aumento das demandas sociais e políticas e, com elas, a capacidade de resposta estatal, culminava com a elevação da carga adicional, em ritmo não controlável, de normas regulatórias e seus impactos na inovação, concorrência e eficiência econômica, foi reavivado, dentro do programa legislar melhor, o imperativo de eficiência e compromisso ético que se espera das ações estatais, a partir de uma perspectiva não verticalizada na gestão pública.

Em nome da eficiência, espera-se e confia-se que a materialização do querer público primará, na medida do possível, pela efetiva compatibilidade entre o planejado e os resultados alcançados. Entretanto, nem sempre é possível assegurar

o máximo de acerto, particularmente em virtude das variáveis de “incerteza” que interferem na formulação das escolhas públicas.

Não obstante idas e vindas que se projetam em torno do conceito “regulação” e suas respectivas reflexões de índole multidisciplinar, cumpre admitir certo consenso de que a regulação é uma atividade intencional que se dá por meio de um conjunto coordenado de fatos, sob influxo de interações de agentes (estatais e não estatais), em direção a resultados comportamentais previamente identificados como apropriados para determinado contexto fático. Dito de outra forma, a regulação se expressa por meio de um rigoroso processo democrático de planejamento, implementação e monitoramento contínuos, regido pela transparência, participação e diálogo na formação dos atos procedimentais.

É por meio do exercício do monitoramento que se permite aferir o desempenho regulatório sob a lógica das responsabilidades e compromissos consagrados constitucionalmente, via interdependência e cooperação, entre Estado e sociedade na materialização das escolhas públicas.

O desafio é espinhoso. A efetividade dos empreendimentos estatais tem como requisito a prática dialógica com distintos atores sociais, de forma a se associar, em virtude da consciência dos riscos que se projetam na atualidade e de seus impactos nas gerações do presente e do futuro, competência técnica com outros saberes que se refletem nos interesses em análise.

Na minimização do insucesso das escolhas e de seus impactos cumulativos nas sociedades, são prementes os esforços em torno da assunção do *Regulatory Lookback* como mais uma importante iniciativa de melhoria regulatória estratégica, aprofundada e sistemática que permita avaliar o impacto cumulativo da estrutura regulatória como um todo.

Não se pode negar que o crescimento descompassado da regulação normativa tem sido produto das demandas políticas por regulamentação, juntamente com o aprimoramento de resposta do Estado a essas demandas. A tendência, considerando a complexidade dos desafios que abraçam as nações, é de que esse movimento avance a passos largos.

Os tempos atuais reforçam a rigorosidade de reflexão em torno de um modelo de acompanhamento da qualidade da regulação, abraçando todo o ciclo de políticas desde o planejamento, implementação, avaliação e revisão das normas regulatórias, além do monitoramento e avaliações criteriosas à carga regulatória existente.

A rigorosidade é um desafio para os próximos anos, particularmente diante dos problemas práticos decorrentes da vastidão de corpos normativos. A falta de simplificação, obsolescência de boa parte das normas regulatórias, clareza e incompletude constituem preocupações significativas em termos de segurança jurídica, com maiores desdobramentos nos impactos nocivos à economia.

A análise de impacto regulatório quando bem conduzida, com rigor técnico e científico, é importante bússola na concepção de um regulamento de boa qualidade e, em particular, pode ajudar a evitar adoção de normas redundantes e sobrepostas, reduzindo a carga burocrática sobre mercado regulado e sociedade em geral. A caracterização da norma em termos de boa qualidade impõe o exame atento de todos os impactos diretos e indiretos de conformidade, cotejando-a com o estoque normativo vigente, de forma que se possa reduzir e controlar o fluxo normativo.

Sobre o tema, um dos avanços das políticas de melhoria regulatória é reconhecer que a melhor regulamentação não é aquela impositiva de regras, mas sim a que foi estabelecida de forma inclusiva, com base na transparência e envolvimento maior da sociedade, aliada ao feedback permanente no processo de monitoramento dos impactos das normas.

Quando se reflete a eficiência regulatória à luz do crescimento desmesurado das normas regulatórias editadas pelas agências reguladoras, num cenário econômico e social marcadamente influenciado pela evolução de novas tecnologias e os riscos que se projetam na atualidade, há fundamentos atuais, desejáveis e cumulativos de intervenção regulatória que devem ser observados pelas agências reguladoras no processo de edição das normas regulatórias. São fundamentos que se projetam na ressignificação da racionalidade da atividade regulatória normativa à luz das responsabilidades subjacentes assumidas pelo Estado na remodelagem de suas funções, direcionadas à concretização de bases sólidas desenvolvimentistas.

Na esteira das hipóteses apresentadas previamente ao enfrentamento do problema central, cumpre ainda acrescentar as seguintes constatações/conclusões:

a) O aumento dos anseios e riscos sociais justifica, por si só, a adoção da regulação de comando e controle como medida preventiva às falhas de mercado.

Nem sempre a regulação de comando e controle se revela a melhor estratégia regulatória para todo e qualquer fato social que se apresente. Muitas vezes, atendo-se ao grau de maturidade regulatória e institucional, o melhor a ser feito é não intervir.

O objetivo da regulação é aumentar e não enfraquecer o bem estar social. Regulações sensatas, lastreadas em evidências, que respeitem o papel da concorrência de mercado e das inovações se revelam promissoras à economia. Dentro deste escopo, pode-se dizer que a intervenção regulatória normativa, deve ser pensada e trabalhada, na medida do possível, no alcance de objetivos públicos mais amplos à sociedade.

Cumprе rememorar que a regulação de comando e controle funciona bem, assim como qualquer tipo de estratégia regulatória, a partir do grau de maturidade regulatória do setor regulado e regulador, com reflexos nas escolhas regulatórias mais responsivas e articuladas em rede.

Sem prejuízo dos estilos de execução legalista e variáveis institucionais que se refletem no desenho da política regulatória, a regulação normativa, amparada por uma ameaça credível de execução, é necessária como macro instrumento indutor de melhorias significativas no cumprimento de metas regulatórias de largo espectro de incidência nos segmentos regulados. Entretanto, esse fato não retira ou atenua a responsabilidade pública de racionalizar o processo de formação das normas regulatórias, dentro dos caminhos apontados no Capítulo 4.

As reclamações ou preocupações deflagradas no seio da literatura internacional convergem, em geral, na constatação de que o excesso de normas regulatórias vem acompanhado de diminuta racionalidade econômica, como um dos diversos aspectos da realidade.

A solução não é simples e pode-se dizer que demandará do emprego de grandes esforços significativos e coletivos estatais, não estatais e supranacionais, em direção efetiva a mudança de mentalidade que se faz necessária. Para começar, o primeiro passo é conhecer e identificar crenças limitantes que estão por trás do exercício da atividade regulatória em si, para então ressignificá-las segundo o

sentido da regulação propriamente dita. A caminhada, dado o contexto marcado pelo dinamismo e a certeza de que toda decisão implica algum grau de incerteza, pode se tornar menos traumática quando incorporada paulatinamente a rotina do planejamento e previsibilidade das ações estatais e, com elas, a construção de um ambiente econômico e social mais seguro juridicamente.

Os tempos atuais reforçam a obrigação, responsabilidade e compromisso de reflexão em torno das consequências que estão por trás das normas de comando e controle e de seu processo cumulativo a médio e longo prazo, em especial barreiras ao fluxo das inovações e progresso tecnológico, restrição das liberdades gerenciais e desaceleração do crescimento econômico.

b) No que concerne os diferentes custos da regulação, a Análise de Impacto Regulatório (AIR) contribui efetivamente na contenção efetiva do excesso de abordagens de regulação de comando e controle.

Dada as limitações analíticas da Análise de Impacto Regulatório (AIR) e sendo certo que nem sempre, é dedutível a separação entre impactos e benefícios, por se revestirem “*dois lados da mesma moeda*”, a literatura internacional explorada na Tese admite que a AIR acaba deixando a desejar, sem contar que os efeitos da regulação são naturalmente difíceis de identificar ou prever, além das variáveis políticas e institucionais que podem afetar as decisões regulatórias.

Entretanto, quando bem conduzida, permite oferecer uma prospectiva dos melhores caminhos práticos para o alcance do objetivo pretendido. Pode-se dizer que a AIR **coopera** na edição de atos regulatórios eficientes e condizentes com as exigências atuais do mercado, marcadamente complexo e mutável.

Independentemente da diversidade de abordagens regulatórias, o desafio que se projeta na atualidade é a exata medida do desenho decisório para cada caso.

Sob essa leitura, os esforços concentrados no alcance do ponto ótimo podem contribuir, em menor ou maior grau, na contenção efetiva do excesso de abordagens de regulação de comando e controle.

c) A falta de sistematização de uma cultura global responsiva e vinculante dos pressupostos de legitimidade do equilíbrio normativo favorece, em maior ou menor grau, a ineficiência regulatória e, portanto, custos regulatórios mais elevados.

Em linha com a racionalidade que permeou a reforma e evolução do Estado nas duas últimas décadas, o deslocamento de competências do centro estatal para outras esferas representou, de fato, ganhos reais de eficiência. Pode-se dizer que foi institucionalizada a tendência crescente de descentralização do Estado. Na ambiência regulatória, esta tendência culminou com a proliferação de agências reguladoras e, com elas, independência decisória.

Com o tempo, sem perder de vista a regulação como campo de estudo e prática relativamente recente, vieram à tona problemas oriundos da fragmentação decisória, proporcionados, em boa parte, pelo acentuado grau de distanciamento de contato entre regulador, mercado e sociedade civil. O distanciamento gradativo entre planejamento e regulação, com reflexos na imprevisibilidade decisória, refletiu negativamente na propagação da regulação como instrumento de ineficiência econômica.

Para Cunha, Gomide e Karam (2016), há um volume crescente de trabalhos científicos atentando para estes tipos de desarranjos, com ênfase sobre a lógica da coordenação de ações e processos decisórios estatais. O intuito é corrigir as mazelas dos *gaps* decisórios.

O fortalecimento da governança regulatória neste sentido, lastreado de movimentos permanentes de aperfeiçoamento (*ex ante* e *ex post*) tende a favorecer, de acordo com os achados empíricos iniciais, a criação de protocolos decisórios mais racionais, coordenados e com melhor habilidade na consciência e tratamento dos problemas que permeiam a realidade cada vez mais cambiante. O emprego de esforços neste sentido tem o potencial de elevar a qualidade da regulamentação, reduzindo os custos (diretos e indiretos de conformidade) incidentes na ambiência dos negócios e sociedade em geral.

No percurso de melhores escolhas regulatórias, é preciso avaliação rigorosa de todos os custos possíveis e atribuíveis a partir da adoção de um determinado requisito regulatório. Em alusão ao Mapa conceitual 2 e no ímpeto de clarificar as consequências das escolhas, deve-se empregar esforços buscando superar os

desafios analíticos para além dos custos de conformidade na quantificação dos custos.

Todas as categorias de custos regulatórios importam na compreensão do impacto geral da regulação, sendo prudente o mapeamento prévio de todas as áreas nas quais os custos de uma dada proposta se revelariam ou não desproporcionais e, portanto, deveriam ou não prosseguir, o que inclui a aferição: dos possíveis encargos administrativos, exame da literalidade da norma na prevenção de custos de aborrecimento, custos incidentes no segmento regulado (substanciais de conformidade), estimativa de contribuição no encorajamento ou não de novos players no mercado, exame prospectivo de impacto no bem-estar geral da população, custos de oportunidade que podem ser deflagrados simultaneamente no setor público e privado, do grau da medida regulatória na produção de efeitos colaterais (externalidades positivas ou negativas). Em síntese, a descrição dos impactos apresentada no Capítulo 3, independentemente das limitações verificadas, é um suporte de direção aos reguladores na promoção de melhorias da qualidade regulatória.

Em termos metodológicos, a pesquisa apresentou limitações quanto às informações coletadas. Poucos textos se debruçam a explorar a tipologia dos impactos das normas regulatórias e, não raro, apresentam significativas limitações em termos de mapeamento dos benefícios das normas regulatórias. Além disso, há desafios analíticos que devem ser enfrentados na exploração teórica dos impactos indiretos e macroeconômicos das normas regulatórias na sociedade, os quais passaram ao largo no âmbito da literatura consultada. Questões como essas dificultam a análise *ex ante* dos impactos esperados para determinada intervenção regulatória, desafiando os resultados da Análise de Impacto Regulatório.

Soma-se, ainda, como reconhecem Coglianesi e Walters (2016), a precariedade de pesquisas em torno da compreensão dos padrões e dinâmicas que interferem na formação da agenda regulatória. Em paralelo, há lacunas no desenho de metodologias de avaliação do estoque regulatório. O enfrentamento, com rigor, destes aspectos, no campo da teoria e prática regulatória, elevará as chances de concretização de melhorias regulatórias significativas.

As hipóteses foram demonstradas com apoio preponderante da revisão bibliográfica internacional. As suposições listadas, no esteio dos comentários supramencionados, se confirmam parcialmente. Entretanto, contribuíram na reflexão

em torno dos atributos que devem permear a racionalidade do processo regulatório normativo, a começar pela incorporação da rotina do planejamento e previsibilidade das ações estatais e, com elas, a construção de um ambiente econômico e social mais efetivo e seguro juridicamente.

Não obstante as dificuldades apresentadas, a TESE contribui no mapeamento do caminho de preparação, coordenação, direção e equilíbrio que se espera entre Estado e sociedade no contexto da pós-modernidade, que devem ser observados pelas agências reguladoras no processo de edição das normas regulatórias, considerando cenário econômico e social marcadamente influenciado pela evolução de novas tecnologias e custos regulatórios associados. São fundamentos que se projetam na ressignificação da racionalidade da atividade regulatória normativa à luz das responsabilidades subjacentes assumidas pelo Estado na remodelagem de suas funções.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, n.17, p. 1-255, jul./set. 2004.

BALDWIN, Robert. Why rules don't work. *The Modern Law Review*, v. 53, n. 3, p. 321, 1990.

BALDWIN, Robert; Black, Julia. *Really responsive regulation*. London: London School of Economics and Political Science, 2007. (LSE Law, Society and Economy Working Papers, 15)

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BALDWIN, Robert *et al.* Introduction. In: BALDWIN, Robert *et al.* *A reader on regulation*. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 1-55.

BAPTISTA, P.; KELLER, C. I. Por que, quando e como regular as novas tecnologias?: os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, v. 273, p. 123-163, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66659>. Acesso em: 2 jan. 2023.

BARDACH, Eugene; KAGAN, Robert. *A reader on regulation*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

BARDACH, Eugene; KAGAN, Robert. *Going by the book: the problem of regulatory unreasonableness*. Philadelphia: Temple University Press, 1982.

BEALES, Howard *et al.* *Government regulation: the good, the bad, & the ugly*. Washington: Regulatory Transparency Project, 2017. Disponível em: <https://regproject.org/wp-content/uploads/RTP-Regulatory-Process-Working-Group-Paper.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2023.

BECK, U. *Risk society, towards a new modernity*. Buenos Aires: Paidós, 2006.

BECKER, Gary S. Comment, theory of competition among pressure groups. *The Journal of Law and Economics*, v. 19, n. 2, ago.1976.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 147-165, abr./jun. 2005.

BLACK, Julia. *Critical reflections on regulation*. London: Centre for Analysis of Risk and Regulation, London School of Economics and Political Science, 2002. (Discussion Paper, 4).

BLIND, Knut; PETERSEN, Sören S.; RIILLO, Cesare A. F. The impact of standards and regulation on innovation in uncertain markets. *Research Policy*, v. 46, n. 1, p. 249-264, 2017.

BRAITHWAITE, John. Flipping markets to virtue with qui tam and restorative justice. *Accounting Organizations and Society*, v. 38, n. 6, p. 458-468, 2013. Disponível em: <http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/FlippingMarkets.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2023.

BRAITHWAITE, John. The new regulatory state and the transformation of criminology. *British Journal of Criminology*, Oxford, v. 40, n. 2, p. 222-238, 2000.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estado*. Brasília: Câmara da Reforma do Estado, 1995. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. Ministério da Economia. *Guia orientativo para elaboração de Avaliação de Resultado Regulatório - ARR*. Brasília: Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/analise-de-impacto-regulatorio-air-e-avaliacao-de-resultado-regulatorio-arr/o-que-e-arr/guiaarrverso5.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2023

BREYER, S. *Regulation and its reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

BRINKERHOFF, Derick. *Taking account of accountability: a conceptual overview and strategic options*. Washington: ABT Associates, 2001.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. *Direito societário e regulação econômica*. Barueri: Manole, 2018.

CANADÁ. *Directive on the evaluation function*. 2016. Disponível em: <https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-eng.aspx?id=15681§ion=html>. Acesso em: 3 jan. 2023.

CARAUSAN, Mihaela. Better regulation a renewed impetus of the European Union. *Journal of Public Administration, Finance and Law*, v. 8, n. 8, p. 114-121, dec. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 66.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COASE, R. The nature of the firm. *Economica*, New Jersey, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937.

COGLIANESE, Cary. Citizen participation in rulemaking: past, present, and future. *Duke Law Journal*, v. 55, n. 5, p. 943-968, 2006. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/40040532>. Acesso em: 3 jan. 2023.

COGLIANESE, Cary; KAGAN, Robert. Regulation and regulatory processes. *Faculty Scholarship at Penn Law*, England, n. 240, aug. 2007. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/240. Acesso em: 02 jan. 2023.

COGLIANESE, Cary; KILMARTIN, H.; MENDELSON, E. Transparency and public participation in the rulemaking process. *Faculty Scholarship at Penn Law*, v. 238, 2009. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1237&context=faculty_scholarship. Acesso em: 2 jan. 2023.

COGLIANESE, Cary. *Measuring regulatory performance: evaluating the impact of regulation and regulatory policy*. Paris: OECD, 2012. (Expert Paper, n. 1)

COGLIANESE, Cary. Moving forward with regulatory lookback. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, v. 276, p. 13-23, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v276.2017.72989>. Acesso em: 2 jan. 2023.

COGLIANESE, Cary; WALTERS, Daniel E. Agenda-setting in the regulatory state: theory and evidence. *Faculty Scholarship at Penn Law*, v. 1703, 2016. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1703. Acesso em: 3 jan. 2023.

COPELAND, Curtis W. *The unified agenda: implications for rulemaking transparency and participation*. United States: Congressional Research Service, 2009. (CRS Report for Congress, R40713).

CRAFTS, N. Regulation and productivity performance. *Review of Economic Policy*, Oxford, v. 22, n. 2, p. 186-202, 2006.

CUNHA, Bruno Queiroz; GOMIDE, Alexandre de Ávila; KARAM, Ricardo Antônio de. Governança e capacidade regulatória: notas de pesquisa. *Boletim de Análise Político-Institucional*, n.10, jul./dez. 2016. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7606/1/BAPI_n10.pdf. Acesso em: 3 jan. 2023.

CUNHA, Bruno Queiroz. *Regulação e desenvolvimento nos governos Lula e Dilma (2003- 2016): três ensaios histórico-institucionais*. 2018. 178 f. Tese (Doutorado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) - Instituto de Economia, UFRJ, Rio de Janeiro, 2018.

CUNHA, Luiz Filipe; JORDÃO, Eduardo. Revisão do estoque regulatório: a tendência de foco na análise de impacto regulatório retrospectiva. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 22, n. 123, p. 227-255, set./out. 2020.

DANTAS, José Marilson Martins. Conceito de custo de oportunidade aplicado à demonstração contábil do setor público. *Perspectiva Econômica*, v. 9, n. 2, p. 102-114, jul./dez. 2013.

DEMO, Pedro. *Metodologia científica em ciências sociais*. São Paulo: Atlas, 1995.

DEN HERTOOG, Johan. General theories of regulation. *Encyclopedia of Law and Economics*, v. 3, p. 223-270, 2000.

DIVER, Colin S. The optimal precision of administrative rules. *The Yale Law Journal*, v. 93, n. 1, p. 65-109, 1983. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/796245>. Acesso em: 3 jan. 2023.

FENWICK, Mark D.; KAAL, Wulf; VERMEULEN, Erik. Regulation tomorrow: what happens when technology is faster than the law? *American University Business Law Review*, v. 6, n. 3, 2017. Disponível em: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aublrvol6/iss3/1>. Acesso em: 3 jan 2023.

FRANCESCO, Fabrizio de. Diffusion of regulatory impact analyses among OECD and EU member states. *Sage Journals*, v. 45, n. 10, 2012.

FREITAS, Daniela Bandeira de. *A fragmentação administrativa do Estado: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

GOLBERG, Elizabeth. *Better regulation: European Union style*. Cambridge: Harvard Kennedy School, 2018. (M-RCBG Associate Working Paper Series, n. 98).

GREENSTONE, Michael. Toward a culture of persistent regulatory experimentation and evaluation. In: MOSS, David; CISTERNO, John (ed.). *New perspectives on regulation*. Cambridge: The Tobin Project, 2009.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a administração pública. *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, nov. 2018. Edição especial: Direito público na Lei de introdução às normas de direito brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018). p. 135-169.

HARTER, Philip J., Negotiating regulations: a cure for malaise. *Georgetown Law Journal*, v. 71, 1982.

HART, L. A. *The concept of law*. 2nd.ed. London: Oxford University Press, 1961.

HARTMAN, Ivar Alberto Martins. O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informação. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 38, n.2, p. 156-182, jul./dez. 2012.

HODGE, Graeme A; WINDHOLZ, Eric. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 264, p. 13-56, set./dez. 2013.

HOOD, C.; ROTHSTEIN, H.; BALDWIN, R. *The government of risk: understanding risk regulation regime*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral*. Tradução de Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p.133.

INTERNATIONAL NUCLEAR SAFETY ADVISORY GROUP. *Independence in regulatory decision making*. Vienna: International Atomic Energy Agency, 2003. (INSAG-17).

JORDÃO, Eduardo; CUNHA, Luiz Filipe. Revisão do estoque regulatório: a tendência de foco na análise de impacto regulatório retrospectiva. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 227-255, abr./jun.2020.

JOSKOW, Paul. Inflation and environmental concern: structural change in the process of public utility price regulation. *Journal of Law and Economics*, v. 17, n. 2, p. 296-299, oct. 1974.

KAPLOW, Louis. *General Characteristics of Rules*. Cambridge: Harvard Law School, 1996. (Discussion Paper, n. 191). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=10227>. Acesso em: 3 jan. 2023.

KINGDON, John W.; STANO, Eric. *Agendas, alternatives, and public policies*. Boston: Little, Brown and Company, 1984.

LEVI-FAUR, D. Regulation and regulatory governance. In: Levi-Faur, D. (ed). *Handbook on the politics of regulation*. Cheltenham: E. Elgar Publishing, 2011.

LOBEL, O. The renew deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought. *Minnesota Law Review*, v. 89, p. 342-370, 2004.

LODGE, Martin; KOOP, Christel. What is regulation: an interdisciplinary concept analysis. *Regulation & Governance*, v. 11, p. 95-108, 2017.

LOUGHLIN, M., SCOTT, C. The regulatory state. In: DUNLEAVY, P. *et al.* (ed.) *Developments in british politics 5*. London: Palgrave, 1997. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-1-349-25862-8_10. Acesso em: 2 jan. 2023.

LOWI, Theodore J. American business, public policy, case studies, and political theory. *World Politics*, v. 16, p. 677-715, 1964.

MAJONE, G. The agency model: the growth of regulation and regulatory institutions in the European Union. *EIPASCOPE Working Paper*, Maastricht, n. 3, 1997.

MAJONE, G. The rise of the regulatory state and the transformation of criminology. *British Journal of Criminology*, Oxford, v. 40, p. 222, 1994.

MAJUMBAR, S. K.; MARCUS, A. A. Rules versus discretion: the productivity consequences of flexible regulation. *Acad. Manage. J.*, v. 44, n. 1, p. 170–179, 2001.

MALYSHEV, N. *The evolution of regulatory policy in OECD countries*. Paris: OECD, 2002. Disponível em: http://www.oecd.org/countrylist/0,2578,en_2649_3742_1794487_1_1_1_37421,00.html. Acesso em: 2 jan. 2023.

MCKIE, James W. Regulation and the free market: the problem of boundaries. *Bell Journal*, v. 1, n. 1, p. 7-9, Spring 1970.

MENDES, Flavine Meghy Metne. Regulação estatal e responsabilidade social empresarial: Componentes necessários ao desenvolvimento sustentável. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, volume 427, p.29-41, jan./jun.2018a.

MENDES, Flavine Meghy Metne. *Processo normativo das agências reguladoras: atributos específicos à governança regulatória*. São Paulo: Giz Editorial, 2018b.

MEUWESE, Anne; POPELIER, Patricia. The legal implications of better regulation: an introduction. *European Public Law*, v. 17, n. 3, p. 455-466, 2011.

MIGUEZ, Thiago de Holanda Lima. *Evolução da formação bruta de capital fixo na economia brasileira 2000-2013: uma análise multissetorial a partir das matrizes de absorção de Investimento (MAIs)*. 2016. 155 f. Tese (Doutorado em Economia da Indústria e da Tecnologia) - Instituto de Economia, UFRJ, Rio de Janeiro, 2016.

MITNICK B. M. *The political economy of regulation: creating, designing and removing regulatory forms*. New York: Columbia University Press, 1980.

MORAN, Michael. The rise of regulatory state. In: COEN, David; GRANT, Wyn; WILSON, Graham (ed.). *Oxford handbook of business and government*. Oxford: Oxford University, 2011, p. 387.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e estado: o direito administrativo em tempos de globalização: in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NOLL, R. G. *What is regulation?* California: Institute of Technology, 1980. (Social Science Working Paper, n. 324).

NORTH, Douglass. Institutions and performance of economics over time. In: MÉNARD, Claud; SHIRLEY, Mary M. (ed.). *Handbook of institutional economics*. Berlin: Springer, 2008.

OFFICE OF MANAGEMENT AND BUDGET'S. Office of Information and Regulatory Affairs. *Circular A-4: regulatory analysis*, sept. 17, 2003. Disponível em: https://obamawhitehouse.archives.gov/omb/circulars_a004_a-4/. Acesso em: 2 jan. 2023.

OGUS, A. I. *Regulation: legal form and economic theory*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES. Ex post evaluation of regulation. *In: Government at a Glance*. Paris, 2017.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES. *OECD regulatory compliance cost assessment guidance*. Paris: OECD, 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264209657-en>. Acesso em: 2 jan. 2023.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Sustainability in impact assessments: a review of impact assessment systems in selected OECD countries and the European Commission*. Paris: OECD, 2011.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança*. Paris: OECD, 2012. p. 1. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2023.

PARKER, D. Regulatory impact assessment. *Management Focus*, n. 24, winter 2006.

PELTZMAN, Sam. *Regulation and the natural progress of opulence*. Washington: American Enterprise Institute, 2004.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Cadernos MARE da Reforma do Estado*, Brasília, v. 1, 1997.

POSNER, Richard. Theories of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 5, n. 2, p. 335-358, 1974.

PRITZKER, David M.; DALTON, Deborah S. *Negotiated rulemaking sourcebook*. Washington: Administrative Conference of the U.S., 1995.

PUIGPELAT, Oriol Mir. *Globalización, estado y derecho: las transformaciones recientes del derecho administrativo*. Madrid: Cuadernos Civitas, 2004.

RADAELLI, Claudio. M. Regulatory indicators in the EU and the OECD: performance assessment, organizational process, and learning. *Sage Journals*, v. 35, n. 3, 2018.

RENDA, Andrea *et al.* *Assessing the costs and benefits of regulation*. Brussels: European Commission, 2013.

RODRÍGUES-ARÃANA MUNÓZ, Jaime. *Direito fundamental à boa administração*. Tradução Daniel Wunder Hanchem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SANTOS, Roberto Fernandes dos. *Uma abordagem de preços de transferência nas movimentações de recursos financeiros entre unidades de negócios*. 1994. Tese (Doutorado em Controladoria e Contabilidade) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1994.

SCHEDLER, Andreas. *Que es la rendición de cuentas?* México: Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2004. (Cuadernos de transparência, 3).

SCOTT, C. Private regulation of the public sector: a neglected facet of contemporary governance. *Journal of Law and Society*, v. 23, n. 1, p. 56-76, 2002.

SELZNICK, P. Focusing organizational research on regulation. In: Noll, R. (ed.) *Regulatory policy and social sciences*. Berkeley: University of California Press, 1985. p. 363-367.

SHEEHY, Benedict; FEAVER, Donald. Designing effective regulation: a normative theory. *UNSW Law Journal*, v. 38, n. 1, p. 392-425, 2011.

STEWART, Luke A. *The impact of regulation on innovation in the United States: a cross-industry*. Washington: Information Technology & Innovation Foundation, 2010.

STIGLER, George. The theory of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p.1-21, 1971.

SUNSTEIN, Cass R. O mundo real da análise de custo-benefício: 36 questões (e quase tantas respostas quanto). *RDA - Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 266, p. 13-47, maio/ago. 2014a.

SUNSTEIN, Cass R. Problems with rules. *California Law Review*, v. 83, n. 4, p. 953, 1995.

SUNSTEIN, Cass R. The regulatory lookback. *Boston University Law Review*, n. 94, 2014b.

TITLEY, B. *Evaluating costs and benefits for regulatory purposes: direct and indirect impacts of regulation on business*. London: Department for Business, Energy and Industrial Strategy, 2015.

TRNKA, D.; THUERER, Y. One-In, X-Out: regulatory offsetting in selected OECD countries. *OECD Regulatory Policy Working Papers*, Paris, n. 11, 2019. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/67d71764-en.pdf?expires=1674661421&id=id&accname=guest&checksum=5B87F4A82A2AF2D4F77F20AC84061E30>. Acesso em: 3 jan. 2023.

TURPIN, S. M.; MARAIS, M. A. Decision-making: theory and practice. *Orion*, v. 20, n. 2, p. 143-160, 2004.

UNITED STATES OF AMERICA. Environmental Protection Agency. Guidelines for preparing economic analysis. *EPA 240-R-10-001*, 2014. Disponível em: <https://www3.epa.gov/region1/npdes/merrimackstation/pdfs/ar/AR-1698.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. White House. Executive Order 13563: improving regulation and regulatory review. *Federal Register*, v. 76, n. 14, jan. 2011. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2011-01-21/pdf/2011-1385.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. White House. Executive Order 13609: promoting international regulatory cooperation. *Federal Register*, may 2012. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/DCPD-201200327/pdf/DCPD-201200327.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. White House. Executive Order 13771: reducing regulation and controlling regulatory. *Federal Register*, jan. 2017. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2011-01-21/pdf/2011-1385.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2023.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dever constitucional de enunciação de políticas públicas e autovinculação: caminhos possíveis de controle jurisdicional. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 7, n. 82, p. 7-19, dez. 2007.

VELJANOVSKI, Cento. Economic approaches to regulation. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *The Oxford handbooks of regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

VERGARA, Sylvia Constant. *Projetos e relatórios de pesquisa em administração*. São Paulo: Atlas, 1998.

VINIK, Danny. Trump's war on regulations is real: but is it working? *Político*, Arlington, 20 jan. 2018.

WEGRICH, Kai. Which results?: better regulation and institutional politics. *European Journal of Risk Regulation*, v. 6, n. 3, p. 369-371, 2015. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/24769559>. Acesso em: 2 jan. 2023.

WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: Free Press, 1985.

WINDHOLZ, E.; HODGE, G. A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, v. 264, p. 13-56, 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/14076>. Acesso em: 2 jan. 2023.

YEUNG, Karen. The regulatory state. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (ed.). *The Oxford handbook of regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010.