



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Ponderação Administrativa e a Análise de Impacto Regulatório

Guilherme Moreira Loures da Costa

Rio de Janeiro
2013

GUILHERME MOREIRA LOURES DA COSTA

A Ponderação Administrativa e a Análise de Impacto Regulatório

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-graduação *lato
sensu* em Direito Administrativo da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Orientadora: Prof. Lilian Coelho

Rio de Janeiro
2013

A PONDERAÇÃO ADMINISTRATIVA E A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

Guilherme Moreira Loures da Costa

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado

Resumo: O trabalho ora proposto tem por objetivo apresentar o instituto da Análise de Impacto Regulatório (AIR), tomando como premissa filosófica o ensinamento aristotélico a respeito das virtudes morais e da sabedoria prática, exarado em obras tais como a “Ética a Nicômaco”. Com efeito, é preciso consignar que partiram de Aristóteles as principais notas clássicas acerca de temas tais como “prudência” e “deliberação”. Essas notas não de nos servir de guia para a compreensão do que significam, nos dias atuais, as ideias de ponderação e de discricionariedade no âmbito da Administração. A Análise de Impacto Regulatório – aqui definida como um processo de tomada de decisão pelo qual as Agências Reguladoras colhem os elementos relevantes relacionados a uma dada proposta de regulação do mercado de maneira a alcançar uma solução que se revele harmônica e prudente – representa o que há de mais moderno em termos de metodologia decisória na seara administrativa. Ainda assim, conquanto se trate de um assunto novo no cenário doutrinário, buscaremos defender que tal assunto guarda ligações com os pontos colocados por Aristóteles no bojo de sua obra, a ponto de justificar a elevação dessa filosofia à categoria de fundamento da atuação administrativa.

Palavras-chave: Virtudes Morais. Prudência. Sabedoria Prática. Administração Pública. Discricionariedade. Ponderação. Regulação. Agências Reguladoras.

Sumário: Introdução. 1. A virtude da prudência e o processo de conhecimento. 2. A discricionariedade como exercício de prudência. 3. Análise de Impacto Regulatório: a prudência na regulação. 3.1. O conceito de Análise de Impacto Regulatório. 3.2. Metodologia da Análise de Impacto Regulatório. 3.3. A Análise de Impacto Regulatório no cenário brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O dia a dia da Administração Pública, em sua essência, não se distingue do cotidiano vivenciado por qualquer ser humano no curso de sua vida privada. Tanto quanto qualquer pessoa nas suas atividades diárias, também os agentes administrativos, ocasionalmente, têm de *tomar decisões* – pautando-se, para tanto, nas circunstâncias e nos dados colhidos no

cenário à sua volta. Seja na gestão da vida privada, seja na gestão da coisa pública, um elemento sempre haverá de estar presente – *trata-se do elemento da decisão ponderada*.

Semelhante premissa constitui a pedra angular do presente trabalho. Na posse de tal constatação, em um primeiro momento buscar-se-á apresentar a função administrativa sob a ótica da *filosofia moral aristotélica*, tomando como ponto central o agir humano em um sentido bastante amplo. Afinal, da mesma forma que todo indivíduo, também a Administração Pública tem de pautar-se segundo orientações morais – cumprindo-lhe desenvolver uma certa gama de virtudes e acumular uma sabedoria prática a respeito de determinadas matérias.

É comum que doutrinadores, repetindo lições antigas, proclamem um velho adágio, segundo o qual administrar é “aplicar a lei de ofício”. Contudo, se partirmos de uma base pautada na filosofia aristotélica, concluiremos que tal conceito falha ao olvidar que a função administrativa, em larga medida, se desenvolve não tanto como uma subsunção da norma à realidade – mas sim, como *um exercício de abertura a essa realidade*. Administrar é ler a realidade, e extrair daí os elementos necessários às decisões – decisões estas que, ao final, permitam atingir os objetivos postos pelo legislador. Engana-se quem pensa que lei aprisiona o administrador – ao revés, ela lhe dá objetivos, traça-lhe balizas, e lhe confere os necessários poderes para agir. O próximo passo, é o administrador que tem de trilhar – e espera-se que o faça com *prudência*: virtude anunciada por Aristóteles em sua obra *Ética a Nicômaco*.

Nessa linha, far-se-á, em momento posterior da pesquisa, uma defesa da chamada “discricionariedade administrativa”. Por certo, esta não deve jamais equivaler a mero arbítrio. Deve, ao contrário, representar um poder de agir conferido ao administrador, a fim de que o mesmo, observados os objetivos e as balizas legais, goze da margem de liberdade exigida para tomar decisões prudentes em vista da realidade. *Decisão discricionária* é aquela que tem por meta ser uma escolha *ponderada*.

Nos tempos atuais, não é difícil constatar que tal perspectiva vem ganhando força no campo brasileiro. Fala-se muito em “Administração Gerencial”, e nos últimos anos, veio a ser instituído mais um instrumento tendente a implantar, em nosso cenário, esta moderna visão do agir administrativo. Trata-se da Análise de Impacto Regulatório (AIR). Em breves palavras, esta define-se como uma técnica de decisão tipicamente voltada para as Agências Reguladoras, destinada a permitir a avaliação de eventuais propostas de regulação, mormente, mediante o sopesamento dos custos e dos benefícios gerados por tais propostas sob o ponto de vista de cada um dos agentes econômicos envolvidos na matéria. No final do presente trabalho, este novel instrumento será abordado com maior profundidade – porquanto se trata de um notável exemplo de aplicação das premissas teóricas acima exaradas.

1. A VIRTUDE DA PRUDÊNCIA E O PROCESSO DE CONHECIMENTO

Quem houver de se aventurar pelas páginas da clássica obra *Ética a Nicômaco* – escrita por Aristóteles de Estagira em meados do século IV a.C. – seguramente terá, de início, uma grande surpresa ao se deparar com a questão norteadora do mencionado livro. Já nas primeiras linhas, o estagirita apresenta a seguinte indagação: *se a “felicidade” é, por muitos, aclamada como o objetivo maior da existência humana, como ela há de ser definida, e qual há de ser o meio para que se possa, efetivamente, alcançá-la?*¹ Bem se vê que, naqueles tempos, as reflexões teóricas não percorriam um caminho tão distante da realidade tangível. Embora houvesse espaço para eventuais especulações, pensadores como Aristóteles cuidavam trazer ao chão tais conclusões, buscando relacioná-las aos problemas *práticos* experimentados por cada pessoa humana *no curso de sua existência*. A teoria e a prática, no fim das contas, trilhavam a mesma estrada.

¹ Esta é a mensagem extraída do Livro I da *Ética a Nicômaco*. Vide ARISTOTLE. *Nicomachean Ethics*. 2ª ed., Indianapolis: Hackett, 1999. p. 1-18

Ainda nos tempos atuais, parece inegável a presença de um certo “senso comum”, a informar que a existência humana deve ser enxergada sob uma perspectiva eminentemente *teleológica* – guiada por uma finalidade última, esta consistente na plena realização da pessoa. Debates sobre o “florescimento humano” e sobre a “busca da felicidade” – bastante correntes na seara jurídica² – servem de testemunho de que a mensagem aristotélica, afinal, permanece de pé. Quiçá tal constatação possa operar como um incentivo para que se busque, junto a esta vertente filosófica, os fundamentos para o paradigma do Pós-positivismo, ora em construção pelos estudiosos do Direito...

Pois bem. De que modo Aristóteles desdobra o seu questionamento principal acerca da finalidade da existência humana? Partindo da premissa de que toda pessoa persegue a felicidade ao longo de sua vida, o filósofo prossegue afirmando que toda e qualquer ação humana deliberada visa, de maneira *mediata ou imediata*, a alcançar essa finalidade última. Por consequência, as atividades que o ser humano pratica têm em vista, sempre, algum tipo de *objetivo específico*.³ Quando o ser humano, livre e conscientemente, desempenha uma dada conduta no mundo da vida, há sempre um “telos” por detrás de sua atuação – um “telos” que ele vislumbra ser instrumental para o alcance daquilo que ele entende como a sua realização enquanto pessoa.

Tal consideração conduz o filósofo a uma interessante pesquisa sobre a natureza da ação humana. Por um lado, ele admite que somente os *atos voluntários* – isto é, aqueles marcados **(i)** por um estado de consciência e **(ii)** por uma manifestação volitiva – devem ser tomados em consideração nessa pesquisa sobre a busca da realização da pessoa. Uma vez que o ser humano se distingue dos demais seres vivos justamente pela capacidade de se guiar pelo

² Convém ressaltar a Proposta de Emenda à Constituição nº 19/2010, a qual pretendeu inserir, no corpo do art. 6º da Carta Magna, o direito à busca da felicidade.

³ ARISTOTLE. Op Cit. p. 1

raciocínio, é evidente que apenas os seus *atos voluntários* merecem ser tomados em conta no exame do seu pleno florescimento enquanto pessoa humana⁴.

Por outro lado, o estagirita adverte: é necessário empreender uma triagem, pois nem toda conduta humana voluntária apresenta-se *em conformidade com a razão*. De fato, muitas vezes, o ser humano age sob o controle de fortes inclinações naturais. Nessas ocasiões, a consciência humana – embaralhada pela raiva, pelo medo, pela fome de prazer e por outros tantos impulsos – perde as rédeas da ação, e a vontade acaba por se manifestar em um sentido totalmente contrário àquele desejável sob o prisma da plena realização humana. Ciente dessa possibilidade, Aristóteles traz à tona o elemento da “virtude”, o qual há de ser o núcleo da sua filosofia moral. Dessa forma, expõe o estagirita: a felicidade consiste, basicamente, *em viver conforme as virtudes*⁵.

E o que são as virtudes morais? Para o filósofo, elas se definem, em primeiro lugar, como *um meio-termo entre dois polos extremos*.⁶ Nessa primeira acepção, buscar as virtudes significa *perseguir, em cada conduta praticada no mundo da vida, a atuação que se revele a mais ponderada possível, em vista das circunstâncias e dos elementos postos à disposição do agente*. É bem verdade que toda pessoa humana encontra-se, a todo momento, sujeita às mais diversas paixões – as quais, seguramente, fazem parte da sua natureza *sensível*. Aristóteles chega mesmo a admitir que não existe qualquer equívoco em sentir medo, raiva ou prazer – contanto que tais inclinações aflorem, cada qual, *em seu momento apropriado*.⁷ Daí, é forçoso que o ser humano esteja sempre em condições de ler (e de sopesar) a realidade à sua volta, de modo a verificar se o momento (concreto) em questão se mostra efetivamente adequado para a manifestação de uma determinada inclinação. Tome-se um exemplo: caso uma pessoa revele um sentimento de medo frente a situações que não apresentam, objetivamente, qualquer sorte

⁴ Ibid. p 30-36

⁵ Ibid. p. 16

⁶ Ibid. p. 25-29

⁷ Ibid. p. 24

de perigo, ela logo há de ser taxada como uma pessoa “covarde” – se, ao revés, ela mostrar-se despreocupada em face de objetivamente perigosas, ela há de ser tomada como “temerária”. A “coragem” – virtude que se define como um autocontrole a respeito do medo – encontra-se no ponto médio entre tais extremos⁸. Eis o raciocínio básico, o qual se estende para todas as demais virtudes morais: a justiça, a temperança, a brandura, a magnanimidade, etc.

Neste ponto, o leitor por certo perceberá a necessidade de um traço a mais nesse quadro. Com efeito, é preciso que exista um *critério* – um mecanismo por meio do qual o ser humano possa se valer para, diante de *cada caso concreto*, obter a resposta sobre a conduta equilibrada ponderada que deve ser praticada. Como encontrar, em cada situação particular, o “caminho do meio”? O estagirita responde: através de *um exercício de prudência*. Para Aristóteles, a prudência define-se como uma espécie de “virtude intelectual” – uma disposição mental de abertura à realidade.⁹ Veja-se que, a todo instante, cada ser humano se depara com *sinais do mundo real, postos à sua volta* – *i.e.*, elementos fenomênicos dos mais variados tipos, desde fatores da natureza até as próprias ações manifestadas pelos seus semelhantes. Ao atuar no cenário da vida, é fundamental que esta pessoa tenha a sensibilidade necessária para colher da realidade todos esses sinais, de maneira a *deliberar sobre o peso de cada qual*¹⁰, e daí formular o melhor caminho a ser traçado por ela própria, em vista de tais circunstâncias. Ser prudente é, em suma, ser capaz de raciocinar em um sentido prático – sentir a realidade, deliberar sobre a mesma, ponderá-la, para então tomar uma decisão que apresente adequada à situação concreta.

Em todo caso, não há dúvidas de que uma única conduta prudente não há de tornar ser humano algum verdadeiramente *virtuoso*. Resgatando-se o exemplo dado: um único ato de coragem não faz de ninguém *uma pessoa corajosa*. Como bem se vê, a aquisição das virtudes

⁸ Ibid. p. 40-45

⁹ Sobre tal ponto, é essencial a leitura do livro “A Prudência em Aristóteles”, de Pierre Aubenque. AUBENQUE, Pierre. *A Prudência em Aristóteles*. 2ª Ed. São Paulo: Discurso Editorial, Paulus, 2008. p. 107-155.

¹⁰ Sobre o ponto, vide AUBENQUE. Op. Cit. p. 173-192.

morais demanda um continuado exercício de atos (ponderados) singulares, e é precisamente por isso que Aristóteles, complementando a definição inicial, coloca que *as virtudes morais devem ser entendidas também como “hábitos da alma”*.¹¹ Desse modo, ao final, para que um ser humano possa considerar-se uma pessoa plenamente *realizada em vida*, é essencial que, ao longo de sua trajetória, ele haja exercitado repetidamente condutas *equilibradas* em face das circunstâncias colhidas da realidade empírica – fazendo de tais condutas verdadeiros hábitos em sua rotina. Dito em outros termos, é essencial que, pelo permanente exercício de uma atividade prudente, ele haja cultivado em si próprio uma efetiva *sabedoria moral*.

Aí reside, enfim, o ponto mais relevante da ética aristotélica: a partir das noções de “prudência” e de “hábito da alma”, chega-se à compreensão da *fonte de todo conhecimento moral*. Como há de se sustentar ao longo deste trabalho, *é essa ideia de sabedoria prática que cumpre seja importada pela teoria jurídico-administrativa*. Ressalte-se que, tanto quanto qualquer pessoa humana, também a Administração tem a sua conduta guiada por *um fim último*, qual seja, a realização dos valores constitucionais e do interesse público primário neles subjacente. Tal colocação permite inferir que a filosofia aristotélica constitui um fundamento apropriado para a justificação da atividade desempenhada, no dia a dia, pela Administração.

2. A DISCRICIONARIEDADE COMO EXERCÍCIO DE PRUDÊNCIA

Na passagem das premissas aristotélicas acima delineadas ao estudo do Direito Administrativo propriamente dito, o primeiro conceito que merece ser abordado é o de “discricionariedade administrativa”. Tradicionalmente elencada no rol dos “poderes” reconhecidos à Administração Pública¹², a discricionariedade vem hoje sendo entendida não tanto como uma prerrogativa titularizada pelo Poder Público – em um sentido mais moderno,

¹¹ ARISTOTLE. Op Cit. p. 19.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.p. 97

pelo contrário, diz-se que se trata de um *atributo (ou de uma qualidade) inerente à própria atuação administrativa*.¹³ Em termos mais diretos: trata-se de um “modo específico de atuar”.

É, ainda, relevante ressaltar que, diferentemente do que proclamava a doutrina mais antiga, os modernos estudiosos tendem a afastar a conhecida classificação binária dos atos administrativos – a qual, a depender da abertura conferida pelo legislador em relação ao objeto e ao motivo, os dividia em “discricionários” e “vinculados”. Ao revés, vislumbra-se nos doutrinadores contemporâneos a tendência de enxergar nas diversas atividades administrativas certas “gradações de discricionariedade”.¹⁴ Significa dizer: já não cabe falar em uma diferença *qualitativa* entre os atos denominados “vinculados” e os atos denominados “discricionários” – no mais das vezes, o elemento da discricionariedade varia, nos atos da Administração Pública, *apenas em grau*.

Tecidas essas considerações preliminares, como há de se definir a discricionariedade da Administração Pública? Em um sentido afinado com a doutrina moderna, pode-se defini-la como *uma característica inerente à generalidade dos atos administrativos – presente, em maior ou menor escala, em toda espécie de atividade da Administração – a qual confere ao agente atuante uma certa margem de liberdade para a apreciação e o sopesamento dos dados colhidos na situação concreta, e a conseqüente possibilidade de firmar posicionamentos com base nessa efetiva leitura da realidade*. Como bem se sabe, o legislador, por se pronunciar sempre em termos genéricos e abstratos, jamais é capaz de apreender todos os aspectos do mundo da vida – razão pela qual delega aos operadores do Direito a função de preencher, *no caso concreto*, os espaços abertos deixados pelas balizas da lei. Quando o agente público, *por imposição das regras de competência que regem a sua função*, é chamado a exercer esse trabalho de operador da norma, ele colhe da realidade os dados, a princípio, inalcançáveis

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 90

¹⁴ Esta é a principal mensagem do ensaio seminal de Gustavo Binembojm: BINENBOJM, Gustavo. Da dicotomia ato vinculado versus ato discricionário à teoria dos graus de vinculação à juridicidade. In: _____, Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 195-239

pelo legislador – e então, *pondera* esses mesmos elementos, chegando, ao final, à decisão concreta que há de ser aplicada. Tal decisão, destarte, há de ser considerada “discricionária” – ao menos, até o limite de delegação posto pelo legislador.

Em resumo: dentro das balizas deixadas, pela lei, para cada espécie de atividade, o administrador é livre para exercer, segundo o seu melhor juízo, a ponderação dos elementos da realidade à sua volta. Assim agindo, diz-se que ele atua com *discricionariiedade*.

Neste ponto, é possível tecer uma notável conexão com a ética aristotélica, tal qual apresentada no capítulo antecedente. Com efeito, a mesma atividade decisória que Aristóteles reconhece como natural de todo ser humano, pautada pela virtude da prudência e marcada pela leitura e pelo sopesamento dos signos da realidade, – quando traduzida para a linguagem do Direito Administrativo –, toma os contornos da atuação denominada “discricionária”. O que se vê, portanto, em ambos os quadros, é precisamente o mesmo desenho: o agente moral aristotélico de um lado, e o agente administrativo de outro – ambos fixando posições no mundo da vida com base no seu raciocínio prático, sempre amparados nos elementos colhidos na situação concreta trazidos à tona. Por consequência, não seria exagero dizer que a *virtude intelectual da prudência* – afirmada por Aristóteles no bojo de sua *Ética a Nicômaco* – *aplica-se igualmente à seara administrativa*, servindo de norte à atividade do agente público sempre que esta assume natureza discricionária.

Pois bem. Conforme se expôs, no campo da ética aristotélica, uma decisão há de ser considerada “prudente” apenas na medida em que ela contribui para a aquisição e o cultivo de certas virtudes morais – virtudes estas, as quais, em última análise, constituem um mecanismo de *autocontrole* por parte do ser humano. Já sob o prisma administrativo, pode-se também pensar em um exercício de autocontrole: afinal, é cediço que o desempenho da atividade dita “discricionária” encontra-se sujeito a determinadas limitações intrínsecas, as quais têm o condão de *conformar o próprio conteúdo do ato administrativo praticado pelo agente*. Fala-

se, aqui, basicamente, nos princípios – ou “postulados”, na doutrina de Humberto Ávila¹⁵ – da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*.

De fato, é essencial ressaltar que tais limitações caracterizam-se por atingir o próprio mérito – *i.e.*, o objeto e os motivos – da margem “discricionária” do ato administrativo. São limitações denominadas “intrínsecas” justamente porque guiam o próprio juízo levado a cabo pelo agente público – ao contrário das limitações ditas “extrínsecas” (tais como a competência e a forma), as quais decorrem sempre de norma externa (heterônoma).¹⁶ Falemos um pouco sobre essas limitações intrínsecas.

Primeiro, o postulado da proporcionalidade: na esteira da doutrina de Humberto Ávila¹⁷, pode se dizer que o postulado da proporcionalidade presta-se a guiar a atividade do agente nas situações em que, para a execução de uma dada finalidade, existem vários meios postos à disposição. Há, basicamente, uma pluralidade de meios possíveis, e é preciso eleger aquele que se revele o mais apropriado – *de acordo com as circunstâncias concretas*. A escolha desse meio dar-se-á segundo os testes de *adequação*, de *necessidade* e de *proporcionalidade em sentido estrito*. E em segundo lugar, o postulado da razoabilidade: também na linha do que coloca Ávila¹⁸, define-se o postulado da razoabilidade como aquele que orienta a atividade do agente a escolher decisões apropriadas ao contexto em que elas não de produzir efeitos – sem que se leve em conta, neste ponto, eventual relação meio/fim. O importante, sob o ponto de vista da razoabilidade, é que a decisão atenda a parâmetros de equidade (mediante a flexibilização regras em vista da situação concreta) e de congruência

¹⁵ Convém, neste ponto recordar a definição de “postulado normativo”, proposta por Ávila (ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 184): “Os postulados normativos são normas imediatamente metódicas que estruturam a interpretação e a aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios.”

¹⁶ Para fins de elucidação, importa recordar os conceitos de autonomia e heteronomia, na teoria moral kantiana.

¹⁷ AVILA. Op. Cit. p. 163-177

¹⁸ Ibid. p. 153-162.

(mediante um tratamento de paridade entre fenômenos entendidos como essencialmente idênticos);

Destarte, em termos bem diretos: a margem de “discricionariedade” é, exatamente, o campo da atividade administrativa em que opera, por excelência, a virtude da prudência tal qual percebida pelo filósofo estagirita – e sempre que uma decisão administrativa puder ser entendida como razoável e proporcional, dir-se-á que se trata, forçosamente, de uma decisão prudente (e pois, virtuosa). No mais, o que se pode dizer acerca do processo de *conhecimento moral*? Se, conforme se colocou nas linhas acima, é perfeitamente possível tecer uma conexão entre a ética aristotélica e a práxis administrativa, de que maneira a noção de “sabedoria prática” desenvolvida por Aristóteles há de ser traduzida para o campo da atividade administrativa? Para responder a essa indagação, quiçá a melhor solução é partir para um exemplo prático de aplicação da prudência na seara administrativa...

3. ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: A PRUDÊNCIA NA REGULAÇÃO

Ao longo das últimas duas décadas, o Estado brasileiro – seguindo um movimento que, em grande parte dos países desenvolvidos, já se encontrava em vias de consolidação – tratou de reconstruir as bases da sua relação com o mercado através do enxugamento de certas formas de intervenção direta na economia e, especialmente, mediante a redefinição do seu efetivo papel em face dos agentes econômicos. Nessa linha, em substituição à figura do Estado participante, passou-se a defender, por parte do Poder Público, o exercício de uma função precípua de *supervisão*. É precisamente nesse contexto que surgiram as denominadas “agências reguladoras”: autarquias dotadas de um regime de autonomia reforçada, cuja atribuição principal seria a de regulamentar, com a expedição de normas eminentemente técnicas, o desempenho de atividades econômicas estratégicas por parte de agentes do setor privado, fiscalizando essas atividades de modo a garantir a observância de tais disposições.

Na esteira desse movimento de reforma, muitas foram as propostas que vieram à tona no sentido de proporcionar às novas agências estatais métodos de trabalho que assegurassem a *qualidade* das regulações que viessem a ser expedidas. Acima de tudo, era preciso que tais normas demonstrassem estar em sintonia não apenas com os anseios dos agentes regulados – algo fundamental para possibilitar a continuidade dos investimentos –, como também, com os desejos de outros grupos, em geral menos organizados, da sociedade civil (por excelência, os consumidores). Era necessário, em outras palavras, que a atividade reguladora das recém-criadas agências – uma atividade marcada por *discrecionabilidade técnica*¹⁹ – fosse exercida de maneira *prudente*, equilibrando os vários interesses envolvidos (muitas vezes, antagônicos) e sopesando os custos e os efeitos de cada solução regulatória vislumbrada. Da conjugação dessas importantes reflexões, elaborou-se a técnica que hoje se denomina “Análise de Impacto Regulatório”.

3.1. O CONCEITO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

Denomina-se Análise de Impacto Regulatório²⁰ o procedimento formal e sistemático – aplicável à atividade normativa das agências reguladoras – por meio do qual são explicitados os problemas econômicos postos à frente do regulador para que, a seguir, sejam elaboradas propostas de regulação que se submeterão ao crivo dos agentes regulados, sendo, ao final, sopesados os custos e os efeitos de cada solução regulatória vislumbrada, procedendo-se à escolha daquela que se revelar a mais ponderada.²¹

¹⁹ Sobre a noção de discrecionabilidade técnica – i.e., uma discrecionabilidade mesclada com aspectos de ordem eminentemente técnica – vide MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 438

²⁰ Nas próximas páginas, utilizaremos, por vezes, o termo abreviado: “AIR”.

²¹ Tal conceituação resulta da conjugação das definições dispostas em SALGADO, Lucia Helena, e BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Análise de Impacto Regulatório: uma abordagem exploratória*. Brasília, 2010. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf > Acesso em: 22 de agosto de 2013. p. 07 e GAETANI, Francisco; ALBUQUERQUE, Kélvia. *Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória*. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). *Regulação e Agências Reguladoras: Governança e Análise de Impacto Regulatório*. 1ª Ed. Brasília: Anvisa, 2009, p. 195

É importante consignar que a maior parte das orientações teóricas que conduziram à elaboração da metodologia por trás da AIR resultaram de estudos desenvolvidos no âmbito da OCDE²². Essas orientações foram importadas pela doutrina pátria sob a forma de um rol de princípios²³, os quais representam *boas práticas* que devem nortear a atividade do regulador.

Por certo, tais recomendações constituem um manual destinado guiar o trabalho dos agentes atuantes na regulação, sendo certo que existe aqui uma revelante aproximação com os pontos colocados por Aristóteles em sua teoria ética – justo porque os mencionados princípios permitem o alcance de decisões em conformidade com a *virtude da prudência*. Outrossim, é essencial colocar que *uma das maiores vantagens da AIR – quando institucionalizada no seio dos órgãos governamentais – é possibilitar que experiências em matéria de regulação sejam colhidas de maneira sistemática e partilhadas entre os diferentes órgãos públicos, garantindo a produção de um aprendizado e o acúmulo de um conhecimento que, ao final, hão de favorecer o aprimoramento das instituições em questão.*²⁴ Existe aí um *ciclo virtuoso* que, em última análise, há de redundar em uma evolução institucional. Aqui reside outra forte aproximação com a teoria aristotélica: recorde-se que, quando se parte da prática das virtudes, chega-se um estado de *sabedoria prática*. Como se vê, o mesmo vale para a Administração.

3.2. METODOLOGIA DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

Para a compreensão da maneira como se desenvolve a AIR no âmbito das Agências Reguladoras, impõe indicar o principal método utilizado para o deslinde desse procedimento:

²² Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

²³ Eis alguns desses princípios, arrolados por SALGADO e BORGES (Op. Cit. p 8-9): (i) deve-se garantir o comprometimento político com a AIR, que jamais deve ser vislumbrada como mera exigência burocrática; (ii) deve-se capacitar os agentes reguladores para a realização da AIR, inclusive por meio de cursos de treinamento; (iii) deve-se desenvolver e implementar estratégias de coleta de dados; (iv) deve-se, no curso da AIR, envolver o público extensivamente, dando voz aos vários grupos interessados (agentes regulados, consumidores, etc), especialmente por meio de instrumentos tais como pesquisas de campo, audiências e consultas públicas; e (v) deve-se conferir ampla publicidade aos resultados firmados em AIR.

²⁴ GAETANI; ALBUQUERQUE. Op. Cit. p. 90.

trata-se da Análise de Custo-Benefício. Como o nome demonstra, tal método consiste em explicitar os impactos significativos – positivos e negativos – da regulação que se está a propor, independentemente de serem tais impactos quantificáveis. Nesse diapasão, é importante que sejam explicitados quais grupos hão de suportar cada custo gerado – e por outro lado, quais setores hão de ser beneficiados. Como se nota, trata-se de uma aplicação prática do postulado da proporcionalidade *stricto sensu*²⁵.

3.3. A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NO CENÁRIO BRASILEIRO

Conquanto a maior parte das Agências Reguladoras brasileiras, ao menos na órbita federal, já contem com cerca de quinze anos de idade, é certo que o fenômeno do Estado supervisor ainda se apresenta como uma proposta muito recente aos olhos de grande parte dos publicistas²⁶. De fato, durante a segunda metade do século XX, tais operadores do Direito Público acostumaram-se a ver a participação estatal como um elemento imprescindível à manutenção da ordem econômica. Contudo, repentinamente, tal quadro inverteu-se por completo – a tal ponto que hoje já se pode facilmente dizer que a intervenção direta do Estado na economia tende a tornar-se meramente subsidiária. Face a essa reviravolta, é bastante natural que ainda persista um relativo estranhamento em torno de institutos tais como a Análise de Impacto Regulatório – e quiçá esse estranhamento explique o porquê de a AIR ainda não ter sido efetivamente institucionalizada por qualquer das Agências atuantes no país.

Embora a AIR ainda não esteja plenamente consolidada no cotidiano das Agências Reguladoras brasileiras, não seria um equívoco afirmar que existe um caminho traçado nesse sentido, porquanto tais autarquias, em algumas oportunidades, chegaram mesmo a ensaiar a

²⁵ Vide a obra de SALGADO; BORGES. Op.Cit. p. 10-17. Os autores ainda citam outros dois métodos, quais sejam: a análise de custo-efetividade e a análise parcial.

²⁶ A tom crítico de Bandeira de Mello ao tratar do tema faz prova dessa afirmação. MELLO. Op. Cit. p. 170-181.

adoção de metodologias próximas àquela pregada pelos princípios da OCDE²⁷. Outrossim, ao menos certas práticas administrativas inerentes ao processo de AIR parecem ter se tornado verdadeiro hábito no contexto das Agências nacionais – cite-se o exemplo das *consultas e das audiências públicas*, previstas em praticamente todas as leis instituidoras de Agências, e amplamente utilizadas para a instrução das decisões normativas tomadas por esses entes.

No mais, com o advento do Decreto nº 6.062/07 – o qual instituiu o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – o governo federal parece ter assumido o compromisso de aprimorar o processo regulatório em suas próprias bases, visando a um maior alinhamento estratégico entre este processo decisório e as políticas setoriais, e também a um reforço da autonomia e da transparência das Agências Reguladoras. Com a implementação desse programa, espera-se que o Estado brasileiro ganhe destaque em sua condição de supervisor do mercado – e que, por outro lado, técnicas como a AIR tornem-se prática corrente na seara das Agências, contribuindo, ao fim, para o aperfeiçoamento e para o desenvolvimento dessas entidades.

4. CONCLUSÃO

Mais do que tecer um comentário a respeito de um instituto jurídico que ora vem a se firmar no cenário brasileiro, o que se pretendeu ao longo do presente trabalho foi demonstrar a proximidade existente entre a teoria ética ministrada por Aristóteles e a atividade praticada pelos operadores do Direito Administrativo. Nesse sentido, a Análise de Impacto Regulatório apresentou-se mais como um exemplo prático, tendente a comprovar a tese levada a cabo nas páginas anteriores. Conquanto as ideias sustentadas mereçam um debate mais aprofundado, à guisa de conclusão, espera-se que a mensagem tenha restado clara ao leitor.

²⁷ O texto de SALGADO e BORGES traz exemplo colhido no âmbito da ANAC: Op. Cit. p. 22.

REFERÊNCIAS

- ARISTOTLE. *Nicomachean Ethics*. 2ª ed., Indianapolis: Hackett, 1999.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- AUBENQUE, Pierre. *A Prudência em Aristóteles*. 2ª ed. São Paulo: Discurso Editorial, Paulus, 2008.
- BINENBOJM, Gustavo. Da dicotomia ato vinculado *versus* ato discricionário à teoria dos graus de vinculação à juridicidade. In: _____, *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 195-239.
- BRASIL. Decreto n. 6.062, de 16 de março de 2007. Institui o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação - PRO-REG, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 2007.
- COSTA, Guilherme Moreira Loures da. *Ética das Virtudes e Ponderação: um ensaio sobre a dignidade humana aristotélica*. Rio de Janeiro. 2012. 108 p. Tese (Monografia Final) – Departamento de Direito da PUC-Rio.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- GAETANI, Francisco; ALBUQUERQUE, Kélvia. Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). *Regulação e Agências Reguladoras: Governança e Análise de Impacto Regulatório*. 1ª Ed. Brasília: Anvisa, 2009, p. 189-196.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- NUSDEO, Fabio. *Curso de Economia: uma introdução ao direito econômico*. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- REBOUL, Olivier. *Introdução à Retórica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Análise de Impacto Regulatório: uma abordagem exploratória*. Brasília, 2010. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf > Acesso em: 22 de agosto de 2013.