

FELIPE DE PAULA

Avaliação Legislativa no Brasil: limites e possibilidades

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Dr. Jean Paul Cabral Veiga da Rocha

Co-orientador: Prof. Dr. Wim Voermans

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2016**

FELIPE DE PAULA

Avaliação Legislativa no Brasil: limites e possibilidades

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob orientação do Prof. Dr. Jean Paul Cabral Veiga da Rocha, em programa de dupla titulação com a Faculdade de Direito da Universidade de Leiden (Holanda), sob co-orientação do Prof. Dr. Wim Voermans.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2016**

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Paula, Felipe de

Avaliação Legislativa no Brasil: limites e possibilidades / Felipe de Paula; orientador: Jean Paul Cabral Veiga da Rocha; co-orientador: Wim Voermans - São Paulo, 2016.
399 p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito / Área de Concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

RESUMO

Felipe de Paula. **Avaliação Legislativa no Brasil: limites e possibilidades.** 2016. Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

A presente tese de doutorado discute limites e possibilidades de desenvolvimento de uma nova política legislativo-regulatória no Brasil, entendida como política pública voltada ao aperfeiçoamento do processo de elaboração de instrumentos normativos e, fundamentalmente, ao incremento da qualidade das normas. Apresenta as dificuldades da política legislativo-regulatória vigente no Brasil, especialmente em âmbito federal, e sugere alternativas para seu avanço. Para tanto, parte de alguns pressupostos. Primeiro, a existência e o crescimento da característica finalístico-instrumental de parte da legislação. Após revisão da relação entre lei e políticas públicas, detecta-se o aumento da utilização do ato normativo como ferramenta regulatória e como elemento de criação, estruturação e fomento de *policies*. Segundo, o fato de que uma política legislativo-regulatória efetiva não envolve apenas aspectos formais, mas sim elementos materiais de diferentes espécies. Dessa forma, categorias de ferramentas e instrumentos inerentes à qualificação da produção legislativa precisam ser adequadamente modeladas, entendidas e mobilizadas. Terceiro, o fato de que contextos político-econômicos e institucionais locais importam. Eles condicionam a aceitação de experiências internacionais que podem servir como parâmetro a novas sugestões. Assume-se que o uso progressivo de evidências, bons diagnósticos, avaliações de alternativas e resultados (exames *ex ante* e *ex post*), bem como o uso de testes, experimentos e *inputs* oriundos da abordagem comportamental (em especial os *nudges*), podem conduzir a intervenções normativas mais qualificadas. No entanto, também se defende que, dada a difusão sem convergência de políticas legislativo-regulatórias das últimas décadas, elementos contextuais (políticos, econômicos e institucionais) devem ter absoluta centralidade na análise relativa aos processos de implantação e execução. Ao final, propõe-se um novo desenho para a política legislativo-regulatória brasileira. Respeitados alguns pressupostos, sugere-se a já tradicional análise de impacto regulatório, mas com foco especial em eventuais ganhos de organização e controle. Também se sugere o incremento do uso de avaliações *ex post*, do uso de testes e experimentos legislativos, bem como a internalização de descobertas da abordagem comportamental, que propugna intervenções mais efetivas e de baixo custo.

Palavras-chave: avaliação legislativa — política legislativo-regulatória — política legislativa — elaboração normativa — *nudges*

ABSTRACT

Felipe de Paula. **Legislative Assessment in Brazil: thresholds and possibilities.** 2016. Doctorate degree. Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2016.

This doctorate thesis discusses the thresholds and possibilities of developing a new legislative-regulatory policy in Brazil, understood as a public policy whose purpose is the enhancement of the process of drafting normative instruments and, mainly, the increase in the quality of rules. It brings the difficulties of the legislative-regulatory policy in force in Brazil, mostly at the federal level, and suggests alternatives for its enhancement. To do so, it departs from some assumptions. First, the existence and growth of legislative instruments with finalistic-instrumental features. Reviewing the relationship between legislation and public policies, the mobilization of the legislative instrument as a regulatory tool and as an element for creating, structuring, and promoting public policies was clearly detected. Second, the fact that not just formal elements, but also different kinds of substantive elements must be taken into account. So, categories of tools and instruments related to normative quality must be rightly framed, understood and used. Third, the fact that local contextual features such as institutional and political-economic elements do matter; they constrain the acceptance of international experiences which can be used as parameters for new suggestions. It is assumed that the progressive use of evidence, good diagnoses, assessments of alternatives and results (*ex ante* and *ex post* evaluation), as well as the usage of tests, experiments and behavioral inputs, may lead to more reasonable interventions. However, this thesis will also uphold that, considering the diffusion without convergence regarding legislative-regulatory policies in the last decades, contextual elements (political, economic and institutional) unquestionably hold centrality in the analysis of implementation and execution. Finally, a new framework for the Brazilian legislative-regulatory policy is presented. There are some assumptions and suggestions. Regulatory impact analysis is hinted, but with focus on functions as organization and control. The consistent use of *ex post* evaluation, legislative tests and experiments, as well as the behavioral approach inputs, which advocates more effective and low-cost interventions, are also suggested.

Keywords: legislative assessment — legislative-regulatory policy — legislative policy — lawmaking — nudges

RIASSUNTO

Felipe de Paula. **Valutazione legislativa in Brasile: limiti e possibilità**. 2016. Dottorato. Facoltà di Giurisprudenza, Università di San Paolo, San Paolo, 2016.

Questa tesi di dottorato discute i limiti e le possibilità di sviluppo di una nuova politica regolamentare-legislativa in Brasile, inteso come una politica pubblica volta a migliorare lo sviluppo dello processo di elaborazione di strumenti normativi e, fondamentalmente, per aumentare la qualità delle norme. Presenta le difficoltà della politica regolamentare-legislativa in Brasile, soprattutto a livello federale, e suggerisce alternative per il suo avanzamento. Pertanto, parte di alcune ipotesi. In primo luogo, l'esistenza e la crescita della funzione finalistica-strumentale della legge. In una revisione del rapporto tra legislazione e politiche pubbliche, l'aumento dell'uso di atto normativo come strumento di regolamentazione e come elemento di strutturazione, creazione e promozione di politiche pubbliche viene rilevato. In secondo luogo, il fatto che una politica regolamentare-legislativa efficace non è solo di aspetti formali, ma fondamentalmente gli elementi materiali di specie diverse. In tal modo le categorie di strumenti relativi alla qualificazione del processo legislativo devono essere opportunamente modellate, compresi e mobilitati. In terzo luogo, il fatto che i fattori contestuali locale (politico, economico e istituzionale) sono importanti; condizionano l'accettazione di esperienze internazionali che possono servire come parametro di nuove suggestioni. Si presume che l'aumento progressivo dell'uso di prove, buona diagnosi, valutazioni dei risultati ed alternative (*ex ante* ed *ex post*), e l'uso di test ed esperimenti e delle scoperte di approccio comportamentale può portare ad interventi normativi più qualificati. Tuttavia, si sostiene anche che, data la diffusione senza convergenza delle politiche regolamentare-legislative degli ultimi decenni, elementi contestuali (politici, economici e istituzionali) deve avere assoluta centralità nell'analisi dei processi di attuazione ed esecuzione. Infine, proponiamo un nuovo *design* per la politica regolamentare-legislativa brasiliana. Rispettato alcune ipotesi, si suggerisce di avere la tradizionale analisi di impatto della regolamentazione, ma con particolare attenzione tutti i guadagni di organizzazione e controllo. Si suggerisce inoltre l'aumento dell'uso di valutazioni *ex post*, l'uso di test ed esperimenti legislativi, così come l'internalizzazione delle scoperte di approccio comportamentale, che sostiene gli interventi più efficaci e di basso costo.

Parole chiave: valutazione legislativa — politica regolamentare-legislativa — politica legislativa — attività legislativa — *nudges*

AGRADECIMENTOS

Não há trabalho de fôlego realizado sozinho. Na academia, em que horas de leitura e escrita se conjugam com o auxílio de pares, isso também é verdadeiro: partimos de contribuições pré-existentes, testamos novas idéias, buscamos respaldo reiteradamente. Assim, importa reconhecer aqueles que, de uma forma ou de outra, participaram da construção desta tese.

Agradeço inicialmente à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo pelas oportunidades ofertadas. Sua excelência acadêmica delineou minha trajetória profissional; sua pluralidade político-ideológica desenvolveu minha trajetória humana. É esperançoso ver em professores como Conrado Hubner Mendes, Diogo Coutinho, Rafael Mafei e Virgílio Afonso da Silva, dentre outros, o desejo de dinamizar a velha e sempre nova academia.

Devo agradecimento muito especial ao meu orientador, Prof. Jean Paul Cabral Veiga da Rocha. Busquei em sua orientação um docente reconhecidamente capaz, rigoroso e comprometido com o avanço acadêmico. Encontrei isso e muito mais: tive em Jean Paul um leal apoiador em horas difíceis, um incentivador incondicional, um profissional que doa conhecimento e respaldo. Sem JP, esta tese não existiria.

Reconheço ainda o apoio dos Profs. José Eduardo Faria e Fernando Herren Aguillar que, com atentas observações no exame de qualificação, permitiram ajustes e direcionamentos em meu projeto de pesquisa.

À Universidade de Leiden, na Holanda, presto minha sincera homenagem. Ao corpo burocrático e acadêmico, agradeço pela recepção e pela estrutura que me foi disponibilizada. Vi uma Universidade efetivamente voltada ao ensino e à pesquisa, com forte incentivo ao trabalho de seus discentes e docentes, e verdadeiro espírito de crescimento intelectual.

Tenho agradecimentos muito especiais aos Prof. Wim Voermans e Profa. Marianne Wiesebron. Com Wim, meu co-orientador no Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito, aprendi que é possível balancear densidade acadêmica e leveza cotidiana. Para além do altíssimo conhecimento específico que nunca hesitou em partilhar,

vi apoio genuíno ao desenvolvimento de seus alunos e orgulho de suas vitórias. Também obtive suporte rápido e inequívoco nas agruras que cercaram a elaboração desta tese. Com Marianne, no Departamento de Estudos Latino-americanos, vivenciei momentos de generosidade explícita, de apoio a estudantes estrangeiros radicados na Holanda e, fundamentalmente, uma indelével lição profissional: posicionamento firme, compromisso com suas atividades e trabalho árduo.

Faço ainda especial referência a Sofia Ranchordás, hoje docente da Faculdade de Direito de Leiden, pelo apoio inicial que me foi oferecido. Também presto homenagem ao jovem Vestert Borger, parceiro de pesquisa, pelos cafés e pela paciência com meus incontáveis questionamentos sobre a cultura holandesa.

Agradeço imensamente a familiares e amigos de vida pessoal, de vida acadêmica e de atividade profissional que, cada um a seu modo, ajudaram a moldar minha forma de ver o mundo. Também a forjar minha mania de levantar questões. Reconheço, em especial, o apoio de amigos da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, do Ministério da Justiça, da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República e da Prefeitura de São Paulo. Enumerá-los seria impensável, sob pena de injustiças. Naturalmente, eles sabem quem são.

Contudo, não posso deixar de citar amigas e amigos como André Abbud, Beto Vasconcelos, Carolina Yummi de Souza, César Carrijo, Daniel Campos de Carvalho, Dario Durigan, Davi Tangerino, Eduardo Xavier, Emerson Fabiani, Fábio Durço, Guilherme de Almeida, Joana Zylbersztajn, Leandro Galluzzi dos Santos, Luis Felipe Valerim Pinheiro, Luiz Gustavo Bambini de Assis, Marcelo Behar, Octavio Orzari, Pedro Abramovay, Rafael Alves e Regis Dudena. Sempre que possível, dividem comigo impressões jurídicas, angústias políticas e vice-versa.

Também agradeço muito especialmente às amigas e aos amigos Carolina Ferreira, Carolina Haber, Daniel Arbix, Felipe Daud, Gabriel Ducatti, Igor Bedone, Ivo Correa, Juliana Carlos, Luiz Guilherme Paiva, Mariana de Paula, Natasha Salinas, Paula Leal, Paulo Macedo Garcia Neto, Priscila Spécie, Rafael Dubeux, Ricardo Horta e Thomaz Pereira que, de uma forma ou de outra, para além de profundo companheirismo, permitiram concretamente que a elaboração desta tese fosse possível. Auxiliaram-me com envio de textos, entregas de documentos, debates, leituras prévias, revisões parciais e,

fundamentalmente, parceria genuína. Eventuais equívocos, obviamente, são de minha inteira responsabilidade.

Agradeço, ainda, aos servidores públicos federais que gentilmente aceitaram despende um pouco de seu tempo na resposta a um questionário que compôs o material desta tese. Sei o quanto é difícil fugir do atropelo cotidiano, em especial nestes tempos difíceis. Isso torna a contribuição de vocês ainda mais valiosa.

Finalmente, devo um reconhecimento intransitivo a Vanessa Branco Motta. Leitora criteriosa de textos por vezes indecifráveis, companheira de dias e dias de imersão caseira, parceira resiliente de um pouco estruturado período nas terras baixas — e frias — da Holanda, incentivadora incondicional de atividades e sonhos. Por vezes adiou seus planos pessoais e abraçou como *nosso* o que antes foi *meu*, de maneira plena e sem encargos. Sempre com leveza, carinho e afeto. Sem dúvida alguma, esta tese também é dela.

À Aurora, onde quer que esteja;
À Vanessa, por aqui sempre estar.

SIGLAS E ABREVIACÕES

- ACTAL** - *Dutch Advisory Board on Regulatory Burden* (sigla no original holandês)
- ANEEL** - Agência Nacional de Energia Elétrica
- ANVISA** - Agência Nacional de Vigilância Sanitária
- ASPAR/SRI** - Assessoria Parlamentar da Secretaria de Relações Institucionais
- CBA** - Análise Custo-benefício
- CBA/RIA** - Análise de Impacto Regulatório sob a Modalidade Custo-benefício
- CC** - Casa Civil da Presidência da República
- CF/88** - Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988
- CLS** - *Critical Legal Studies*
- CNPJ** - Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas
- CPF** - Cadastro de Pessoas Físicas
- DENOR/AGU** - Departamento de Análise de Atos Normativos da Consultoria-Geral da Advocacia-Geral da União
- DIAP** - Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar
- EAC** - Experimentos Legislativos Controlados
- EC** - Emenda Constitucional
- EO** - *Executive Order*
- EUA** - Estados Unidos da América
- IAB** - *Impact Assessment Board*
- IBAMA** - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
- ICMBio** - Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade
- IPEA** - Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas
- IAK** - *Integral Assessment Framework* (sigla no original holandês)
- MF** - Ministério da Fazenda
- MJ** - Ministério da Justiça
- MPOG** - Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão
- MPV** - Medida Provisória
- NPM** - *New Public Management*
- OITO** - *One-in, Two-out*
- OIRA** - *Office of Information and Regulatory Affairs*
- OMB** - *Office of Management and Budget*

PBF - Programa Bolsa-Família

PLN - Projeto de Lei do Congresso Nacional

PLP - Projeto de Lei Complementar

PPA - Programa Plurianual

PRO-REG - Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação

REFIT - *Regulatory Fitness and Performance Programme*

RIA - Análise de Impacto Regulatório

ROB - *Regulatory Oversight Body*

RSB - *Regulatory Scrutiny Board*

SAG ou SAG/CC - Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República

SAL ou SAL/MJ - Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça

SAJ ou SAJ/CC - Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República

SAM ou SAM/CC - Subchefia de Articulação e Monitoramento da Casa Civil da Presidência da República

SCM - *Standard Cost Model*

SE - Secretaria Executiva

SEAE ou SEAE/MF - Secretaria de Análise Econômica do Ministério da Fazenda

SIDOF - Sistema de Geração e Tramitação de Documentos Oficiais

SRI - Secretaria de Relações Institucionais

TCU - Tribunal de Contas da União

UE - União Européia

SUMÁRIO

Introdução	16
Cap. 01 - As Premissas	
O Instrumento Legislativo com Características Finalístico-Instrumentais	30
1. Introdução.....	30
2. Desenvolvendo as Premissas Teóricas	32
2.1. O Ciclo de Vida do Ato Normativo	33
2.2. Parâmetros Avaliativos de Qualidade Legislativo-regulatória	36
2.3. A Característica Finalístico-instrumental do Ato Normativo	39
2.3.1. A característica instrumental na doutrina brasileira	42
3. Legislação e Regulação.....	44
3.1. A Emergência do Estado Regulador	45
3.1.1. Inflação legislativa, especialização e tecnicismo.....	48
3.2. Conceito de Regulação e Teorias Regulatórias	50
3.3. Elementos Regulatórios e o Papel da Legislação	53
3.4. Estratégias Regulatórias e Instrumentos Normativos: para além do comando e controle.....	54
4. Legislação e Políticas Públicas	58
4.1. Ato Normativo e Políticas Públicas	59
4.2. Ato Normativo e Administração Pública Gerencial	61
4.3. O Elemento Jurídico como Inerente a Todo o Ciclo de Políticas Públicas	63
4.4. O Legalismo Enquanto Elemento Persistente no Debate Brasileiro sobre Políticas Públicas.....	64
5. A Perspectiva da Teoria do Direito.....	67
5.1. Da Legitimidade Pressuposta ao Uso Instrumental.....	67
5.2. A Crítica à Característica Instrumental Revisitada	71
5.2.1. A crítica sócio-humanitária	72
5.2.2. A crítica teórica	74
5.2.3. A crítica prática	76
5.2.4. A questão da autonomia do direito.....	77
5.3. A Aceitação do Instrumentalismo Contemporâneo	79
6. O Foco na Legislação: uma política legislativo-regulatória no Brasil	80
6.1. O Resgate da Legislação no Debate Regulatório Brasileiro.....	82
7. Conclusões Parciais.....	84

Cap. 02 - O Objeto

A Legislação Brasileira Contemporânea: produção normativa, dinâmica institucional e políticas públicas 88

1. Introdução.....	88
2. Pressupostos Teóricos do Recorte Metodológico.....	91
3. A Elaboração Normativa pelo Poder Executivo.....	95
3.1. Base Normativa - law in books.....	95
3.2. A Prática da Elaboração Normativa - law in action.....	98
3.2.1 Decisão e elaboração.....	98
3.2.2. Decisão e elaboração: percepções adicionais.....	102
3.2.3. O papel da Casa Civil da Presidência da República.....	104
3.2.4. Conveniência, oportunidade e estratégia legislativa.....	107
4. A Abordagem Técnica.....	110
4.1. Aspectos Formais.....	112
4.2. Aspectos Materiais.....	114
4.3. Diagnóstico e Hipóteses Teórico-práticas.....	116
4.4. A Percepção dos Atores Centrais.....	117
4.5. Uma Ressalva Necessária: o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG).....	126
5. A Atividade Legislativa sob Outra Ótica: a contribuição da ciência política.....	130
5.1. O Presidencialismo de Coalizão: governabilidade, estabilidade e a caixa de ferramentas do Executivo.....	132
5.1.1. O presidencialismo de coalizão está em crise?.....	138
5.2. Medidas Provisórias: um tópico especial.....	140
5.2.1. Poder de decreto e teoria da delegação.....	141
5.2.2. O ciclo de vida das MPVs: uma história com várias fases.....	146
5.3. A Força da Praxis Legislativa: a complexidade do Parlamento.....	153
5.4. Processo Legislativo e Política Legislativo-regulatória.....	156
6. A Legislação Brasileira Contemporânea em Números.....	157
6.1. Recorte Metodológico.....	157
6.1.1. Base de dados e definição do universo de pesquisa.....	158
6.1.2. Questões conceituais: categorias e amplitude terminológica.....	161
6.2. Leis Ordinárias e Políticas Públicas no Brasil (2007-2012).....	168
6.3. Ainda Sobre os Dados: a questão da iniciativa legislativa.....	172
7. Conclusões Parciais.....	176

Cap. 03 - As Experiências

Política Legislativo-regulatória Contemporânea: exemplos, resultados e críticas 178

1. Introdução.....	178
2. O Avanço das Políticas Legislativo-regulatórias.....	180

2.1. De Better Lawmaking a Smart Regulation.....	181
2.1.1. Better Lawmaking, Better Regulation e Smart Regulation	182
2.1.2. Smart Regulation: um conceito polissêmico	188
2.2. Estados Unidos e União Européia: proximidade e diferenças.....	189
2.2.1. Origens.....	190
2.2.2. Funções Básicas	192
2.2.3. Institucionalização: os Regulatory Oversight Bodies - ROBs.....	194
2.2.4. A proximidade contemporânea	196
3. Elementos de Política Legislativo-regulatória: uma proposta funcional de readequação analítica	199
4. Aspectos Internos de Qualidade Normativa	204
5. Aspectos de Mecânica Legislativo-Regulatória	207
5.1. Alternativas Legislativo-Regulatórias	208
5.2. A nova abordagem comportamental: nudges e codes (architecture choice).....	210
5.2.1. Base teórica.....	210
5.2.2. Descobertas e pressupostos.....	212
5.2.3. Ferramentas comportamentais	214
5.2.4. Críticas	217
6. Aspectos Metodológicos em Sentido Estrito.....	219
6.1. A Análise de Impacto Regulatório - RIA.....	220
6.1.1. Conceito	220
6.1.2. Objetivos: as diferentes funções de um RIA.....	222
6.1.3. Modelos e visões: os diferentes papéis de um RIA	224
6.1.4. Compreendendo o RIA em sua complexidade e amplitude	227
6.1.5. Dificuldades gerais	229
6.2. Análise Custo-Benefício	234
6.3. Para Além da Panacéia Mistificadora: limitações	241
6.4. Para Além do Receio Paralisante: oportunidades	242
6.5. Análise Custo-Efetividade.....	244
6.6. O Standard Cost Model - SCM	246
6.7. Análise de Risco	251
6.7.1. Base teórica.....	252
6.7.2. Dificuldades e críticas.....	255
6.8. Análise Multi-critérios.....	257
7. Aspectos Construtivos e de Coleta de Informações	258
7.1. Democratização do Processo de Elaboração Normativa	259
7.2. Legislação Temporária, Legislação Experimental e Testes Legislativos	261
7.2.1. Sunset Laws (Sunset Clauses) e experimentos legislativos.....	262
7.2.1.1. Questões jurídicas: certeza, segurança e isonomia	265
7.2.2. Testes e Experimentos Controlados	268
7.2.2.1. Experiências e projeções.....	271

8. Outras Ferramentas	274
9. Da Avaliação Ex Ante à Avaliação Ex Post: novos rumos?	276
10. Conclusões Parciais.....	279
Cap. 04 - As Propostas	
Limites e Possibilidades de uma Nova Política Legislativo-regulatória no Brasil	282
1. Introdução.....	282
2. Pressupostos de Implementação: novo marco legal, reforço do desenho institucional, estruturação progressiva e compreensão de limites	285
2.1. Um Novo Marco Normativo	286
2.2 Um Novo Arranjo Institucional: a alocação da supervisão da política legislativo-regulatória.....	288
2.2.1. Usando a estrutura pré-existente: a fusão parcial de SAJ e SAG	292
2.3. Uma Implementação Estruturada por Fases	293
2.4. A Compreensão de Limites.....	297
3. Componentes de Uma Nova Política Legislativa.....	301
3.1. A Adoção de um RIA na Produção Legislativa no Brasil.....	302
3.1.1. Definições de implementação: dificuldades	304
3.1.2. Definições de implementação: oportunidades	314
3.1.3. Sumário dos pontos a serem considerados	317
3.2. A Urgente Institucionalização de Avaliações Ex Post	318
3.2.1. Avaliação ex post e avaliação de políticas públicas: uma sobreposição?	323
3.3. A Adoção de Testes e Experimentos Legislativos	326
3.4. A Abordagem Comportamental: novos componentes para intervenções de baixo custo e direcionamento interno.....	329
3.5. Da Periferia ao Centro: componentes adicionais a uma nova política legislativo-regulatória.....	332
3.5.1. Sumário dos pontos adicionais a serem considerados	341
4. Aplicando a Meta Policy à Própria Política Legislativo-regulatória.....	342
5. Conclusões Parciais: pressupostos e componentes de uma nova política regulatória para o Brasil	343
Conclusão	
Uma Nova Política Legislativo-regulatória para o Brasil	346
Referências Bibliográficas	360
Anexo	387

INTRODUÇÃO

Apresentação

A presente tese de doutorado almeja discutir os limites e as possibilidades de desenvolvimento de uma nova política legislativa no Brasil. Sob linhas gerais, uma política legislativa — ou, na expressão que aqui será mais utilizada, uma política legislativo-regulatória — deve ser entendida como uma política pública voltada ao aperfeiçoamento do processo de elaboração de instrumentos normativos e, fundamentalmente, ao incremento da qualidade das normas.¹

Trata-se, como se verá, de apresentar novos rumos ao que também pode ser caracterizado como uma *meta policy*, isto é, uma política voltada à melhoria e à estruturação de outras políticas.² Estarão em causa as intervenções da Administração Pública brasileira que se utilizam do instrumento legislativo como ferramenta regulatória, em suas mais diferentes formas ou vertentes, ou como elemento de criação, estruturação e fomento de políticas públicas.

Não obstante, não se pretende a aceitação acrítica de uma abordagem puramente tecnocrática, que subjuga a participação ou a dinâmica político-institucional que envolvem a criação de normas e de *policies*. Ao contrário da afirmação de um modelo técnico-

¹ Conhece-se o debate teórico sobre a diferença entre lei e norma, cabendo à segunda, via de regra, qualificar resultados interpretativos de textos ou de outras fontes normativas. Não obstante, para os fins desta tese as expressões “ato normativo”, “instrumento normativo”, “lei” ou “instrumento legislativo” serão utilizadas, normalmente, como figuras similares. O mesmo valerá para o uso do vocábulo “norma”, salvo ressalva explícita. Exprimirão, grosso modo, instrumentos jurídico-normativos positivados, emanados por autoridade competente, que trazem princípios e regras aplicáveis a determinada comunidade. A acepção da lei enquanto “instrumento” será desenvolvida abaixo. Quando diferenciações específicas forem relevantes, serão devidamente mobilizadas.

Adiante-se que também se utilizará de maneira própria e desvinculada de conceitos teóricos específicos, ao longo do trabalho, as idéias de legislação primária e secundária. Aqui, elas estarão vinculadas a aspectos posicionais no sistema normativo. A legislação primária equivale, grosso modo, à leis ordinárias; a legislação secundária refere-se, essencialmente, à produção infra-legal (decretos, portarias, orientações, circulares etc). Tem-se aqui algo similar à diferenciação usualmente feita entre *lawmaking* e *rulemaking*. Também haverá tratamento específico quando distinções mais apuradas parecerem pertinentes.

² Dentre os principais autores que caracterizam a política legislativo-regulatória como *meta policy*, ou como política de segunda ordem, ainda que eventualmente sob outras nomenclaturas, cf. BLACK (2002, 2007); DE FRANCESCO, RADAELLI & TROEGER (2012); LODGE & WEGRICH (2012); MEUWESE (2008); MEUWESE & SENDEN (2009); MORAIS (1999); RADAELLI (2007b, 2010); RADAELLI & MEUWESE (2009, 2010).

racional hermético de produção legal, nesta tese se defenderá que os elementos contextuais e institucionais têm absoluta centralidade neste debate. Como aponta Caupers (2009, p. 85), não existem princípios, regras e técnicas universais que conduzem necessariamente a uma boa lei. Assume-se que o uso progressivo de evidências, bons diagnósticos, avaliações de alternativas e de resultados podem conduzir a intervenções mais adequadas.

Os objetivos centrais da tese residem em compreender e apresentar as dificuldades da política legislativo-regulatória vigente no Brasil, e em propor alternativas para o seu avanço. A título de exemplo, e como se observará em mais detalhes com base em dados empíricos, uma das peças-chave do atual arranjo é vista como anacrônica e de baixa performance pela literatura e pelos atores legislativos — fala-se, aqui, do Decreto 4.176, de 28 de março de 2002. A observância de suas exigências ao processo de elaboração normativa é percebida como uma tarefa mecânico-burocrática, ou como um mero cumprimento de requisito formal.

A completa revisão dessa base normativa faz-se, pois, extremamente relevante. Entretanto, esta tese tentará demonstrar que tal ajuste é necessário, porém insuficiente. *Meta policies* voltadas à melhoria da qualidade da lei e, conseqüentemente, da qualidade da política ou da estratégia regulatória que ela estrutura, envolvem componentes e instrumentos das mais diferentes categorias. Não se resumem, como ocorre com o referido decreto, a *checklists* ou a previsões legais, nem se circunscrevem ao debate relativo ao seu próprio desenho jurídico.

Por um lado, a implementação de *meta policies* legislativo-regulatórias tangencia diferentes perspectivas de elaboração de um ato normativo. Estão em causa tanto elementos formais, relacionados ao desenvolvimento específico do texto normativo, quanto elementos materiais, vinculados às alternativas disponíveis e ao atingimento dos objetivos pré-estabelecidos. Também engloba ingredientes ligados à existência de mecanismos de reforço, à expectativa do cumprimento das regras e à melhor forma de se coletar informações.

A atividade envolve, portanto, diferentes categorias de componentes. Cite-se, por exemplo, o uso de instrumentos e ferramentas associados a (i) aspectos técnico-formais de produção normativa, (ii) aspectos de mecânica legislativo-regulatória, (iii) aspectos metodológicos em sentido estrito e, até mesmo, (iv) aspectos relativos à construção

democrático-colaborativa do instrumento legal. Para se considerar uma *meta policy* em sua plenitude, é necessário ter tamanha multiplicidade em mente.

Por outro lado, existe um importante envoltório fático, composto por contextos político-jurídicos locais e por histórias político-institucionais, que constroem os cenários de implantação e execução. Ainda que não seja simples apontar o que decorre de estruturas institucionais estabelecidas ou o que deriva de circunstâncias meramente contingentes, o fato é que tais aspectos também devem ser necessariamente e adequadamente observados. Elementos políticos, econômicos, de arranjo institucional e de cultura burocrático-organizacional, dentre outros, têm enorme relevância e merecem análise aprofundada.

Vale notar que a percepção da amplitude temática que envolve o debate sobre uma política legislativo-regulatória, acima exposta, também atingiu o objeto desta tese. O projeto de pesquisa que lhe deu ensejo tinha como foco específico a avaliação legislativa — ou a análise de impacto legislativo —, compreendida, grosso modo, como a possibilidade de perquirir *ex ante* e de examinar *ex post* os efeitos ou os resultados produzidos por uma intervenção legislativa frente a objetivos inicialmente definidos. Partia da compreensão de que essa abordagem na academia jurídica brasileira, salvo poucas exceções, era frágil e incipiente, e que grande parte dos pressupostos que embasaria o tema ainda não tinha sido rigorosamente explorada.³

Não obstante, o desenvolvimento da investigação mostrou que o tema podia ser observado, em verdade, como espécie de um gênero que demandava tratamento mais amplo. É certo que as *meta policies* legislativo-regulatórias, encontradas em exemplos internacionais já há algumas décadas, alçam os elementos avaliativos a uma posição central. Todavia, também conjugam uma série de outros instrumentos, como os já citados, que, caso não sejam corretamente observados, reduzem em grande parte seu potencial interventivo.

Assim, o escopo original da presente tese foi ampliado para que todos esses elementos, usualmente tratados de forma difusa e segmentada, pudessem ser observados em conjunto. Assumindo-se a complexidade metodológica envolvida, deseja-se construir

³ Destaco a tese de doutorado de Haber (2011), bem como a dissertação de mestrado e a tese de doutorado de Salinas (2008, 2012), ambas defendidas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. As autoras também apresentam outros precursores do debate. O tema será desenvolvido no capítulo I.

uma proposta voltada à melhoria da qualidade normativa que ofereça alternativas mais completas e abrangentes ao processo de elaboração normativa no Brasil, especialmente sob a ótica de produção do Poder Executivo.

Justificativa e Desenvolvimento

A escolha do tema desta tese carregou em si ingredientes eminentemente pessoais. Ao longo dos últimos anos, o autor esteve frequentemente vinculado ao mister da elaboração normativa. Conheceu de perto os elementos que circundam o processo legislativo e, em especial, o ciclo de produção normativa do Poder Executivo.

Ao experimentar, *in loco*, a fábrica de leis brasileira, uma forte impressão foi frequentemente reafirmada. Trata-se da idéia de que, embora exista um grande cuidado com os aspectos formais da legislação, o mesmo não ocorre com suas feições materiais. A sensação era a de que, regra geral, legislava-se majoritariamente às escuras, sem saber de onde se partia nem sequer para onde se ia. Subjazia a hipótese de que a elaboração normativa derivava de demandas circunstanciais e de percepções genéricas sobre o problema a ser atacado, e não, propriamente, de diagnósticos palpáveis ou da definição de objetivos claros, com recortes temporais e espaciais definidos.

Era preciso, pois, entender os motivos dessa suposta baixa qualidade legislativa. Também era importante compreender as razões da não utilização dos elementos avaliativos e de qualidade normativa já previstos na legislação federal. Mais: era fundamental verificar se e quais alternativas contemporâneas, existentes na teoria e na prática estrangeira, poderiam ser mobilizadas para incrementar a política legislativo-regulatória do país. Assim, para o bom andamento da investigação, algumas premissas e definições se fizeram necessárias.

Primeiro, foi importante estabelecer o pressuposto teórico. Parte-se da idéia de que a produção normativa contemporânea possui uma crescente faceta finalístico-instrumental, em que o ato normativo, concebido como instrumento, é usualmente funcionalizado em prol de determinado objetivo pré-definido, com resultados mensuráveis *a posteriori*. Como se verá no capítulo I, tanto a emergência do Estado Regulador como o avanço da gramática

relativa à estruturação de políticas públicas podem ser vistos como motores explicativos dessa gradativa alteração de feição.

Depois, foi importante definir um objeto que pudesse dar lastro empírico à base teórica adiantada, ou eventualmente refutá-la. Dessa forma, estabeleceu-se como objeto de trabalho a produção legislativa ordinária do Poder Executivo Federal, pelos motivos expostos no capítulo II. Assim, o processo interno de elaboração normativa do Executivo Federal será apresentado em detalhes, com foco específico no fosso entre a teoria do Decreto 4.176/2002 e a prática governamental. O desenvolvimento do tema será complementado com o auxílio de pesquisa semi-estruturada feita com altos funcionários governamentais a respeito.

Com o intuito de trazer à tona o contexto local e o desenho institucional que cercam o processo de elaboração normativa no Brasil, nuances que o envolvem também foram investigadas, especialmente sob a ótica da ciência política. O papel que o instrumento legislativo exerce enquanto indutor de agenda no presidencialismo de coalizão, bem como o impacto mútuo existente entre produção normativa e relação inter-poderes entre Executivo e Legislativo, foram devidamente enfatizados. Ainda, foi analisada em detalhes a produção legislativa ordinária do Executivo Federal entre os anos de 2007 e 2012, com o objetivo de detectar em que medida a alegada faceta instrumental está presente.

Em quarto lugar, algumas políticas legislativo-regulatórias dos últimos 20 anos foram revisitadas, com o fito de examinar ferramentas, métodos e alternativas hoje existentes. O foco da pesquisa recaiu sobre seus instrumentos, resultados, e motivações, sem abrir mão da compreensão de contextos de adoção e implementação. Também foram investigadas críticas quanto a aspectos práticos e teóricos que marcaram — ou ainda marcam — sua evolução.

Nesse ínterim, duas experiências centrais emergiram: (i) a prática norte-americana do *Office of Information and Regulatory Affairs* - OIRA, vinculado ao *Office of Management and Budget* - OMB, que supervisiona e escrutina as sugestões regulatórias setoriais; (ii) a produção normativa a cargo da Comissão Européia, que dentre outras tarefas avalia *ex ante* projetos de lei enviados ao Parlamento europeu. A análise deu destaque a semelhanças e diferenças entre os modelos, e ao quanto eles se aproximam ou se afastam de algumas características do desenho brasileiro. A referência à tentativa de

difusão de propostas e instrumentos provocada, especialmente, pela OCDE, também apareceu de forma recorrente. O intuito foi o de compreender qual o grau de convergência eventualmente atingido entre diferentes adoções.

A avaliação das experiências internacionais permitiu que alguns elementos fossem detectados. Para além do debate crítico relativo às análises de impacto regulatório — em especial sob sua modalidade mais recorrente, a análise custo-benefício —, algumas tendências contemporâneas foram percebidas. Destacaram-se, dentre outras, o fomento a análises *ex post* (compondo o ciclo avaliativo integral), o uso de leis temporárias e de experimentos legislativos, bem como a utilização de ferramentas derivadas das novas descobertas da chamada economia comportamental. Tais temas mereceram, portanto, um exame mais profundo e detido.

Por último, foi estabelecida como necessária a apresentação de uma proposta de alteração legislativo-institucional que pudesse contribuir para o avanço do debate brasileiro. Não se pretendeu fornecer um modelo exaustivo, pronto e hermético. Quis-se, sim, oferecer um bom diagnóstico da situação atual e, a partir daí, algumas possibilidades futuras.

A pretensão principal foi a de aglutinar elementos que pareceram mais adaptados ou adaptáveis ao cenário brasileiro em uma proposta consistente de nova política legislativo-regulatória. A escolha partiu do cruzamento de dois resultados: (i) o exame crítico dos instrumentos que compuserem o estado-da-arte das *meta policies*; (ii) as características específicas relativas ao contexto político, jurídico e institucional brasileiro. Pressupostos para tal implementação e ajustes institucionais que pareceram pertinentes também não serão esquecidos.

Questões Adjacentes

Estabelecidos os assuntos trabalhados e o *iter* a ser seguido, importa salientar que, ao longo do percurso investigativo, questões paralelas ou adjacentes surgiram. Já se viu, por exemplo, a questão da amplitude temática, que alterou o escopo da presente pesquisa. Também cabe citar a percepção de que aspectos formais, vinculados à definição textual da norma, ainda dominam grande parte da literatura brasileira — e que portanto podem ceder

ou compartilhar espaço com um debate mais voltado a aspectos materiais, dada a alteração do fundamento de legitimidade da lei nas últimas décadas. Não obstante, ainda há outros questionamentos importantes para o bom entendimento da tese.

Verificou-se, por exemplo, que o tema da qualidade legislativa é assunto em disputa. Como se verá, há várias formas de se avaliar a qualidade de um ato normativo. Sugestões partem de um exame seco de constitucionalidade — em que a qualidade diz respeito à integridade jurídica da norma —, passam pela análise do grau de abertura e participação em sua elaboração — em que a participação democrática em sua construção é o elemento determinante de seu *status* —, e culminam em visões finalísticas e instrumentais — que se referem à medida do sucesso da implementação de políticas legalmente estruturadas (resultado).

Grosso modo, é possível dizer que a última percepção foi a opção aqui adotada. Ela foi qualificada como *qualidade regulatória*, entendida, novamente grosso modo e em tema a ser desenvolvido adiante, como o grau de sucesso em sua implantação e em seus efeitos, na esteira do que propõe Voermans (2009a). Todavia, mesmo dentro de tal recorte existem controvérsias. Visões mais restritivas vinculam a qualidade normativa a resultados relativos à redução de custos e fardos administrativos, em nítido caráter desregulamentador; abordagens mais amplas almejam atribuir um pouco mais de racionalidade ao direcionamento dos gastos públicos, com vistas ao incremento do bem-estar social. Há, em suma, forte desavença acerca dos parâmetros frente aos quais o instrumento legal deve ser avaliado, que precisa ser devidamente compreendida.

Ademais, as pesquisas trouxeram uma preocupação adicional, referente à relação entre regulação e legislação. De início, observou-se que a definição de regulação não é tão usual e equalizada quanto se supunha: a doutrina convive com os mais diversos conceitos, mais ou menos amplos, que mobilizam diferentes elementos definidores (KOOP & LODGE 2015). Depois, percebeu-se que a relação entre abordagens regulatórias e legislação não é corrente na literatura e, quando existente, surge cercada de dubiedades. Propostas que separam os temas de maneira estanque convivem com entendimentos que explicitamente instrumentalizam o ato normativo em prol de objetivos regulatórios (em que pese exista clareza na literatura não-jurídica de que intervenções regulatórias não dependem, necessariamente, de atos normativos).

Embora as políticas voltadas à qualidade da lei sejam conhecidas no exterior, em regra, como *meta policies regulatórias*, detectou-se que um uso terminológico similar no Brasil carregaria em si uma forte carga redutora. Como será apresentado no capítulo I, o desenvolvimento incompleto do Estado Regulador no Brasil e o avanço doutrinário daí decorrente trouxeram efeitos perversos. Um deles foi o de vincular o debate (legislativo-)regulatório às discussões sobre o desenho institucional das agências reguladoras e à produção normativa em setores fortemente regulados, mormente a *infralegal (rulemaking)*. Para o que aqui interessa, é possível afirmar que tal leitura restritiva acabou por afastar o debate sobre os instrumentos de qualificação regulatória da produção legislativa comum ou ordinária.

Tal limitação é um dos componentes aptos a explicar, em suma, a decisão pela adoção da expressão *política legislativo-regulatória*. Ela é também *legislativa* porque se pretende deixar claro ser aplicável à legislação primária brasileira, como aliás ocorre em outras experiências. Em suma, a opção estratégica pela nomenclatura almeja evitar o viés restritivo e busca trazer a figura da legislação novamente para o centro do debate sobre qualidade normativa. Não obstante, mantém-se o termo *regulatória* para que não se perca de vista o histórico do debate nacional e internacional a respeito.

Finalmente, algumas outras discussões, relevantes para a correta compreensão da presente tese, também foram desenvolvidas. A característica processual e cíclica do processo de elaboração normativa contemporâneo, o legalismo exacerbado de parte da doutrina brasileira na abordagem relativa à criação e à alteração de políticas públicas, e a questão da autonomia do direito frente à faceta finalístico-instrumental do ato normativo, exemplificam alguns dos temas a serem trabalhados.

Outros tópicos explorados foram a aceitação das medidas provisórias enquanto instrumentos inerentes à caixa de ferramentas do Executivo brasileiro no presidencialismo de coalizão, e a inadequação da análise político-legislativa baseada em dados de iniciativa legislativa em determinados estudos. Destacou-se, ainda, a suposta sobreposição entre avaliação legislativa e avaliação de políticas públicas, que pode colocar em causa a inovação e a necessidade da *meta policy* aqui debatida. Tais questionamentos foram mobilizados, sempre, dentro de apertados limites, funcionalizados com vistas a auxiliar o entendimento do tópico central da tese.

Hipóteses e Metodologia de Trabalho

Algumas hipóteses de trabalho dão lastro à tese aqui desenvolvida e foram testadas ao longo da investigação. Embora elas já tenham sido, em certa medida, tangenciadas, merecem um delineamento mais estruturado, para que se tenha clareza acerca daquilo que se pretende.

A primeira reside na aceitação de que uma parcela crescente da produção legislativa contemporânea tem características finalístico-instrumentais, evidenciadas especialmente quando em causa a estruturação de políticas públicas e de marcos regulatórios.⁴ Como efeito, tal faceta exigiria um mecanismo próprio de avaliação da qualidade legislativa, que emergiria a partir do cotejo entre objetivos propostos e resultados alcançados.

A segunda diz respeito à fragilidade da política legislativo-regulatória vigente no Brasil. Embora formalmente existente e consubstanciada, dentre outros elementos, no Decreto 4.176/2002, ela não produziria os resultados esperados, especialmente no que tange a aspectos materiais. Tratar-se-ia de um modelo ultrapassado, lacunoso e demasiado mecânico-formalista, que não ofereceria um adequado leque de alternativas ao decisor. Por não ser devidamente observado pelos proponentes setoriais, nem reforçado pelos supervisores centrais envolvidos no ciclo de construção normativa, não influenciaria de forma efetiva o processo de elaboração da norma.

Como terceira hipótese, tem-se a idéia de que, assim como ocorre em todo e qualquer contexto local, o processo de elaboração normativa brasileiro possui peculiaridades importantes, que precisam ser consideradas. Teriam destaque, em especial, (i) a utilização político-institucional do instrumento legislativo e (ii) o impacto mútuo existente entre produção normativa e interrelação institucional Executivo-Legislativo.

Finalmente, apresenta-se como última hipótese a existência de um abrangente rol de alternativas e ferramentas voltado à modernização e à racionalização da elaboração normativa que, todavia, não é ampla nem oportunamente discutido no atual cenário legislativo brasileiro. As alternativas estariam completamente fora do debate, ou seriam

⁴ Note-se que o fenômeno não é exclusivamente brasileiro, visto que pode ser encontrado, de maneira geral, em outros sistemas jurídicos.

parcialmente importadas de forma acrítica, em aceitação passiva e sem convergência da difusão das políticas regulatórias. Precisariam ser detectadas, observadas e eventualmente assumidas, pois, à luz de suas dificuldades intrínsecas, bem como frente ao contexto e à dinâmica político-jurídico-institucional em que se proporia seu novo enquadramento.

Dessa forma, uma vez validadas tais hipóteses, chega-se à tese que se pretende defender. Entende-se haver largo espaço para a construção de uma nova política legislativa no Brasil; todavia, também se sugere ser fundamental perceber que ela enfrenta limitações importantes. De um lado, os instrumentos e as ferramentas a serem fomentados possuiriam limitações técnico-políticas iminentes. De outro, haveria um contexto político-institucional próprio a ser considerado, sob pena de emulação frustrada de mecanismos internacionais.

Para tanto, algumas opções metodológicas foram aceitas e mobilizadas. Primeiro, estabeleceu-se como pressuposto da investigação o afastamento do modelo de pesquisa jurídica a que Nobre (2004, 2005) qualificou como “modelo parecerista”. Trata-se de não replicar o formato de estudos que confunde prática profissional e pesquisa acadêmica, um tipo de investigação científica cujas respostas são conhecidas antes de se perguntar ao material.

Já sob a ótica das técnicas utilizadas, foi fundamental realizar uma ampla revisão bibliográfica, tanto nacional quanto estrangeira, que explorasse o estado-da-arte da política legislativo-regulatória em suas diversas nomenclaturas, bem como os temas adjacentes pertinentes. Fala-se, em especial, de temáticas como características e funções da lei, evolução e feições do Estado Regulador, processo legislativo e facetas contemporâneas do desenho político-institucional brasileiro, dentre outros.

Depois, importa destacar duas chaves metodológicas fortes que marcaram este trabalho. Dada a delimitação de seu tema, seus objetivos e a seleção de suas fontes, a pesquisa em tela (i) apresentou um caráter necessariamente interdisciplinar e (ii) requereu a realização de pesquisas empíricas.

Primeiro, a necessidade de se transitar por outras áreas que não o direito tornou-se evidente. A apresentação do contexto de elaboração normativa e da dinâmica entre os poderes envolvidos com o *lawmaking* não pôde prescindir da ciência política; o levantamento da cultura administrativo-burocrática e de possíveis entraves a serem vencidos na implementação de uma *meta policy* que atinge o ciclo de vida das políticas

públicas dependeram de elementos da teoria da administração, em especial da administração pública; finalmente, a discussão sobre teorias regulatórias e sobre os limites de metodologias como a custo-benefício, por exemplo, derivaram de aspectos inerentes à teoria econômica. Ainda que se conheçam as dificuldades inerentes à abordagem interdisciplinar (NEVES 2005), a opção pareceu essencial.

Segundo, optou-se pelo uso de alguns métodos de pesquisa empírica, com o fito de qualificar o levantamento teórico realizado e de se diminuir eventual risco de viés cognitivo do autor. Em especial, recorreu-se ao já citado *survey* semi-estruturado feito com atores governamentais relevantes no processo de elaboração normativa brasileiro, com vistas a captar suas percepções. Além disso, em vetor metodológico distinto, a base de leis ordinárias federais brasileiras entre 2007 e 2012 também foi catalogada e categorizada, com vistas à detecção de características finalístico-instrumentais.

A Elaboração Legislativa Como Tema Pertinente ao Debate Jurídico

Um último tópico relacionado à interdisciplinaridade da presente tese merece destaque. Trata-se de justificar sua defesa perante a Faculdade de Direito, e não em outra área da ciência social. Diferentes vetores ajudam a explicar tal opção.

O primeiro deles, por certo mais formalista e menos forte no mérito, reside na pré-existência de trabalhos similares, recentemente defendidos na própria Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Como visto, precursores como Salinas (2008, 2012), Haber (2011) e, em certa medida, Rizek Jr (2009), tangenciaram, em maior ou menor grau, o tema aqui em causa. Outros autores que investigam o assunto em nível nacional, como Soares (2002, 2007, 2012), também se apresentam na área jurídica. Finalmente, o atual avanço do debate sobre direito e políticas públicas, observado em autores como Bucci (2002, 2006, 2009, 2013) e Coutinho (2010, 2012, 2013a, 2013b), que por certo toca aspectos deste trabalho, sinaliza que o caminho parece correto.

Em segundo lugar, a bibliografia aqui mobilizada mostra que o debate internacional referente a políticas legislativo-regulatórias, na nomenclatura que aqui se adota, é travado sem senões no âmbito da academia jurídica. Isso não significa dizer que isso ocorre de forma exclusiva: a utilização de autores da economia, da sociologia ou da ciência política,

que frequentemente ocorrerá, desfaz eventual mal-entendido. Afirma-se apenas que, sob a ótica do debate acadêmico internacional, dúvidas a respeito da pertinência jurídica do tema sequer se colocam de maneira consistente.

Considere-se, ainda, outro elemento a ser desenvolvido adiante: esta tese optou pela perspectiva jurídica da regulação, vinculada especialmente à estruturação normativa das intervenções (*standard setting*), em detrimento de outros elementos regulatórios (MORGAN & YEUNG 2007). O mesmo vale para o debate referente às políticas públicas, quando estão em causa as funções que o direito pode exercer nesse contexto. Tais recortes ampliam o lastro jurídico do presente trabalho.

Por fim, em aspecto talvez mais relevante, a opção almeja produzir dois resgates. Primeiro, o do papel do jurista no debate relativo à produção legislativa; segundo, o do papel do ato normativo na própria discussão jurídica contemporânea.

Por um lado, é fato que o cuidado com o ato normativo no direito contemporâneo continua secundário frente à atenção dispensada à aplicação e à interpretação da norma. Da mesma forma, o ponto de vista do legislador mantém-se marginal frente à ótica judicante. Waldron (1999), dentre outros autores de peso, explorou com bastante clareza a falta de proeminência do ato normativo na teoria contemporânea do direito.⁵

A baixa relevância conferida pela academia à lei — ora a tomando acriticamente como mero pressuposto, ora expondo os vícios de seu processo de elaboração — acaba deixando em aberto questões que, sob nossa ótica, são extremamente relevantes no próprio campo jurídico. O corpo legislativo é material básico de trabalho do operador do direito. Merece, portanto, ser mais bem explorado.

De outro lado, em estreita relação com o primeiro ponto, nota-se evidente afastamento do jurista e da doutrina jurídica de temas referentes ao processo de elaboração normativa, ou à chamada "política legislativa" — em que pese exista, no caso brasileiro, uma recente tentativa de resgate dessa precária relação.⁶ Há, em verdade, importante déficit de participação dos acadêmicos do direito no processo de elaboração normativa, que pode ser explicado por diferentes lentes — inclusive por uma espécie de hipertrofia

⁵ Cf. também ATIENZA (1989, 1997, 2005), RUBIN (1989), TUORI (2002), WINTGENS (2006, 2007).

⁶ O tema, bem como os diferentes usos da expressão, serão trabalhados adiante. Para retomada do debate no Brasil destaque-se, por exemplo, o Projeto Pensando o Direito, conduzido desde 2007 pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça – SAL/MJ, que almeja qualificar seu trabalho de elaboração normativa a partir da abertura de seus temas para a academia. Em 2011 o projeto foi laureado no Prêmio de Inovação na Gestão Pública Brasileira. Cf. < <http://pensando.mj.gov.br/>>. Acesso: 22.12.2015.

tecnicista da dogmática, que limitou o elemento criativo do processo legislativo à seara política.⁷ Ao jurista caberia aceitar o ato normativo como elemento dado, posto, apto a ser, apenas a partir de então, avaliado, criticado e interpretado.

Em suma, as duas percepções demonstram um certo desconforto do mundo jurídico frente ao processos de formação das leis, o que, aos nossos olhos, parece equivocado. A vedação implícita da participação do jurista nos debates de produção legislativa desconsidera a importância de tais processos e carrega em si uma espécie de desconfiança do mecanismo democrático. Doutra sorte, como consequência, reduz o escopo da abordagem jurídica, limitando seu campo de atuação; também deixa em segundo plano a figura do instrumento normativo na esfera da teoria do direito.

A opção aqui realizada pretende, pois, resgatar tais debates na academia jurídica. É certo que outras áreas do conhecimento social, como a ciência política, abordam o tema com bastante competência, embora sob outras lupas. Não obstante, nada justifica que a presente discussão esteja interdita ao tratamento jurídico. Em resumo, propõe-se a retomada do exame jurídico relativo à construção e às características do ato normativo, com a inversão da lógica que permeia as abordagens tradicionais: afasta-se do debate sobre os limites da atividade político-legislativa para se colocar em foco as possibilidades e as alternativas do *como fazer*.

Um derradeiro parêntese faz-se, por fim, necessário. É que a explosão do debate acadêmico e do uso pelos tribunais do princípio da proporcionalidade — em verdade da regra da proporcionalidade, na esteira de Alexy (2002a, 2002b) e Silva (2002, 2009) — serve para acentuar a relevância da discussão relativa às opções e às alternativas legislativo-regulatórias que permeiam o ciclo de criação normativa.

Ao se aceitar e prescrever a utilização de duas sub-regras relativas ao exame de proporcionalidade na argumentação jurídico-decisória, quais sejam, a sub-regra da adequação e, em especial, a da necessidade — em que se discute a idoneidade de determinada medida frente a outras alternativas possíveis e igualmente adequadas —, os aspectos práticos aqui envolvidos são escancarados. Explicita-se, sobretudo, a preocupação com a escolha da opção de maior eficácia, e com o atingimento dos objetivos de determinada medida legislativa diante de suas possibilidades fáticas e jurídicas.

⁷ Explorou-se, em outro momento, três hipóteses explicativas para o fenômeno: (i) uma de cunho teórico-filosófico, (ii) uma de cunho instrumental e (iii) outra de cunho volitivo-temporal. Cf. PAULA (2010b).

Se a exigência de um exame de alternativas é feita, de forma cada vez mais consistente, em relação ao magistrado, com mais razão isso deve ocorrer em relação ao produtor legislativo. É ele que tem à disposição os instrumentos e as ferramentas para o levantamento de dados e evidências. É ele que pode estar sob a égide de uma política legislativo-regulatória, voltada à qualidade da norma. É ele, em suma, que está legitimado a optar pela alternativa que pareça mais adequada, desde que publicamente justificadas suas razões. Não obstante, como visto, o tema é pouco explorado por essa ótica. Resta, pois, deitar os olhos sobre a questão.

Plano de Trabalho

A tese está estruturada em quatro capítulos. Eles apresentam, de forma esquemática, a sequência evolutiva do texto: pressuposto, objeto, experiências e proposta.

Inicialmente será debatida a premissa teórica. Ela está marcada, especialmente, pela detecção da existência e da afirmação da característica finalístico-instrumental do ato normativo (capítulo I). Depois, será definido e discutido o objeto em espécie da política legislativo-regulatória brasileira. A delimitação recairá sobre a produção legislativa ordinária do Executivo Federal, que terá seus elementos técnicos, políticos e institucionais examinados (capítulo II).

Como terceiro passo, as principais experiências relativas a políticas legislativo-regulatórias e, em especial, seus instrumentos centrais, serão criticamente analisados. Uma sugestão de readequação dos componentes das *meta policies* vigentes guiará a apresentação. (capítulo III). Finalmente, será debatida e apresentada a proposta de uma nova política legislativo-regulatória para o Brasil (capítulo IV).

A isso seguirá tópico conclusivo. Nele, serão revisitadas as hipóteses levantadas, será apresentada de forma gráfica e resumida a proposta de intervenção sugerida e, por fim, serão expostos alguns tópicos pertinentes a uma agenda futura de pesquisa.

CAP. 01 - AS PREMISSAS

O INSTRUMENTO LEGISLATIVO COM CARACTERÍSTICAS FINALÍSTICO-INSTRUMENTAIS

1. Introdução

Sucessivas políticas legislativo-regulatórias emergem em exemplos internacionais há pelo menos 20 anos. Espalham-se especialmente no âmbito da União Européia e em países da OCDE. Em regra, sua implementação assume alguns pressupostos. Aceitam-se, particularmente, (i) a circularidade do processo de elaboração normativa, nos mesmos moldes do ciclo de vida das políticas públicas, (ii) a profunda alteração dos parâmetros utilizados para mensurar a qualidade legislativa nas últimas décadas, que hoje recaem sobre o exame de resultados, e, principalmente, (iii) a predominância da característica finalístico-instrumental em boa parte dos atos legislativos.

Tais premissas são explícita ou implicitamente empregadas na teoria e na prática regulatória estrangeira, se aceitas de maneira lata e multidisciplinar. Elas estão presentes nos textos doutrinários e, em certa medida, não são demasiado controversas. Dado que o conceito básico de regulação mobilizado em tais jurisdições é geralmente amplo, englobando — mas não se limitando a — instrumentos legislativos, o ato normativo é visto apenas como mais uma alternativa de intervenção possível, dentre outras.

Não obstante, a transposição de tais pressupostos para o debate jurídico, especialmente quando se põe luz sobre a construção da legislação primária (leis ordinárias), não ocorre de maneira suave. Eles não são devidamente apresentados no debate, e ainda encontram severas restrições, especialmente no contexto brasileiro.

Em verdade, a relação entre regulação e legislação não é clara, nem explícita, na maioria da literatura jurídica especializada, à exceção de obras como as de Lodge e Wegrich (2012) ou de Morgan e Yeung (2007). Assim, embora algumas *meta policies* tenham como objeto imediato a construção da legislação primária que, ao estruturar

intervenções públicas, será avaliada frente aos efeitos produzidos — caso da União Européia —, a falta de compreensão do papel da lei nesse processo dificulta, em boa medida, a percepção de suas funções e características contemporâneas.

No Brasil, o cenário é ainda mais nebuloso. Por motivos que serão abordados adiante, parece ter ocorrido uma internalização parcial e redutora da idéia de regulação. O conceito foi acolhido de maneira vinculada à produção normativa infra-legal em setores fortemente regulados e aos desenhos institucionais das agências reguladoras. Há pouca referência à legislação primária enquanto instrumento ou ferramenta regulatória, sujeita a incrementos e melhorias, e baixo elo com a formulação de políticas públicas. O âmbito de aplicação de ferramentas e metodologias de análise e aprimoramento legislativo é limitado a uma esfera restrita, protegida por um injustificável tecnicismo, em acepção que parece desnecessária e, em alguma medida, equivocada.

É preciso, assim, compreender e desmistificar tais premissas sob a ótica jurídica, visto que se reputam inerentes às sugestões de *meta policie*s legislativo-regulatórias e, portanto, àquilo que aqui se pretende. Deseja-se deixar claro que boa parte dos atos normativos contemporâneos se coloca sob vestes ferramentais, com características finalísticos-instrumentais, funcionalizada em prol de objetivos pré-definidos.

Tal empreitada requer, porém, substrato teórico e prático crível. O presente capítulo responsabiliza-se pelo primeiro pilar, qual seja, o debate teórico, cabendo aos capítulos seguintes a apresentação de seu lastro prático. Aqui, o intuito é o de atribuir à discussão contornos menos desconfiados. É que apesar dos pressupostos estarem presentes na produção acadêmica relativa à regulação e às políticas públicas, para ficar em dois exemplos, os fantasmas do funcionalismo e da chamada engenharia social pesam negativamente sobre tais acepções. Em certa medida, dificultam a assunção explícita da premissa instrumental.

Crê-se haver elementos aptos a desfazer equívocos e a dar novos parâmetros ao tema. Seus termos podem ser mobilizados de maneira mais cuidadosa, com carga semântica menos ruidosa, assumidos os riscos inerentes ao debate. É fundamental compreender a crítica em seu contexto atual, de modo a entendê-la e a alocá-la de forma adequada. Importa mostrar que a premissa instrumental, embora correntemente questionada, na prática é profundamente aceita, inclusive no direito brasileiro.

Esse capítulo está estruturado da seguinte forma. Inicialmente, serão desenvolvidas as três premissas teóricas relativas às *meta policies*, anteriormente citadas, cujas bases se pretende estabelecer. Depois, serão expostas duas correntes explicativas que podem ajudar a compreender a alteração contemporânea das feições de parcela importante dos atos normativos: (i) a perspectiva da evolução estatal e de seu correspondente sistema jurídico; (ii) a utilização do instrumento legal como elemento estruturante das políticas públicas. São eixos concorrentes e em inúmeros momentos sobrepostos, em que pese sejam, em regra, mobilizados por áreas distintas do conhecimento social.

A tais linhas explicativas seguirá uma breve perspectiva jusfilosófica, com o intuito de mostrar que a teoria do direito também pôde detectar a característica finalístico-instrumental e um novo referente de legitimidade à legislação. Algumas das críticas frequentes que atingem a idéia de instrumentalismo serão revisitadas, com o fito de compreendê-las apropriadamente e de realinhar alguns dos argumentos.

Finalmente, a abordagem a ser aplicada ao instrumento legislativo e à política legislativo-regulatória nesta tese será proposta. A opção explícita por um tratamento que resgate a centralidade da legislação, em detrimento do viés restritivo observado em parte da produção acadêmica, que privilegia a gramática regulatória, terá destaque. A título conclusivo, serão resgatadas premissas, linhas explicativas e críticas mobilizadas.

2. Desenvolvendo as Premissas Teóricas

Ao menos três premissas teóricas marcam parte das políticas legislativo-regulatórias contemporâneas, aceitas enquanto *meta policies* voltadas ao aperfeiçoamento do processo de elaboração de instrumentos normativos e, fundamentalmente, ao incremento da qualidade da norma. Trata-se (i) da idéia de circularidade do processo de elaboração normativa, (ii) da alteração dos critérios de avaliação de qualidade legislativa e, finalmente, (iii) da preponderância de características finalístico-instrumentais em boa parte dos atos legislativos. Cabe breve detalhamento de seus axiomas e justificativas.

2.1. O Ciclo de Vida do Ato Normativo

A compreensão do fluxo de elaboração normativa como encadeamento processual cíclico está vinculada a três pilares importantes. Em primeiro lugar, há a idéia de temporalidade: se a legislação contemporânea possui características instrumentais e funcionais que associam sua legitimidade à consecução de resultados avaliáveis frente a objetivos pré-determinados, pressupõe-se um lapso temporal que permita o confronto entre o estimado e o realizado.

Em segundo lugar, há a percepção de uma necessária retroalimentação: motivos e objetivos normativos são frequentemente revisitados à luz da avaliação dos impactos efetivos e da eventual necessidade de ajustes e alterações. Isso ocorre, sobretudo, a partir de exames *ex post* que, aliados aos exames prévios ou *ex ante*, dão margem ao que se qualifica como avaliação completa ou integral. É essa a marca de boa parte das *meta policies* atuais.⁸

Em terceiro lugar, há o entendimento de uma faceta processual e, portanto, eminentemente dinâmica. A relevância da produção de efeitos e da sucessão de etapas que marcam a formulação, a execução, a avaliação e os eventuais ajustes legislativos posteriores trazem consigo, de forma imanente, a idéia de processo.⁹

Está em causa, portanto, o que pode ser qualificado como *ciclo de vida do ato normativo*. Parcela relevante da legislação contemporânea deve ser observada não como uma fotografia, mas sim como um fluxo temporal contínuo, em que efeitos e impactos produzidos importam. Em suma, essa percepção requer que seja dinâmico, e não estático, o modelo analítico atualmente exigido para tratamento e exame do ato normativo.

⁸Cf. Van AEKEN (2009, p. 105): “*I am a strong defender of the opinion (...), that good evaluation policy includes both ex ante and ex post evaluation. Integral evaluation, as I like to call it, forces the lawmaker to act prudently and carefully, requiring him to look back on the steps taken, so that the legislative equation takes into account both the external powers that can be foreseen and the factors that cannot be. Indeed, since ex ante evaluation is an attempt to guess what the future holds, it is by definition an imperfect attempt. Because of its true empirical nature (the effects of the law in question have been witnessed), ex post evaluation then helps to fill in the blanks and corrects the mistakes made earlier. This output can feed new ex ante research, thus bridging parts of the cycle of the elaboration of legislation.*” O tema será retomado ao longo desta tese.

⁹ A partir do debate existente na esfera do direito processual, refere-se a processo, e não a procedimento, para agregar ao elemento temporal uma carga teleológica, de finalidade (CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO 2005). Há ainda outros elementos que permeiam a idéia de processo, como por exemplo a diluição de conflitos no tempo, ou os potenciais ganhos do ponto de vista democrático-participativo etc, os quais, no entanto, não serão aqui trabalhados. Cf. BUCCI (2013, cap. II).

Adicionalmente, tal concepção salienta a íntima relação existente entre instrumentos jurídico-positivos e a estruturação de políticas públicas. Como se verá, um dos eixos explicativos da mudança das características dos atos normativos nas últimas décadas reside no incremento e no exponencial crescimento da utilização de políticas públicas. A assimilação da idéia de que o instrumento jurídico pode servir para estruturar a intervenção regulatória estatal organizada, tanto com a instauração de respostas frente às demandas econômico-sociais (ação governamental) quanto, especialmente, com a construção de arranjos inerentes à atuação estatal, vincula o ato normativo às *policies* por ele moldadas e estruturadas, alterando parte de suas características e de sua base legitimatória. Trata-se da lei enquanto *marco geral de ação da política*, em expressão cunhada por Bucci (2013); ela tem seu próprio ciclo avaliativo, mas em certa medida se confunde com o próprio ciclo de vida das políticas públicas.

É verdade que existe importante divergência na doutrina especializada acerca do real fluxo de atividades em todo o ciclo de uma *policy*. Pressupondo-se que o processo construtivo não é exatamente linear e sequencial como esquematizam as abordagens tradicionais, há diferentes sugestões doutrinárias, variando conforme o foco da abordagem — atores, arenas, problemas ou processos. Discute-se, por exemplo, se a definição da agenda ocorre (i) via múltiplos fluxos e janelas de oportunidade, como propôs Kingdon (1995);¹⁰ (ii) se a seleção de alternativas é assistemática como indicou o modelo do *garbage can*, de Cohen, March e Olsen (1972); ou (iii) se em verdade há coalizões de defesa de determinados pontos de vista valorativo-ideológicos, como sugeriram Sabatier e co-autores (1993, 2007).

Também há questionamentos acerca do motor de tais avanços: se as mudanças ocorrem mediante conjunturas críticas ou mediante evoluções incrementais. Debate-se a existência (i) de um modelo de equilíbrio interrompido — longos períodos de estabilidade interrompidos por relevantes eventos transformadores —, ou (ii) de um avanço gradativo, como defende, exemplificativamente, importante vertente do neo-institucionalismo histórico.¹¹

¹⁰ A primeira edição de *Agendas, Alternatives and Public Policies*, de J. Kingdon, é de 1984. Para evolução e críticas cf. ZAHARIADIS (2007).

¹¹ Para modelo do equilíbrio interrompido, cf. BAUMGARTNER & JONES (1993). Para gradualismo incremental do institucionalismo histórico, cf. MAHONEY & THELEN (2010); STREECK & THELEN (2005); THELEN (1999).

Ainda que se tenha em mente a artificialidade do desenho linear, o fato é que essa imagem de ciclo faseado é plenamente admitida e aplicável à apresentação das políticas públicas. Atente-se ainda para a percepção de que o roteiro composto por definição de agenda, formulação, implementação e avaliação, atendo-se ao desenho mais simples, possui inerentes características processuais.¹²

A abordagem relativa a *policies* feita por alguns autores da ciência política também adota a mesma lógica de fluxo processual. Zamboni (2007), por exemplo, destaca, dentre os elementos primordiais às políticas públicas, a importância não apenas do resultado, mas também dos processos decisórios. Haveria, em verdade, uma *rede de decisões, processos e ações*, em inafastável vertente processual cuja ótica temporal tem posição central.

Em resumo, a instrumentalização do ato normativo em função dos objetivos das políticas públicas e, em específico, sua utilização para a atribuição de arquitetura jurídica às ações e aos arranjos que as constituem, corroboram com os pilares do pressuposto debatido. Há temporalidade, retroalimentação periódica, bem como a ótica processual que marca a avaliação de sua qualidade.

É fato que existem na doutrina jurídica algumas menções à idéia de lei enquanto processo. Não obstante, elas são escassas. Quer-se aqui, portanto, fortalecer o conceito de *ciclo de vida do ato normativo*.¹³ Trata-se de percebê-lo de forma dinâmica, projetado no tempo e, de maneira análoga às políticas públicas (visto que imbricados), composto por fases (ainda que frequentemente sobrepostas). Tem-se o ato normativo como instrumento sujeito à avaliação, realizada mediante o cotejo entre os resultados que lhe são atribuídos — ou atribuídos à *policy* que ele conforma — e aqueles almejados, tendo em vista objetivos e funções inicialmente delineadas. Verificam-se efeitos diretos e indiretos, impacto, oportunidades de ajustes, eficácia, eficiência e efetividade.

¹² Há diferentes elementos compondo o ciclo. Ripley (1995) fala em definição de agenda, formulação e legitimação de objetivos e programas, implementação do programa, avaliação e decisões sobre o futuro da política. Já Souza (2006) aponta as seguintes etapas: definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação.

¹³ Alguns poucos autores já se valeram da idéia processual ou de ciclo de vida legislativo, ou mesmo de equivalentes funcionais. Cf. RUBIN (1989, p. 422); Van AEKEN (2005, 2009); RADAELLI & MEUWESE (2009). No Brasil, cf. HABER (2011, p.10, p. 82), que menciona o ciclo de vida da norma; FARIA (2008, p. 71), que apresenta como tendência contemporânea do direito a aceitação de lei como processo; em certa medida, BUCCI (2013), que conjuga várias relações processuais - processo administrativo, legislativo, judicial, orçamentário, de planejamento - como esquema analítico da ação governamental. A propósito, Mendes já era explícito ao apontar a edição de leis como *experiência* que precisa ser constantemente monitorada: haveria um “*dever geral de aferição e adequação dos atos legislativos em vigor*” (MENDES 1993, p. 268). Agradeço a Priscila Spécie pelos debates iniciais acerca da definição.

2.2. Parâmetros Avaliativos de Qualidade Legislativo-regulatória

Embora pressuposto lógico da abordagem referente a programas de qualidade legislativo-regulatória, a discussão acerca do sentido e do significado da idéia de qualidade da lei é deveras negligenciada. Pouco se atenta para o fato de que discutir a qualidade de algo implica expressar a medida ou a proporção em que determinados critérios ou objetivos pré-estabelecidos são atendidos. Pressupõe-se uma atividade eminentemente avaliativa que, por definição, só ocorre frente a valores de referência, em regra pré-determinados.

No caso de intervenções normativas, falar em qualidade legislativo-regulatória exige o exame de seus resultados frente a objetivos originalmente projetados. Cabe observar seus efeitos diretos (as conseqüências pretendidas pelo legislador), e seu impacto (resultados antecipados e não antecipados, diretos e indiretos, benéficos ou prejudiciais).¹⁴ Assim, o estabelecimento de uma política legislativo-regulatória, que engloba a verificação da qualidade da lei, é variável dependente de propósitos previamente definidos, bem como dos consequentes parâmetros de aferição.¹⁵

No entanto, importa perceber que a noção de qualidade legislativa pode exprimir diferentes significados. Voermans (2009a, p. 66-68), por exemplo, distingue a *qualidade da legislação*, relacionada ao enquadramento das normas às premissas constitucionais, da *qualidade regulatória*, voltada especificamente para a medida do sucesso da implementação de políticas legalmente estruturadas (eficiência e efetividade). Em sentido similar, Caupers (2009) aponta a diferença entre racionalidade e finalidade estritamente jurídicas daquelas substantivas, voltadas aos problemas econômicos, em que motivações e

¹⁴ Há diferentes abordagens relativas aos conceitos de efeitos e de impacto, assim como de definições em certa medida equivalentes, como *outputs* e *outcomes*. Variam conforme critérios temporais (curto, médio e longo prazo) e critérios subjetivos (quem está observando). Cf. exemplificativamente, para debate brasileiro, RUA (2003, 2004). Para conceitos de efeitos e de impacto aqui utilizados, cf. SALINAS (2008, p. 37 e ss.).

¹⁵ Na mesma linha aponta Voermans, referindo-se à legislação de âmbito europeu: "*If we ask ourselves what 'good' EU legislation is, or what kind of standards EU legislative instruments have to meet, than any answer to that question reflects notions, mostly constitutional, about what we expect from EU legislation, more in particular the functions we attribute to it.*" (2009a, p. 61). No mesmo sentido CYRUL (2005), SALINAS (2008, 2012, 2013); Van AEKEN (2009, p. 109), XANTHAKI (2013). O mesmo vale para os debates acerca da regulação, em que diferentes critérios podem ser usados para avaliações. Cf., por exemplo, BALDWIN, LODGE & CAVE (2012); RADAELLI & DE FRANCESCO (2007).

resultados passam a ser centrais. É necessário saber, pois, sob qual lupa se está a observar o ato.

O presente trabalho parte da premissa de que os parâmetros e os atributos comumente utilizados para a avaliação da qualidade de um ato normativo foram alterados ao longo das últimas décadas. Em abordagem que se propõe descritiva — e não normativa —, defende-se que parte da legislação contemporânea não é mais examinada apenas e tão-somente frente ao seu enquadramento no sistema jurídico-normativo. Em verdade, houve uma forte mudança em direção ao que se chamou de *qualidade regulatória*, em que a lei é examinada de acordo com seus resultados substantivos.

A forma pela qual boa parte do universo normativo é avaliado foi modificada porque os objetivos e as características do instrumento legal foram transformados. Em certa medida, também foi alterado seu fundamento de legitimidade. Para além do tradicional exame de cunho estritamente jurídico-sistêmico, a qualidade da lei é hoje discutida, em essência, com base em resultados obtidos frente a objetivos materiais. Finalidades traçadas por políticas públicas — estabelecidas, com frequência, pelo próprio ato legislativo — servem como reais parâmetros de aferição.¹⁶

Em suma, sob tal ótica, autores como Salinas (2012, 2013) e Xanthaki (2013) destacam a efetividade como uma das pedras de toque de teorias contemporâneas da legislação.¹⁷ O mesmo vale para RUBIN (1989, p. 408), que em trecho bastante claro explicita: *“legislation should be effective, (...) it should achieve the purpose for which it was designed. This is the essential basis of a legislative theory for the modern state”*.

¹⁶ O pressuposto da modificação das características da legislação, na direção de uma maior instrumentalização, é aqui adotado sob dois aspectos: (i) atos normativos comumente elaborados tiveram suas feições alteradas; (ii) surgiram tipos legais de natureza diversa, mudando a forma de se enxergar o conjunto legislativo. Essa diferença não será desenvolvida em detalhes (salvo poucas referências ao longo do texto), visto importar apenas a demonstração da existência de características finalístico-instrumentais em parcela significativa do conjunto legal, independente de sua origem. Para segunda vertente, com foco na emergência de leis "intransitivas" (precisam de mediação e mecanismos de implementação para fazer efeito), cf. RUBIN (1989). Cf. também WESTERMAN (2007a, 2007b).

Adiante-se também não se desconhecer abordagens que enxergam o direito, desde sempre, como ferramenta puramente instrumental: seria ela manejada à disposição das classes dominantes, como apreçoam as abordagens marxistas ou a elas tributárias. Não é essa, contudo, a linha central aqui adotada.

¹⁷ Como aponta XANTHAKI (2013): *“What is quality of legislation? My definition of quality is neither technical, nor empirical. My definition of quality in legislation is functional. (...) A good law is one that is capable of leading to efficacy of regulation. A good law is an effective law. And ultimately quality in legislation is effectiveness. Effectiveness is the criterion that drafters use when selecting the most appropriate drafting rule for the problem before them.”* Disponível [on line] em <<http://sas-space.sas.ac.uk/5234/1/1706-2278-1-PB.pdf>>. Acesso: 26.12.2015.

Como breve aparte, note-se que, para além de diferentes objetivos mobilizáveis na mensuração da qualidade legislativo-regulatória, o instrumento legislativo pode carregar consigo variadas funções. Resgatando sugestão de Voermans (2009a), diversas funções legislativas são hoje detectáveis: (i) instrumental, (ii) política, (iii) constitucional, (iv) democrática, (v) simbólica e (vi) burocrática.¹⁸

Não é preciso aceitar tal classificação por completo. Para a presente tese, basta perceber que algumas funções, como a simbólica, não assumem a racionalidade finalístico-instrumental citada, visto que produzidas sob lógica própria e diversa. Isso demonstra que nem toda legislação tem tal característica, o que dificulta ou inviabiliza a avaliação sob a ótica da qualidade regulatória de toda a produção legal. Como aponta Mader (2001), ao discutir a metodologia de avaliação legislativa:¹⁹

[legislative evaluation] (...) is an approach, which is essentially based on an instrumental view of legislation; legislation is concerned as an instrument of social guidance and control, as a tool of social engineering. In other words, this approach is based on the assumption that legislation is a rational activity that is aimed at realising specific purposes or goals, at achieving specific results in the social reality. This assumption may be questioned. It is only partly accurate. Not all legislation has an instrumental character; or, at least, the instrumental character of legislation is not always predominant. (2001, p. 122).

¹⁸ *"If, for instance, we find that the most fundamental function of legislation is to enable institutions to intervene in markets, social or political life (instrumental function), then the standard to measure the success or failure of legislation is an altogether different one than according to notions that frame the principle functions of legislation in terms of establishment of institutions, attribution of power and constraints on governmental action (constitutional function). It does not stop there; legislation in modern states performs a host of other functions. It expresses and fixes trade-offs between (opposing) interests in political arenas (political function); it provides the basis for popular participation – and so the legitimization – in the framing of legislation (democratic function); it communicates and reaffirms public morals, values and public goods (symbolic function); and it organizes and structures implementing powers and institutions (bureaucratic function), to name but a few of the most important functions. I will not deal with all of these functions at length, but it is important to see that quality notions are in fact implicit (most of the time) expressions of perceptions of the proper functions of legislation"* (2009a, p. 61-62).

Note-se que diferenças funcionais da lei são observadas sob inúmeras matrizes. No debate acerca de limites e restrições a direitos fundamentais, por exemplo, Vieira de Andrade (2004) mobiliza diversas categorias de leis não-restritivas: ordenadoras; condicionadoras; interpretativas, delimitadoras ou concretizadoras; constitutivas ou conformadoras; protetoras; promotoras; ampliativas; e, finalmente, leis harmonizadoras de direitos fundamentais. Cf. também MIRANDA (2000). No Brasil, Mendes destaca diferentes funções legais: integração, planificação, proteção, regulação, inovação (1993, p. 257). Ao longo da presente tese, serão referências básicas as propostas de Voermans (2009b) e, em certa medida, as de Coutinho (2013a, 2013b), apresentadas abaixo, salvo explícita indicação em outro sentido.

¹⁹ Na mesma linha BARNES (2006, p. 88): *"Realistically, not all legislation is instrumental; some may be symbolic acts or the result of compromise"*. Por fim, cf. CAUPERS (2009), que qualifica essa função legal como oportunística.

Assim, não basta compreender objetivos legais e características daí decorrentes. Importa também entender qual função o ato normativo está, naquele caso concreto, preenchendo.

2.3. A Característica Finalístico-instrumental do Ato Normativo

A terceira premissa que lastreia as políticas legislativo-regulatórias reside no incremento da característica finalístico-instrumental dos atos normativos. Ela já foi apresentada em termos gerais, visto que está indelevelmente ligada às discussões anteriores. Na prática, trata-se do elemento-chave para as mudanças acima debatidas.

Diferentes trilhas explicativas podem elucidar os motivos da transformação pela qual passou o ato normativo. Para o momento, basta dizer que a concepção orientada por objetivos e a relevância atribuída aos resultados, crescentes no direito que acompanhou o modelo de Estado Intervencionista, foram devidamente alçadas a elementos legitimatórios centrais naquilo que, sob roupagens contemporâneas, denominou-se Estado Regulador.²⁰ O mesmo se observa na literatura que discute a participação do direito na estruturação das políticas públicas.

Deixe-se claro que preocupação não é recente nem inovadora. Os pressupostos de ordenação, de indução de condutas e de controle social, que trazem em si um cuidado com efeitos, sempre pertenceram ao discurso jurídico. Todavia, é possível afirmar que a temática ganhou, nas últimas décadas, inequívoca e indubitável projeção. Não se trata mais de exigir um mínimo de eficácia da norma posta mediante o instrumento normativo; importa, sim, avaliar a pertinência de sua existência face ao grau dos resultados obtidos. Em explícita aceitação do instrumento normativo como ferramenta à disposição dos gestores públicos, muitas vezes fortemente vinculada às finalidades de políticas públicas, sua feição instrumental foi exacerbada.

Exigências mais severas de performance de um ato ou de um conjunto de atos normativos atingiram, em maior ou menor grau, alguns de seus elementos tradicionais. A idéia de uma ordem até certo ponto estática, criada para despersonalizar o poder e, para

²⁰ Cf., por todos, BALDWIN, CAVE & LODGE (2010, 2012); MAJONE (1993a, 1993b, 1994, 1996, 2006, 2013). O ponto será detalhado adiante.

tanto, baseada na característica objetiva das coisas, foi colocada em causa.²¹ A imposição de ajustes voltados à melhoria de resultados impactou atributos como a estabilidade e, em certa medida, as idéias de generalidade e abstração. Feições do sistema jurídico-normativo como coerência, organicidade, rigor conceitual e integridade, também foram alvejadas.

A modificação foi de tal monta que, embora mantidas algumas exigências sistêmicas do pensamento jurídico tradicional, alguns autores já defenderam que, com o avanço das perspectivas finalísticas legitimadas por efeitos e impacto, facetas clássicas da lei passaram a se configurar como efetivas limitações estruturais a serem superadas.²² Como apontam Bucci (2002, 2006, 2008, 2013) e Coutinho (2010, 2012, 2013a, 2013b), transformou-se a compreensão teórica do papel do direito, com conseqüente ganho de espaço da ótica prospectiva em detrimento da análise centrada no direito posto.

Ressalte-se que afirmar que uma importante e crescente parcela da legislação contemporânea tem a característica finalístico-instrumental exacerbada não significa dizer que todo o universo legislativo se resume a cumprir esse papel. Nem se afirma, note-se novamente, que o direito é intrinsecamente instrumental, ou que se resume à abordagem finalística ou funcionalista. Tem-se aqui uma proposta que se almeja mais descritiva do que normativa. Discutem-se, fundamentalmente, variações empíricas do direito, e não como ele é teoricamente apresentado ou como ele deve ser (MORGAN & YEUNG 2007, p. 146).²³

Ademais, é certo que ainda subsistem instrumentos legislativos dos mais variados tipos, estrategicamente mobilizados de acordo com diferentes objetivos, destinatários, tempo de resposta pretendido etc. Admite-se também a coexistência de diferentes funções legais, que podem ou não estar presentes em um mesmo diploma. Não obstante, sob o

²¹ Para fundamentos teóricos do “Estado legislativo”, com base em Locke, Montesquieu e Rousseau, cf. COMPARATO (1997). Segundo o autor, a lei moderna equivaleria a “*uma regra geral e suprema de conduta, não sujeita, pela sua própria natureza, a alterações ou adaptações de conjuntura. Em outras palavras, o conceito de lei, para esse prógono do Estado de Direito moderno, corresponde em sua essência ao de uma autêntica norma constitucional.*” (1997, p. 41). Tratar-se-ia de uma concepção de lei como soberana, imutável e, por isso, bastante restritiva.

²² Rubin (1989, p. 397 e ss.) critica a idéia de “moralidade da lei” trazida por Fuller (1977), que congregaria expectativas positivas sobre o ato normativo - generalidade, não retroatividade, não contradição e, especialmente, a luta contra a vagueza, dentre outros. Para resposta a alguns dos pontos de Rubin, mobilizando em especial tópicos como a mutação do próprio parlamento americano, a necessidade de se enxergar outras relações institucionais, a centralidade da presidência da república e o papel que a certeza da norma ainda exerce no sistema jurídico, cf. STRAUSS (1989).

²³ A ressalva importa frente a argumentos jusfilosóficos que criticam a colonização do direito frente a imperativos políticos ou econômicos e que apontam a perda de sua autonomia.

ponto de vista concreto, descreve-se que boa parte do volume legislativo contemporâneo possui características ferramentais. Ela parece funcionalizada e orientada a resultados.

O debate internacional atual mostra que essa percepção é corrente.²⁴ A relação entre estratégias legislativas e impacto das políticas está presente, por exemplo, na cultura jurídica norte-americana. Algumas raízes podem ser detectadas no pragmatismo e, com algumas ressalvas, no realismo americano,²⁵ mas foram aprofundadas em maior ou menor grau por movimentos como o *Critical Legal Studies*, o *Law and Development* e, especialmente, o *Law and Economics*.²⁶ Segundo Tamanaha (2005), a visão instrumental seria um dado de realidade nos EUA, uma postura crescente ao menos a partir da década de 70 (embora não exclusiva), a "religião ordinária" da sala de aula. Em suas próprias palavras, seria "*almost a part of the air we breathe*".²⁷

Em âmbito europeu, a necessidade de uma legislação mais flexível, adaptada às premências de um Estado menos engessado no pós-crise de 1973, estariam na origem da retomada desta linha em termos acadêmicos.²⁸ O início da década de 70 é, pois, visto como seu estopim, especialmente após o trabalho de P. Noll (1973).²⁹

Atualmente, é possível encontrar autores de diversas matrizes teóricas que assumem e explicitam o pressuposto instrumental. Desde teóricos historicamente

²⁴ Regressões temporais — que não serão aqui realizadas — remeteriam a J. Bentham, ao finalismo de R. Jhering ou ao controle social em sociedades políticas organizadas apresentado por R. Pound.

²⁵ Para referências, cf. TAMANAHA (2005). Para legislação e *lawmaking* sob a ótica de realistas tanto americanos quanto escandinavos, em tema raramente observado nessa tradição, cf. BRUNET, MILLARD & MINDUS (2013). Cf. ainda ZAMBONI (2007).

²⁶ Também podem ser enquadrados aqui o *critical feminism* e o *critical race theory*, que também têm suas raízes no *Critical Legal Studies* - CLS. O CLS, em apertado resumo, é um movimento de matriz norte-americana, oriundo de *Harvard Law School* em fins da década de 1970. Pode ser enxergado sob os mais variados aspectos — de movimento político até teoria jurídica, passando por "factóide midiático" —, teve importantes divergências internas — como a famosa cisão entre racionalistas (Mangabeira Unger, Horwitz) e irracionais (Duncan Kennedy, M. Tushnet) —, e pode ser decomposto em várias e diferentes fases, a culminar na atomização de temas e autores ao final da década de 80. Para história cf., dentre outros, KENNEDY (1992, 1994a, 1994b) e GAUDÊNCIO (2004). Cf. ainda TAMANAHA (2005); ZAMBONI (2007).

²⁷ "*An instrumental view of law — the idea that law is an instrument to achieve ends — is taken for granted in the United States, almost a part of the air we breathe. Legal instrumentalism operates in various ways: as a theoretical characterization of law, as an attitude toward law that professors teach students, as an orientation of lawyers in their daily practice, as a strategic approach of organized groups pursuing their agendas, as a view toward judges and judging, as a perception of legislators and administrators when enacting laws and regulations.*" (2005, p. 1).

²⁸ Cf. ATIENZA (2005); HOPPE (2009); MADER (2001, 2003, 2006a, 2006b); THION (2007).

²⁹ Atribui-se a P. NOLL e à sua obra *Gesetzgebungslehre* (1973) a nova onda de debates sobre ciência da legislação e avaliação legislativa. Nesse sentido HABER (2011); MADER (2001, 2003, 2006a, 2006b); SALINAS (2008, 2012, 2013); SOARES (2007); WINTGENS (2007). Griffiths (1979) também já discutia os efeitos diretos e indiretos da lei, embora em viés bastante crítico. São ainda referências na retomada dos trabalhos relativos à ciência da legislação Wroblewski, Van der Velden e Losano (ATIENZA 1989).

vinculados a debates sobre questões de legística, como Mader (2001), Barnes (2006) e Xanthaki (2013), passando por Voermans (2009a, 2013b) e Wintgens (2002a, 2002b, 2006, 2007).³⁰ Van Aeken (2005, 2009) reconhece o ato normativo como clara ferramenta à disposição do *policymaker*, e chama a atenção para a aceitação da idéia de probabilidade no direito. Cyrul (2005, 2007) dá peso ao foco contemporâneo nos resultados da intervenção normativa. Westerman (2007a, 2007b) detecta formas específicas de normas orientadas por objetivos, como as *aspirational norms* e as *result-prescribing norms*, explorando a mudança dos princípios jurídicos atuais frente aos princípios tradicionais.

2.3.1. A característica instrumental na doutrina brasileira

Como último aspecto, note-se que não há novidade na aceitação de contornos cada vez mais instrumentais do ato normativo pela academia jurídica brasileira. Embora não seja ela a percepção mais corrente ou explícita, e em que pese uma forte resistência a essa leitura. Ela aparece, especialmente, na produção contemporânea, quando vinculada ao debate sobre a elaboração e as finalidades de políticas públicas.³¹

Vale ilustrar o tópico com algumas contribuições, sem reproduzir a justaposição acrítica de autores que marca parte de nossa produção acadêmica (NOBRE 2003, 2005). Inicialmente, trabalhos recentemente defendidos na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo que lidaram com o tema da produção legislativa, bem como textos daí derivados, abordaram tal característica sem muitas ressalvas. Com base em doutrina de língua francesa, por exemplo, Haber afirma que leis são atualmente desenhadas em perspectiva "*abertamente instrumental, tratando-se menos de impor um modelo a priori do que adaptar um programa de ação a uma conjuntura plural e cambiante*" (2010, p. 72).³²

Salinas (2008, 2012, 2013), por sua vez, escancarou a faceta da norma enquanto instrumento de ação governamental, utilizada para a estruturação de políticas públicas,

³⁰ A título de exemplo, cf. VOERMANS: "*what is special about the history of the past century is that we don't just recognize the standards written down in legal regulations as a necessary condition for trustworthy transactions within markets, and to steer the economic society in this way. Regulation no longer acts merely as a prerequisite but as an independent instrument for government and administration.*" (2013b, p. 5).

³¹ Há precursores desse debate no Brasil. Tércio Sampaio Ferraz Jr atentou-se especificamente para a relação entre meios e fins, em obra de 1982. Gilmar F. Mendes trouxe, ainda em 1993, importante análise acerca da necessidade de desenvolvimento do tema. Victor Nunes Leal (1960) é frequentemente citado como o autor que introduziu os primeiros elementos substantivos à análise legislativa. Para breve histórico da ciência da legislação no Brasil, cf. HABER (2011); SALINAS (2008, p. 61 e ss.).

³² Em especial CHEVALLIER (2002), COMAILLE, MORAND e F. OST.

nomeando como “*teoria funcionalista da legislação*” aquela “*que dá ênfase ao caráter instrumental da legislação, aos efeitos produzidos pela lei na sociedade*”.³³ Salientou, a propósito, o fosso existente entre a prática e a cultura jurídica predominante, que estuda as instituições jurídicas como fim em si mesmo.³⁴

O pequeno — porém crescente — grupo de autores que observa a relação entre direito e políticas públicas segue paradigma similar. Em perspectiva explicitamente funcional do direito, a ser desenvolvida adiante, Coutinho defende que tão importante quanto dizer o que o direito *é* é compreender o que ele *faz* (2013a), enxergando nos países em desenvolvimento uma espécie de “*tecnologia jurídica governamental*” ou de “*tecnologia de implementação de políticas públicas*”.³⁵ Bucci, por seu turno, traz o conceito de *regime de efeitos*, capaz de orientar os criadores da norma (2013, p. 42).³⁶ Finalmente, ao apresentar normas de direito econômico, Aguillar (2014) conjuga atividade regulatória e políticas públicas, apontando a existência de normas instrumentais que corporificariam a ação estatal.³⁷

A produção acadêmica relativa à legística, avaliação legislativa e políticas legislativo-regulatórias também aceita, mesmo que de modo implícito, o pressuposto que lhes é inerente. Embora mais voltada a aspectos formais que circundam a elaboração legal e, em certa medida, ainda mobilizando parte dos conceitos tradicionais hoje em questionamento, autores como Soares (2002, 2007, 2012) e Meneguim (2010) atribuem

³³ “*Esta teoria extrapola, portanto, uma abordagem formalista, voltada apenas para aspectos intrajurídicos, como pertinência da lei ao sistema jurídico em que está situada, coerência de sua estrutura interna etc*” (2013, p. 134 [n. 21]).

³⁴ “*A idéia da instrumentalidade do direito, especialmente para aqueles que possuem formação em outras ciências sociais mais avançadas do que a ciência jurídica, parece óbvia, até mesmo banal. No entanto, o caráter instrumental do direito revela-se marginalizado no ensino e na pesquisa jurídica brasileira, onde as instituições jurídicas ainda são estudadas como fins em si mesmas.*” (2012, p. 2). No mesmo sentido Ferraz Jr, para quem a argumentação jurídica emprega os conceitos de meio e fim com certa ingenuidade (1982, p. 27).

³⁵ Cf. COUTINHO (2010, 2012, 2013a, 2013b) O autor destaca também o papel do contraditório nos processos decisórios, sob pena de degenerescência de sua legitimidade em mera tecnocracia. De se notar que a expressão inicial também pode ser detectada em Tamanaha (2008): “*What law is depends substantially upon what law does*” (2008, p. 15).

³⁶ A autora aponta, ainda, a existência de um arsenal de categorias jurídicas conectado a aspectos econômicos e sociais, relevante para o alcance dos efeitos socialmente duradouros e de interesse público (2013, p. 235).

³⁷ “*Normas instrumentais, por sua vez, corporificam a própria ação de regulação estatal do mercado capitalista. elas constituem as próprias políticas públicas implementadas pelo Estado por meio de normas jurídicas*”. (2014, p. 33). Na mesma linha instrumental seguem, por exemplo, DERANI (2004), LOIS *et alli* (2009); MASSA-ARZABE (2006). Em certa medida, SUNDFELD (2014a).

centralidade aos efeitos da lei.³⁸ O mesmo se dá com a literatura específica que discute a vigente *meta policy* brasileira. Trabalhos como de Peci (2009, 2011), Valente (2010) e Sampaio (2010) também o assumem, ainda que de maneira velada.

No campo da sociologia jurídica, importantes autores também já se atentaram para a alteração de paradigma. Assim trouxe, por exemplo, Faria:

sem condições de assegurar uma eficaz regulação direta e uma intervenção centralizadora das situações sociais e das atividades econômicas, pressionado por crises fiscais sucessivas e com sua ação comprometida pela ineficiência e pelas disfuncionalidades das estruturas públicas, o Estado, nas décadas finais do século XX, passa a agir pragmaticamente. Ou seja, ele vai substituindo as tradicionais normas gerais, abstratas e impessoais por normas cada vez mais particularizantes, específicas e finalísticas - aquelas editadas com base em critérios determinantes e propósitos de natureza basicamente material, sejam eles econômicos, financeiros, políticos, sociais etc (2008, p. 53-54).

Finalmente, até mesmo publicistas tradicionais, como Ferreira Filho, perceberam a transformação da função do ato normativo. Segundo o autor, ele deixaria de ser peça de harmonização de interesses para ser ferramenta, instrumentalizado com vistas à obtenção de determinados fins materiais definidos pelo governo: “*mesmo fora do âmbito estrito da economia, a coordenação geral que incumbe ao governo, desde que este não mais se limita à função de guarda da segurança individual, exige da lei um papel instrumental*” (2007, p. 271).³⁹

3. Legislação e Regulação

Foram expostas três premissas que marcam as *meta policies* regulatórias contemporâneas. Especificamente no que tange à característica finalístico-instrumental da

³⁸ Soares detecta uma racionalidade gerencial e normas marcadamente pragmáticas no desenho contemporâneo, uma “*preocupação com os resultados dentro de uma perspectiva que visa adequar os objetivos (identificados na análise de impacto ou na avaliação legislativa), os meios e os fins*” (2007, p. 129). Aponta que “*a busca pela eficiência da legislação e de sua concepção também como instrumental para o desenvolvimento econômico-social encontraram um relevante marco com as primeiras recomendações da OCDE que acabaram por influenciar vários países*” (2007, p. 139).

³⁹ E ainda: “*o exercício do governo pelo partido, para tender à realização dessas metas, que no plano moral e no plano de seus interesses eleitorais futuros o obrigam, implica a criação por ele, de normas jurídicas com essa finalidade. São, pois, tais normas de criação governamental nitidamente instrumentos para a consecução de determinados fins*” (p. 272). O autor defende que o processo legislativo atual não está preparado para esse tipo de tarefa.

lei, também foram trazidos alguns autores do direito que a aceitam e mobilizam. Todavia, é no debate sobre regulação — aceito em seu sentido lato, multidisciplinar, não estritamente jurídico — que essa acepção é mais clara e explícita. Há algumas décadas já se reconhece a lei como um dos componentes da caixa de ferramentas do regulador, que almeja produzir efeitos na sociedade.

Cabe, pois, detalhar essa abordagem. É fato que a relação entre legislação e regulação não é muito explorada. Não obstante, o debate ajuda a compreender a evolução do uso do instrumento legislativo enquanto ferramenta flexível e avaliável.

3.1. A Emergência do Estado Regulador

A descrição analítica da evolução dos modelos estatais vale-se de tipologias e aproximações. A superação de modelos vigentes e o avanço de novas roupagens jurídico-institucionais não ocorrem em episódios definidos, exclusivamente mediante eventos críticos, mas sim mediante processos inseridos em conjunturas de tempo e espaço. As marchas transformadoras podem ser longas, e não se dão de maneira concomitante entre as jurisdições. Há percursos com diferentes ritmos, às vezes incompletos —, especialmente quando em foco os chamados países em desenvolvimento —, que ficam à margem do arquétipo padrão.

Estabelecida a ressalva, rememore-se que a superação do chamado Estado Liberal derivou, dentre inúmeros outros fatores, do esgotamento da visão liberal-legalista e da feição do Estado como não-intervencionista. O ocaso também foi tributário da compreensão das falhas de mercado e de regulação inerentes ao modo-de-produção, das nefastas conseqüências sócio-econômicas dele oriundas, bem como da explosão de demandas sociais. Esse conjunto exemplificativo de motivos acarretou o progressivo surgimento de um novo modelo, em que tarefas materiais do Estado foram acentuadas, bem como sua intervenção.⁴⁰

⁴⁰ Para evolução estatal, em especial em relação aos modelos de Estado Liberal e Estado Social, cf. BOBBIO (2007); COMPARATO (1997); FARIA (1989); GRAU (2002, 2004); HABER (2011); MARQUES NETO (2000). Para abordagem diversa, qualificando o *welfare state* como resultado efetivo do próprio projeto liberal, dada a manutenção da visão individualista e liberal dos direitos — os “*individual social rights*” —, cf. ERICSSON (2002).

Em interessante inversão gradativa, o direito destinado a defender o indivíduo frente ao Estado tornou-se paulatinamente instrumento de intervenção estatal. Não se tratava mais da mera proteção de esferas de autonomia dos cidadãos. Às liberdades públicas ou direitos fundamentais de primeira dimensão agregaram-se direitos sociais, econômicos e culturais, com crescimento exponencial do que era agora exigido ativamente do Estado.⁴¹

Não obstante, o chamado Estado Social também conheceu rapidamente limites e aporias. Dificuldades financeiro-orçamentárias aliadas às falhas da propriedade pública em setores estratégicos e à incapacidade de oferecer respostas rápidas e efetivas às demandas cada vez mais amplas, complexas e técnicas, minaram sua característica prestacional. Considere-se também o agigantamento de máquinas burocráticas dificilmente coordenadas, que cresciam a cada nova exigência de execução ou controle. Assim, reivindicações de celeridade, flexibilidade e especialização colocaram-se de maneira bastante recorrente, especialmente a partir do choque econômico da década de 70.⁴²

Em resposta à crise do modelo que, em sua vertente mais avançada, foi qualificado como Estado Providência ou de Bem-estar Social, emergiu uma agenda reformista, fortemente calcada no ideário neoliberal. Pautou-se, fundamentalmente, pela defesa de reforço e incremento de funções regulatórias e, em boa parte das experiências nos anos 80 e 90, por práticas de redução estatal enquanto Estado provedor (privatizações, liberalizações). Idéias-força como maior conhecimento técnico e especialização, maior eficiência na atividade estatal, fuga dos ciclos eleitorais e proteção contra desmandos políticos fizeram-se dominantes, em conjunto orquestrado que atribuiu racionalidade legitimatória ao desenho.⁴³

Embora para muitos autores não exista efetivamente um novo modelo, mas apenas uma repaginação ou uma forte mudança de escopo ou de nível de uso de ferramentas

⁴¹ Para *dimensão* de direitos como melhor vocábulo frente à *geração*, a evitar a idéia de superação entre as gerações, cf. SARLET (2007); SILVA (2005). Fala-se em crescimento de aspectos prestacionais do direito e não em seu surgimento porque, mesmo nas liberdades públicas, há uma série de ações estatais necessárias à proteção ou à ocorrência do direito, como por exemplo toda a organização estatal que envolve a proteção de uma manifestação pública (policimento, aparato para emergências médicas etc). Adota-se a idéia de direito fundamental como feixe de prestações jusfundamentais composto por uma dimensão típica ou principal, mas também por uma série de outras prestações ou abstenções a ele inerentes. Nesse sentido V. de ANDRADE (2004); PAULA (2010, cap. I).

⁴² Para além das referências anteriores, cf. MAJONE (1993a, p. 22 e ss.; também 1993b, 1994, 1996, 2006, 2013), que traça a transformação do Estado Positivo em Estado Regulador.

⁴³ Cf. BALDWIN, CAVE & LODGE (2010, 2012); MAJONE, *ibidem*; PAULA (2006).

regulatórias, o fato é que os efeitos dessa agenda foram sentidos em várias frentes.⁴⁴ Institucionalmente, (i) surgiram ou ganharam peso novos aparatos burocrático-administrativos, como as agências reguladoras; juridicamente, (ii) novas funções foram atribuídas ao ato normativo-regulatório; doutrinariamente, (iii) o direito público — em especial o direito administrativo — viu-se frente novos paradigmas.

Há diferentes vieses pelos quais os novos sinais e o novo formato do chamado Estado Regulador — também qualificado, com diferenças de funcionamento e amplitude, como Estado Administrativo, na expressão norte-americana, ou como Estado Gerencial, na terminologia que ganhou campo no Brasil após a reforma administrativa de 1995 — podem ser avaliados.⁴⁵ As mudanças são observáveis sob diferentes óticas, como a normativa, a operacional, a institucional, ou mesmo sob diferenças de ritmo de implementação. Também podem estar em causa amplitude e objetivos regulatórios, diferentes impulsos e avanços territoriais.⁴⁶

Não se detalhará tal evolução histórica, nem serão pormenorizadas as diferentes possibilidades de abordagem. À presente tese basta perceber que, sob a ótica específica das características da legislação, a partir da superação de suas vestes liberais mais tradicionais

⁴⁴ Nas palavras de Majone (2013, p. 12): “*o que precedeu o Estado regulador contemporâneo não foi algum regime laissez-faire puro, mas outro Estado regulador. O que mudou foi o modo, o escopo e/ou o nível de regulação, bem como a importância relativa de políticas reguladoras em relação a outras funções governamentais, como redistribuição de renda.*” Baldwin, Cave e Lodge (2012) também mostram que a linguagem e a prática da regulação não são recentes, tendo ocorrido, em verdade, alteração de foco e de escopo.

⁴⁵ Para Estado Administrativo nos EUA cf., por exemplo, RUBIN (1999). Para compreensão da internalização parcial de alguns dos elementos regulatório-gerencialistas ocorrida na modernização do Estado brasileiro, cf. o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de 1995 (BRASIL, 1995), disponível em <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso: 02.06.2015. Cf. também comentários de um de seus principais artífices (BRESSER-PEREIRA 1996a, 1996b, 2001). Não se afirma que o Estado Gerencial proposto em 1995 no Brasil equivale a um desenho típico de Estado Regulador; percebe-se, apenas, que certos componentes da transformação estatal estiveram ali presentes.

⁴⁶ Sob a ótica institucional, por exemplo, novos arranjos e novas atribuições de órgãos regulatórios foram intensamente debatidos, em especial nos anos 1990 e 2000. No que tange à amplitude e aos objetivos, avançaram discussões sobre novas racionalidades regulatórias para além das tradicionais falhas de mercado, como a chamada regulação social e os consequentes temas de justiça distributiva e cidadania (aliás, fundamental notar que parte do estímulo neoliberal original sofreu importantes inflexões posteriores, sem que se abrisse mão das características regulatórias mínimas). Sob o aspecto da multiplicidade territorial, foi possível identificar e comparar diferentes impulsos e desenhos, como o modelo norte-americano e os diferentes modelos em países europeus, apesar da existência de similaridades (especialmente após a consolidação da União Européia). A propósito, Majone defende, com ressalvas, que a *europização* deu margem a uma espécie de *americanização* do desenho institucional na região. Aponta também uma deliberada delegação de poderes para a Comissão Européia, à época ávida por afirmar seu poder e ampliá-lo frente a restrições orçamentárias (1994, p. 7 e ss.). Finalmente, detecta uma diferença de ponto de partida entre EUA e UE naquilo que tange à chamada regulação social (2013, p. 13-15). O tema será desenvolvido no cap. III. Cf. ainda, para o tópico, GONÇALVES (2002); RADAELLI (2007a); RADAELLI & MEUWESE (2009); WIENER & ALEMANNI (2010).

o Estado passou a atuar não apenas *sob* a lei, mas sim, fundamentalmente, *pela* lei. As exigências de atuação governamental ativa para implementação de direitos sócio-econômicos, especialmente mediante políticas públicas, mudaram a função do instrumento legal, densificando seu peso enquanto ferramenta de intervenção.

O incremento das atividades regulatórias também alterou, em certa medida, seu parâmetro de legitimidade, abrindo espaço para avaliações consequencialistas e finalísticas. Ganharam proeminência os conceitos de eficácia, eficiência e efetividade.⁴⁷ O discurso regulatório abriu espaço para que o ato normativo fosse percebido como componente importante, porém não exclusivo, da caixa de ferramentas do gestor-regulador.

3.1.1. Inflação legislativa, especialização e tecnicismo

Intrinsecamente relacionados às mudanças pelas quais passou o desenho estatal contemporâneo, os efeitos oriundos do processo de globalização também concorreram para a alteração das características legislativas. Cabe breve digressão sobre sua contribuição.

Ao analisar os impactos acarretados pelo processo globalizatório, Faria (1989, 1994, 1999, 2008) detectou forte impulso para as alterações radicais na estrutura, na funcionalidade e no próprio alcance do direito. No que aqui importa, a legislação também foi severamente atingida. Para além da transformação por que passaram as forças produtivas e do “*empalidecimento*” da idéia de Estado-nação, interessam aqui dois vetores de mudança.

Primeiro, houve um enorme aumento do viés técnico-científico e da consequente legitimidade técnica e instrumental, reforçada pela contínua subdivisão do conhecimento. Com microssistemas cada vez mais específicos, complexos e autônomos, a multiplicação de diferentes fontes normativas, marcadamente tecnocráticas, gerou a coexistência de diferentes racionalidades e objetivos, bem como a “blindagem” de sua produção legal dos

⁴⁷ Em resumo proposto por Rubin para o desenho norte-americano: “*we all live, as we all know, in an administrative state. It is shaped by explicitly adopted policies, which are generally implemented by an array of large administrative agencies. [...] All these changes have been brought about by legislation. In the process, the nature of legislation itself has undergone a major change. It no longer consists of rules that displace or supplement the common law: contemporary features allocate resources, create administrative agencies, issue vague guidelines or general grants of jurisdiction to those agencies, and enact a wide range of other provisions that bear little resemblance to our traditional concept of law.*” (1989, p. 369). Para conceitos de eficácia, eficiência e efetividade, cf. RUA (2003, 2006).

ciclos político-partidários.⁴⁸ Nas palavras do autor, o que não era redutível ao cálculo “*tendia a ser descartado*”, e o legislador estatal viu-se a aceitar prescrições dos sistemas que ele mesmo deveria condicionar (2008, p. 23-25).

Em segundo lugar, e em consequência do vetor inicial, houve uma evidente explosão na produção de normas, a chamada inflação legislativa ou regulatória, bastante característica nas últimas décadas do século XX. Leis circunstanciais e regulamentos de necessidade imediata, ditados por conjunturas transitórias, dominaram a produção normativa — em verdade ainda dominam —, exacerbando o conflito entre segurança jurídica e eficiência.⁴⁹ A expansão de normas *ad hoc* comprometeu a organicidade do direito, com forte impacto na coesão, na coerência e na sistematicidade do ordenamento jurídico (1994, 1999, 2008).⁵⁰

Dada a exigência de normas cada vez mais especializadas, flexíveis e adaptáveis, avançou então a perspectiva pragmática e a racionalidade funcional, com características finalístico-instrumentais.⁵¹ Reputou-se ao perfil legislativo anterior traços de paralisia, incapacidade e anacronismo. O mesmo ocorreu, em específico, com os mecanismos

⁴⁸ “(...) *A ciência cada vez mais se converte em força produtiva e produção e disseminação de informação especializada significam poder. Essa estratégia de formulação e implementação de uma política ‘anti-política tem um objetivo claro e preciso: impedir que os ciclos eleitorais e maiorias transitórias ou eventuais influenciem ou condicionem a condução da economia.*” (2008, p. 22). Esse vetor que influencia o sistema jurídico também é percebido por outros autores como Zamboni (2007). Dallari Bucci, por seu turno, vê uma aproximação do técnico com o político no interior do aparato estatal, uma juridificação da política (2013, p. 33 e ss.).

⁴⁹ O quadro compromete também a própria efetividade da atividade regulatória. A existência de normatividades específicas justapostas (*bricolage normativa*) sinaliza espécie de transferência de competências regulatórias, antes totalmente centradas no Estado, de modo a afetá-lo em suas funções de garantidor de controle e de estabilização de expectativas (FARIA 2008, p. 31 e ss.).

⁵⁰ No mesmo sentido MAJONE (1994) e ENG (2002) que, contudo, questiona a necessária vinculação entre alta quantidade e baixa qualidade legislativa. Em linha similar, RIZEK JR (2009) define duas dimensões para a inflação legislativa: a qualitativa e a quantitativa. Já SUNDFELD (2014a) fala em intensificação normativa. Cf. ainda: SOARES (2007); TAMANAHA (2005, 2008); WAHLGREN (2007); ZAMBONI (2007).

⁵¹ “*Seus princípios gerais, suas regras e seus procedimentos já não conseguem disciplinar, regular, e controlar guardando a devida coerência sistêmica, fatos multifacetados e heterogêneos, acarretando com isso graves distorções nos preços e reduzindo a a eficiência na alocação de recursos. E muitas de suas prescrições assentadas em sanções de caráter punitivo-repressivo, bem como aplicadas por tribunais submetidos a ritos processuais excessivamente detalhistas e bastante morosos, são incompatíveis com as exigências de rapidez, agilidade, flexibilidade e adaptabilidade dos novos paradigmas de produção e dos novos padrões de funcionamento do comércio mundial e de um sistema financeiro globalizado.*” (2008, p. 45). E ainda: “*sem condições de assegurar uma eficaz regulação direta e uma intervenção centralizadora das situações sociais e das atividades econômicas, pressionando por crises fiscais sucessivas e com sua ação comprometida pela ineficiência e pelas disfuncionalidades das estruturas públicas, o estado, nas décadas finais do século XX, passa a agir pragmaticamente. Ou seja, ele vai substituindo as tradicionais normas gerais, abstratas e impessoais por normas cada vez mais particularizantes, específicas e finalísticas - aquelas editadas com base em critérios determinantes e propósitos de natureza basicamente material, sejam eles econômicos, financeiros, políticos, sociais etc. O resultado inevitável é a perda progressiva do controle, tanto da coerência lógica quanto da racionalidade sistêmica de suas próprias leis*” (2008, p. 53-54). Nesse sentido FARIA (1994, 1999); RUBIN (1989); THION (2007).

costumeiros de comando e controle acima debatidos. Passaram a ser, também eles, insuficientes para as exigências contemporâneas.⁵²

3.2. Conceito de Regulação e Teorias Regulatórias

Embora as abordagens regulatórias estejam bastante difundidas e desenvolvidas, o conceito efetivo de regulação aparece pouco e, quando isso ocorre, dá-se de forma bastante diversa. Em levantamento recente, Koop e Lodge (2015) mostraram que, entre os artigos mais citados em diversas áreas das ciências sociais desde 1970, definições explícitas são raras e o grau de abstração é bastante alto.

Muitos elementos permeiam o debate. Parte-se da intencionalidade da intervenção — se proposital ou não —, passando pela natureza do regulador — se apenas estatal ou se inclusos diferentes arranjos auto-regulatórios —, pela natureza do regulado — se apenas o setor econômico privado, ou se arranjos intragovernamentais ou atividades não econômicas —, bem como pela abrangência de atividades e ferramentas.⁵³

Assim, conceitos de regulação tornam-se muito diversos. Conceitos sintéticos geralmente oferecem concepções amplas e aproximam-se, em grande medida, de definições de políticas públicas, ou mesmo da descrição da própria ação governamental em sentido amplo. Conceitos detalhados geralmente optam por determinados elementos e, como consequência, deixam de fora componentes inovadores ou não-rotineiros.

Mobilizando autores e elementos que estarão presentes nesta tese, é possível compreender regulação, por exemplo, como *“the sustained and focused attempt to alter the behaviour of others according to standards or goals with the intention of producing a broadly identified outcome or outcomes, which may involve mechanisms of standard-setting, information gathering and behaviour-modification”* (BLACK 2002, p. 20; 2005, p. 11).⁵⁴

⁵² Faria (1999) também enxerga, nas últimas décadas, um avanço da racionalidade procedimental, que gradativamente co-existe e suplanta a *ratio* material do Estado Providência.

⁵³ Os autores valeram-se dos 20 artigos mais citados anualmente desde 1970 no *Social Sciences Citation Index* em cada uma das seguintes áreas: administração, administração pública, economia, direito, ciência política e sociologia. Dadas algumas sobreposições e escolhas metodológicas, 101 artigos foram ao final considerados. Chama atenção que em apenas 14% dos casos havia um conceito explícito de regulação.

⁵⁴ Note-se que a própria autora apresenta uma série de ressalvas ao conceito.

Também há linhas mais abertas, como as apresentadas por Baldwin, Cave e Lodge (2012), que apontam para *qualquer intervenção estatal intencionalmente orientada*, ou mesmo como *formas de influência social ou econômica*, estatais ou não, como apresenta a recente abordagem do *smart regulation*.⁵⁵ A própria OCDE (1997a, 2008a) adota, por inúmeras vezes, uma qualificação ampla, fazendo referência a um enorme conjunto de instrumentos, formais e informais, estatais ou não, voltado ao comportamento de empresas e cidadãos, destacando os eixos econômicos, social e administrativo.⁵⁶

Não obstante tamanha diversidade de formulações, Koop e Lodge (2015) detectaram alguns padrões básicos. Em apertada síntese, os componentes mais recorrentes de um conceito elementar apontam para uma intervenção voluntária na atividade econômica de determinada população alvo, sendo ela tipicamente direta e exercida pelo setor público. O que não significa, por óbvio, que intervenções indiretas, em atividades não-econômicas, ou não-estatais, não possam compor narrativas regulatórias específicas.

Em verdade, é preciso compreender que a fluidez do conceito decorre, dentre outros motivos, da existência de diferentes teorias regulatórias. Elas derivam de racionalidades diversas e dão respostas diferentes a questões básicas que cercam o tema. Suas divergências partem da resposta ao por quê regular, avançam para discussões sobre como fazê-lo da maneira mais efetiva e repousam nos critérios de avaliação. Embora salientem que a definição dos objetivos almejados e, portanto, do parâmetro de legitimidade das propostas, é tarefa essencialmente política, preocupam-se em apresentar as ferramentas e os instrumentos pelos quais é possível atingir metas e mensurar resultados.⁵⁷

⁵⁵ A diferença entre legislação e regulação é claramente exposta em Baldwin, Lodge e Cave (2010, 2012), assim como os conceitos mais amplos aqui mobilizados. Também Van Aeken, que aponta: “*in the political forum, the strong habit to develop a (formal) law to solve a societal problem should be broken. Formal law is but one tool in the toolbox of the contemporary social engineer. [...] We must move beyond the law to steer society. This does, however, not imply that law is rendered obsolete. On the contrary, I would say. [...] A conscious, mature use of (formal) law could enrich the underlying policy with very special properties.*” (2005, p. 87-88). O tema da *Smart Regulation* será melhor tratado no cap. III.

⁵⁶ “*There is no generally accepted definition of regulation applicable to the very different regulatory systems in OECD countries. In the OECD work, regulation refers to the diverse set of instruments by which governments set requirements on enterprises and citizens. Regulations include laws, formal and informal orders and subordinate rules issued by all levels of government, and rules issued by non-governmental or self-regulatory bodies to whom governments have delegated regulatory powers.*” (1997a, p. 6).

⁵⁷ Para debate e visão geral sobre teorias da regulação e justificativas regulatórias, cf. BALDWIN, LODGE & CAVE (2010, 2012); LODGE & WEGRICH (2012); MORGAN & YEUNG (2007).

Racionalidades economicistas preocupadas com problemas específicos de eficiência alocativa buscam, essencialmente, atacar falhas de mercado (externalidades, assimetria de informações, monopólios, *public goods* etc) e falhas de regulação. Em visão de forte cunho instrumental, almejam solucionar o que o mercado e o direito privado à partida não resolvem, bem como dar novos rumos a ações governamentais tidas como economicamente ineficientes. Racionalidades mais próximas da chamada regulação social, que não resumem o interesse público à eficiência e que refutam visões tradicionais de preferências individuais livres e plenas, assumem objetivos legitimatórios mais amplos. Pressupõem a existência de pontos de partida diversos entre atores sociais e agregam à questão econômica elementos (re)distributivos, de cidadania e de justiça social.⁵⁸

A partir de suas próprias racionalidades, as teorias regulatórias propõem modelos explicativos e ações interventivas. Justificam os motivos, detectam os atores e apresentam padrões de interação. Elas existem às dezenas, com peculiaridades específicas variando de autor para autor. Usando generalizações, é possível apontar alguns arquétipos.

Teorias que aceitam existir a busca pelo interesse público, por exemplo, enxergam nas decisões regulatórias o resultado de uma escolha coletiva sobre determinado conteúdo, apto a promover o bem estar social (*public interest theories*). Teorias que consideram a participação privada no jogo político, em especial a presença de grupos de interesse, enxergam a regulação como o resultado de disputas político-econômicas interessadas, que em regra beneficiam determinados grupos. Destacam-se as falhas de regulação (como a captura) e o mercado negocial de decisões legislativo-regulatórias, e não a eventual busca pelo interesse público (*private interest theories*, com ênfase para a *public choice* e para parte das abordagens *agente-principal*).

Teorias institucionalistas põem ênfase nos problemas inerentes às estruturas regulatórias. São bastante heterogêneas, mas como regra colocam em causa o peso das regras formais e informais estabelecidas, os problemas nas cadeias de comando, as dificuldades relativas à delegação de poderes, as assimetrias informacionais. Há ainda

⁵⁸ Há ainda linhas fortemente procedimentais e participativas que legitimam as escolhas regulatórias não pelo seu objetivo específico (eficácia alocativa ou justiça distributiva), mas pelo oferecimento e efetivo cumprimento de requisitos procedimentais e participativos mínimos.

recentes teorias culturais e do discurso, que salientam a força das idéias e da ideologia — e não das ações estratégicas — nos regimes regulatórios.⁵⁹

3.3. Elementos Regulatórios e o Papel da Legislação

Seja qual for a racionalidade básica, a teoria que explica a necessidade de intervenção ou o conceito assumido, alguns elementos estarão constantemente presentes na atividade regulatória. O primeiro deles, certamente, é o estabelecimento de normas, de regras que a estruturarão com vistas a direcionar comportamentos (*standard setting*). Depois, há o monitoramento, a captação e o tratamento de informações, importante tanto ao diagnóstico do problema quanto à implantação e à avaliação de seus efeitos, em que pese sua centralidade dependa da estratégia escolhida (*information gathering*).⁶⁰

Em área cujo interesse cresce a passos largos, existem também os mecanismos de garantia de aplicação e cumprimento, em que ferramentas indutivas ou de força são utilizadas para assegurar o respeito e a execução da norma (*enforcement*). Finalmente, embora não faça parte da tríade de requisitos apontados inicialmente por Hood *et alli* (2001),⁶¹ vale incluir aqui, como quarto item, questões relativas ao (des)cumprimento das normas por parte daquele por elas atingido, suas motivações e justificativas (*compliance*).⁶²

O foco principal da presente tese reside, essencialmente, no primeiro elemento (*standard setting*). Tem-se, pois, o que Morgan e Yeung (2007) qualificam como perspectiva jurídica da regulação. É ele o objeto central de análise da idéia de *meta-policy* aqui assumida. Não se trata de atribuir-lhe maior ou menor relevância dentro do ciclo de vida regulatório; o aspecto normativo, certamente, não gera resultados de maneira autônoma. A produção de efeitos das normas depende da capacidade de agregar informações, da garantia de seu cumprimento e do grau de aceitação e adesão ao prescrito,

⁵⁹ Para detalhamento de cada uma das linhas e de seus principais autores cf., especialmente, BALDWIN, LODGE & CAVE (2010, 2012); LODGE & WEGRICH (2012); MORGAN & YEUNG (2007).

⁶⁰ Pense-se, por exemplo, na diferença entre os métodos de regulação via publicização e difusão de informações e as táticas sancionatórias.

⁶¹ Os três elementos — *standard setting*, *information gathering* e *enforcement* — são replicados tanto por Lodge e Wegrich (2012) quanto por Morgan e Yeung (2007),

⁶² Ainda seria possível, sob outras abordagens, dar autonomia a outros elementos fundamentais ao modelo, como desenhos institucionais ou mecanismos participativos.

dentre outros elementos. Contudo, como apontam Lodge e Wegrich (2012), ele pode ser visto como o diretor da ação.

Estabelecida tal centralidade, vale uma ressalva relevante. É que, em que pese não seja essa uma idéia cara ao mundo jurídico, a regulação não depende necessariamente de instrumentos jurídico-legislativos. Há abordagens regulatórias que, ao fim e ao cabo, independem de alterações legislativas.⁶³ É possível regular e, dentre outras estratégias, intervir no modo de produção de bens e serviços, sem necessariamente se utilizar o instrumento legislativo, em especial sob a característica padrão de comando e controle.

Ainda assim, importa perceber que boa parte das intervenções se baseia, essencialmente, em propostas normativas — seja mediante leis em sentido estrito, seja mediante legislação secundária. Como citado, assume-se o fato de que o Estado Regulador, ao abandonar boa parte da característica de prestação direta, não apenas adquire novas roupagens em suas atividades, mas fundamentalmente passa a atuar mediante a instrumentalização de elementos legais.

3.4. Estratégias Regulatórias e Instrumentos Normativos: para além do comando e controle

O foco no *standard setting* traz consigo, de maneira inerente, debates sobre precisão, clareza, transparência, visibilidade, simplicidade e acessibilidade das regras. A discussão jurídica é comumente vista à luz da chamada ciência da legislação ou legística, que se volta primordialmente às técnicas de elaboração legislativa, especialmente sob a ótica formal (*drafting*). Todavia, o debate mais profícuo sobre a prática contemporânea dá-se sob outro olhar. Seu cerne está especialmente no *como fazer*, na chamada *mecânica regulatória*, a ser exposta adiante. Há uma gama de alternativas, uma caixa de ferramentas

⁶³ A definição da estrutura de um formulário *on line*, mais ou menos simplificada e amigável ao usuário, independe de definição legal e impacta fortemente o volume de adesão a determinada medida, por exemplo. Mas se note que mesmo as alternativas regulatórias não diretamente inseridas via instrumento legislativo dependem, claro, de arranjos legais que dêem competência legal aos decisores.

legislativo-regulatórias à disposição do decisor, a ser usada frente ao desafio prático que se apresenta. Ela precisa ser compreendida, explorada e bem utilizada.⁶⁴

Tradicionalmente, a resposta legislativo-regulatória padrão baseia-se na figura mais familiar ao direito: o chamado comando e controle. Comportamentos são induzidos mediante a proibição de determinadas condutas, reforçadas pelo estabelecimento de sanções, frequentemente penais. Todavia, a abordagem clássica padece de uma série de dificuldades e inconvenientes.

A título de exemplo, soluções de comando e controle são frequentemente acusadas de legalismo excessivo, de regulação frágil (*under-regulation*) ou exagerada (*over-regulation*). Suas regras seriam pouco flexíveis, não haveria incentivo à inovação ou ao cumprimento superior ao patamar mínimo, e seu *enforcement* seria bastante difícil e custoso. Há ainda os recorrentes casos de “cumprimento criativo”, em que, mediante a adoção de caminhos paralelos, comportamentos escapam dos objetivos normativos.⁶⁵ Assim, estudos nas áreas do direito, da administração pública e da regulação desenvolveram inúmeras abordagens alternativas, com diferentes pesos e papéis atribuídos ao ato normativo, cujo emprego pode ser avaliado frente a um mesmo problema.

Não se afirma que tais abordagens não existiam ou não eram utilizadas previamente, em que pese algumas sejam, de fato, inovadoras. Explicita-se apenas que, ao menos ao longo dos últimos quarenta anos, o modelo de resposta legislativa padrão cedeu espaço, de forma crescente, a novas opções.⁶⁶ O avanço foi muito efetivo sob o ponto de vista retórico, mas também pôde ser observado, embora com menor dominância, na prática legislativa (MORGAN & YEUNG 2007, p. 85). Todas elas possuem boas prescrições, bem como problemas intrínsecos. Sua escolha depende fundamentalmente do problema em causa, dos elementos empíricos que envolvem a tomada de decisão e dos recursos disponíveis.

⁶⁴ “As the toolbox metaphor implies, much of this literature assumes that questions concerning how to regulate are technocratic ones, driven by the quest to find effective solutions to problems. But one’s choice of instrument has inescapable political dimensions (...)” (MORGAN & YEUNG 2007, p. 9).

⁶⁵ Cf. especialmente BALDWIN, LODGE & CAVE (2012, cap. VI); LODGE & WEGRICH (2012, cap. VI).

⁶⁶ Para alternativas regulatórias, cf. BALDWIN, LODGE & CAVE (2010, 2012); CARRIGAN & COGLIANESE (2011); LODGE & WEGRICH (2012); e, especialmente, MORGAN & YEUNG (2007). Para *nudges* e *choice architecture*, cf. THALER & SUNSTEIN (2008), SUNSTEIN (2013). Vale lembrar que o Estado também pode atuar diretamente, prestando determinado serviço ou atividade.

Tendo em foco apenas exemplos de alternativas em que o Estado participa ativamente na proposta de solução,⁶⁷ viu-se que um problema que carece de solução pública pode ser resolvido com base na tradicional figura do comando e controle: proibem-se e sancionam-se comportamentos indesejados (1). Todavia, é possível utilizar incentivos econômico-financeiros: aumentam-se taxas ou criam-se custos frente ao comportamento indesejado, subsidiam-se ações desejáveis, oferecem-se bônus ou ganhos financeiros a comportamentos adequados (2).

Outra opção é atuar no mercado em que o problema foi detectado: mediante regras de concorrência, o surgimento de novos atores é incentivado, supostamente com menor grau de intromissão nas decisões internas dos agentes econômicos (3). Ainda, sob outra lógica, o regulador pode controlar a entrada e a prestação de determinada atividade, mediante, por exemplo, a concessão de licenças e autorizações (4).

Também é possível realocar direitos e responsabilidades, alterando o balanço original de forma a potencializar a responsabilização de atores frente a condutas indesejadas (5). Abordagem adicional baseia-se em uma ação negocial-contratualista, de fundo cooperativo, em que Estado e ator privado acordam entre si, em regra voluntariamente, determinados limites de conduta, definem níveis básicos de performance ou padrões técnicos mínimos (6).

Existem também alternativas mais recentes. É possível atacar o problema, por exemplo, mediante o uso e a disponibilização transparente de informações: induz-se a apresentação e a disponibilização informações relevantes, utiliza-se o chamado *naming and shaming* (publicizam-se informações sobre ações inadequadas), incrementa-se o nível de educação e conhecimento de usuários mediante campanhas públicas, premia-se publicamente agentes que mais se adequaram aos padrões estabelecidos (7).

Finalmente, é possível criar mecanismos de indução comportamental mais leves, em que a liberdade de escolha e de atuação dos atores não é suprimida, mas sim induzida a determinada opção: trata-se do uso dos chamados *nudges*, os “cutucões comportamentais” que serão detalhados no capítulo III (8). Pode-se, ainda, optar por códigos ou desenhos

⁶⁷ Deixa-se de lado, por recorte metodológico, alternativas teoricamente viáveis como as de auto-regulação, da utilização de terceiros na relação regulatória, de co-regulação ou mesmo de total desregulação, que partem da premissa de que as falhas de regulação são maiores e mais danosas do que as falhas de mercado propriamente ditas.

arquitetônicos, tanto legais quanto reais, que dificultem ou inviabilizem comportamentos malquistos (9).⁶⁸

Como adiantado, todas as estratégias ou regimes acima citados possuem pontos positivos e negativos. O rol de benefícios e senões em cada uma delas é bastante extenso, e sua descrição completa escapa aos objetivos desta tese. Apenas a título de exemplo, veja-se que abordagens que envolvem incentivos financeiros — aceitas como mais flexíveis, de maior liberdade gerencial e, como regra, mais baratas — são acusadas de criarem dependência, de retirarem o símbolo de reprovação de condutas indesejadas (perda do peso normativo do direito), de produzirem efeitos muito variáveis e de potencialmente gerarem problemas distributivos (em especial sob a modalidade subsídios). De outro lado, propostas de uso público e transparente de informações com fins regulatórios, como *rankings* ou premiações baseadas na percepção do usuário, podem ser facilmente manipuladas, pressupõem cidadãos plenamente informados e racionais, e chocam-se com a exigência de confidencialidade de determinadas informações negociais; ademais, parecem não ser aplicáveis a situações em que há riscos graves envolvidos.⁶⁹ Listas similares podem ser elaboradas para todas as alternativas expostas.

Importa ainda perceber que o debate atual está centrado não apenas na seleção ou na escolha da melhor alternativa regulatória. Abordagens recentes põem em causa, fundamentalmente, limites e possibilidades de combinar métodos, ou de utilizá-los de forma gradativa. Gunningham e Grabosky (1998), que cunharam a idéia de *smart regulation*, ou Aires e Braithwaite (1992), que desenvolveram a idéia de regulação responsiva (com forte apelo à participação de atores privados), por exemplo, apostam em inícios mais leves e *a priori* menos intrusivos, com crescente escalada em prol de ações mais severas e sancionatórias.

Tudo considerado, duas percepções são relevantes. Primeiro, a idéia de que a escolha do melhor instrumento e da melhor estratégia legislativo-regulatória se baseia em

⁶⁸ É o caso simplório de catracas, de bilhetes eletrônicos ou da disposição de alimentos na gôndola, sob o ponto de vista físico, bem como o da definição da ordem de elementos de um formulário obrigatório ou de uma regra padrão relacionada a um seguro-saúde, à aposentadoria ou à doação de órgãos.

⁶⁹ Para extenso rol de benefícios e críticas cf. em especial, BALDWIN, LODGE & CAVE (2012, cap. VI). Também LODGE & WEGRICH (2012), que oferecem bom resumo de sua posição: “*In short, the attempts to perform as smart regulation through the intelligent combination of different alternatives to regulation needs to consider the inherent limitations of any of the approaches (such as side effects through adjusting behavior to regulatory strategy, and administrative costs to operate the specific regulatory regime), and it needs to consider the likelihood of special interest perverting the intentions of the initial regime.*” (2012, p. 119).

diversos elementos. Considera a capacidade de agregar informações, os custos de *enforcement*, o nível esperado de *compliance*, a estrutura institucional existente e a ser criada, bem como os riscos envolvidos. Depende também de objetivos previamente definidos que, a depender da teoria que dê lastro à atuação estatal, podem atacar problemas de eficiência alocativa ou atender a outras demandas de cunho participativo, distributivo ou de justiça social. A seleção da melhor estratégia também depende, como se desenvolverá, de circunstâncias políticas, econômicas, institucionais e culturais específicas de cada localidade, dos estilos legislativo-regulatórios específicos, ainda que exista atualmente forte difusão e aproximação entre instrumentos e regimes.⁷⁰ Há aqui, em suma, elementos relativos à eficácia e à efetividade da ação pública.⁷¹

Em segundo lugar, note-se ser usual a utilização de ferramentas legislativas, em que pese a existência de inúmeras alternativas não-legislativas. Elas são, via de regra, instrumentalizadas e funcionalizadas à luz de metas almejadas. Os atos normativos aqui empregados frequentemente veiculam decisões regulatórias, sob diversas estratégias interventivas, além de estruturar políticas públicas avaliadas pelos seus resultados. Destaca-se, pois, sua característica finalístico-instrumental.

4. Legislação e Políticas Públicas

O discurso regulatório dominante mostra que a alteração funcional do ato normativo e a conseqüente mutação de suas facetas definidoras são bem aceitas pela doutrina. As mudanças relativas ao desenho estatal e ao seu funcionamento auxiliam, em boa medida, a compreender essa alteração. Todavia, há uma segunda matriz de motivos e fundamentos, não-mutuamente excludente, que também contribuiu — e ainda contribui — para tal. Trata-se do debate relativo à estruturação de políticas públicas, o qual, aliás, vale-

⁷⁰ Para estilos regulatórios nacionais, cf. especialmente VOGEL (1986). Aceitando o alto grau de variação, adotando ao menos parcialmente a idéia, cf. DE FRANCESCO, RADAELLI & TROEGER (2012); RADAELLI (2005, 2009a, 2010); VARONE, JACOB & DE WINTER (2005). Para críticas, cf. WIENER (2013). O tema será desenvolvido adiante.

⁷¹ Morgan e Yeung separam questões de eficácia e questões de legitimidade que, por recorte metodológico, não ocupam o centro desta tese (2007, p. 113 e ss). Note-se que não se deve confundir o debate sobre a eficácia ou a eficiência da ação pública em si com a leitura economicista que apenas considera a eficiência alocativa de recursos como objetivo válido para as *policies*. Está-se em planos distintos e não há identidade.

se de linguagem conceitual mais usual na literatura brasileira. Ela está intimamente relacionada com a alteração do modelo do Estado, mas será abordada de maneira autônoma de modo a facilitar o entendimento.⁷²

4.1. Ato Normativo e Políticas Públicas

Já se viu que a sugestão de ciclo de vida do ato normativo aproxima-se da de ciclo de vida das políticas públicas. Contudo, defende-se que a formulação do ato normativo — em verdade, todo o seu ciclo — pode integrar o circuito das *policies*. O uso da legislação como estratégia conformativa de roupagens institucionais para *policies* pela Administração Pública acentua sua característica finalístico-instrumental, sua compreensão enquanto elemento cíclico e avaliável, bem como sua legitimação por resultados.⁷³ Importa compreender com mais precisão os meandros dessa relação.

A transformação do modelo de governança e de atuação estatal também pode ser expressada pela figura do *government by policies*. Em acepção similar àquela que marca o crescimento da atividade regulatória, tem-se a idéia de que o governo passa a atuar mediante programas de ação com vistas a determinadas finalidades, sujeitos a adaptações conjunturais, e não mais com base em uma ordem objetiva, estática, que ordena negativamente, prescrevendo o proibido (COMPARATO 1997).

O impacto que as políticas públicas acarretaram nos debates jurídicos é deveras reconhecido, sejam quais forem os conceitos de *policy* adotados.⁷⁴ Zamboni (2007) defende, porém, que a visão dos juristas a respeito das *policies* ainda difere da visão da ciência política ou do campo da ciência da administração. Em regra, a questão ainda é

⁷² Em verdade, tal linha explicativa pode ser vista como concorrente ou, a depender da linha teórica, como efetivamente sobreposta ao debate anterior.

⁷³ Para diferenças entre Estado, governo e administração pública, BUCCI (2013, p. 48 e ss.).

⁷⁴ Como mostra Souza: "Não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Daye (1984) sintetiza a definição de política pública como 'o que o governo escolhe fazer ou não fazer'. A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz." (2006, p. 24)

colocada pelos juristas como externa ao direito, como própria da arena política, sendo inadequada qualquer percepção jurídico-normativa.⁷⁵

Não obstante, em períodos mais recentes é possível constatar uma progressiva mudança de postura.⁷⁶ Embora existam relevantes pontos de divergência entre os estudiosos, o fortalecimento da percepção de que a intervenção estatal organizada pode ser instrumentalizada pelo direito é inequívoco, atribuindo-se ao ato normativo posição de destaque.

Coutinho (2013a, 2013b) apresenta distintas funções do direito nessa relação. Enxerga-o ao menos sob quatro lentes: (i) como objetivo — dá caráter cogente às finalidades e situa a decisão política no ordenamento —; (ii) como ferramenta — apresenta meios para a consecução das finalidades —; (iii) como arranjo institucional — estrutura os desenhos institucionais que permitem a execução da política —; e, finalmente, (iv) como

⁷⁵ Cf. ZAMBONI (2007, p. 100 e ss.) e, no mesmo sentido, BUCCI (2013). Em seu debate sobre *policy of law*, conceituada como “*a kind of consequential moment of conversion, constituted by actions and standards, fitting between the values to be implemented (politics) and the tools to be used for this purpose (law)*” (p. 128)”, Zamboni defende que a relação entre direito e política é colocada pelas teorias jurídicas ao longo de um contínuo que parte de uma identificação total (*law as politics*) e se estende até uma separação total (*law and politics*). Detecta três grandes modelos teóricos de observância desta relação: o *autonomous model* (positivismo, jurisprudência analítica), o *embedded model* (*critical legal studies, law and economics*) e o *intersecting model* (composto essencialmente pelos realistas, tanto americanos quanto escandinavos), no meio do caminho. Alega que, em regra, os três modelos não prestam a atenção devida ao *transformational moment*, ao momento efetivo em que a política transforma-se em direito, “*the moment at which the values produced inside the political arena are transformed into legal categories and concepts*” (2007, p. 61). “*For the theories covered by the autonomous model, the moment where values become law is important because it clearly marks where politics ends and law begins. However, it is not considered as belonging to the proper domain of legal inquiries. Just the opposite, for scholars embracing the embedded model, law per se is so permeated by political concepts and categories that it is almost futile to tackle the issue of where and how in the lawmaking process the value-world becomes the world of legal concepts. Among the contemporary theories, legal realism has probably paid the most attention to the transformational moment, making its investigation one of the cornerstones of the legal realist inquiries. However, the illumination of the grey box by legal realists has been done mainly from sociological and psycho-linguistic perspectives, therefore leaving one fundamental face of the box unexplored, namely the normative one*”. (2007, p. 90). Embora de forte potencial explicativo e com diagnóstico consistente, apontando um excelente campo para pesquisas futuras, não há alinhamento com algumas das conclusões apresentadas pelo autor. O apelo aos contornos jurídico-normativos parece fazer com que o conceito perca, ao final, boa parte de sua autoridade operativa. As próprias “*questões a serem respondidas*” (2007, p. 206)”, trazidas em tópico de fechamento, parecem ansiar pelo retorno à linha interdisciplinar que marca a primeira parte da obra. Para espectro de visões teóricas ainda na relação entre direito e política cf, por todos, C. NEVES (1995a).

⁷⁶ Para referências a precursores, cf. ATIENZA (1989); Van AEKEN (2005 2009); ZAMBONI (2007). Para instrumento legislativo e políticas públicas em nível europeu, cf, dentre outros, HOPPE (2009); RADAELLI & MEUWESE (2009); Van AEKEN (2009); VOERMANS (2009). Para evolução da doutrina a respeito no Brasil, cf. BUCCI (2002, 2006, 2008, 2013); COUTINHO (2013a); HABER (2011); SALINAS (2008, 2012); SPECIE (2015, p. 81 e ss.).

vocalização de demandas — cria condições de participação democrática ao longo de seu ciclo.⁷⁷

A explicação sobre o uso crescente da ferramenta legislativa para ações estatais em formato de política pública também aparece sob outras roupagens. Alguns defendem o que pode ser qualificado, por exemplo, como *uso tático* do direito. Ter-se-ia uma estratégia de atribuição de caráter permanente a um determinado padrão de ação sócio-governamental.⁷⁸ Na linha de um dos eixos propostos por Coutinho, o instrumento normativo também serviria para dar corpo estável a novos arranjos jurídico-institucionais, bem como para cristalizar os objetivos técnico-políticos pré-definidos.⁷⁹

Para os fins dessa tese, crê-se que as funcionalidades apresentadas por Coutinho podem ser concebidas como pertinentes, se não ao direito como um todo, ao menos ao próprio instrumento normativo. A previsão normativa traz, em suma, o *marco geral de ação da política*. Para além da eventual explicitação de seus objetivos, ela discrimina tarefas e competências, ritos decisórios, formas de participação e de controle, bem como alternativas de ação e condutas dos agentes, públicos ou privados.⁸⁰

Finalmente, importa dizer que a aproximação do ato normativo com a política pública que ela conforma não é de aceitação trivial. Ela levanta novas e importantes questões, que merecem agenda própria de estudo. A mais forte delas reside na eventual sobreposição entre a avaliação legislativa e a avaliação da *policy* propriamente dita. Embora central ao trabalho governamental que se pretende eficiente, tal dicotomia é raramente observada pela doutrina, mesmo a mais especializada.⁸¹ O tema será abordado em capítulos seguintes.

4.2. Ato Normativo e Administração Pública Gerencial

⁷⁷ Na evolução de seu esquema teórico-explicativo, o autor parece partir de uma abordagem em que se atribuía ao direito três papéis (2010) para um desenho funcional quadripartite, ao menos a partir de 2012, agregando à explanação o elemento democrático-participativo (2012, 2013a, 2013b).

⁷⁸ Cf. DERANI (2004); HABER (2011); MASSA-ARZABE (2006).

⁷⁹ Cf. BUCCI (2002, 2006, 2008, 2013); COUTINHO (2010, 2013a, 2013b); SALINAS (2008, 2012, 2013).

⁸⁰ Cf. BUCCI (2013, p. 238); COUTINHO (2010, 2012, 2013a, 2013b).

⁸¹ Para autores que excepcionalmente detectam o problema, cf. HOPPE (2009); KARPEN (2003), Van AEKEN (2009). É possível detectar algo similar já em GRIFFITHS (1979, p. 356).

Sob a ótica dos debates relativos aos novos desenhos da Administração Pública, aponte-se brevemente a concomitância da visão acentuadamente finalística do ato normativo, em especial enquanto estruturador de *policies*, com os imperativos da chamada administração gerencial. Importante eixo de debate da gestão pública nas últimas décadas reside, exatamente, em uma boa transição do modelo burocrático para o modelo gerencial, marcado por um menor controle sobre processos rígidos e um maior foco em seus efeitos, que legitimam a ação política.

O discurso da gestão administrativa pós-burocrática, de base mais flexível, é marcado pela defesa da descentralização, da desconcentração, bem como pela tentativa de incremento da *accountability* e da responsabilização *a posteriori* dos agentes públicos. Sua base legitimatória repousa no controle pelos resultados, na percepção do cidadão enquanto cliente e, essencialmente, na eficiência.⁸²

O debate brasileiro teve como um de seus principais artífices Bresser-Pereira (1996a, 1996b, 2001), protagonista das propostas relativas à reforma do Estado em nível federal a partir de 1995. No debate internacional, que lhe serviu de base, tal transição foi marcada especialmente pelo protagonismo do chamado *New Public Management* - NPM, embora não exista clareza em relação às balizas precisas que demarcam o movimento de matriz inglesa.⁸³ O NPM apostou em uma explícita mudança de foco. Atacou o antigo parâmetro burocrático de controle procedimental e prescreveu ferramentas de controle por desempenho e resultados (*a posteriori*), fugindo da imobilização causada por arranjos burocráticos estanques e tendo como obsessão a eficiência e a efetividade.

Ainda que alguns laços da relação entre NPM e políticas de qualidade legislativo-regulatória não sejam exatos, a relação entre seus objetivos parece clara. É inequívoco que o aperfeiçoamento gerencial com vistas a melhores resultados, vendido como um dos

⁸² Seriam ainda chaves desse processo o regaste da credibilidade das *policies* e a independência gerencial frente aos ciclos políticos (SOUZA 2006, p. 34 e ss.).

⁸³ Para dificuldades de conceituação, evolução e críticas, cf. HOOD & PETERS (2004).

pilares do NPM, engloba as políticas voltadas à melhoria da qualidade normativa, dividindo com elas o pressuposto finalístico-instrumental da norma.⁸⁴

4.3. O Elemento Jurídico como Inerente a Todo o Ciclo de Políticas Públicas

Em pequeno parênteses, destaque-se, que enquanto alguns autores sugerem que a legislação entra em cena no ciclo das políticas públicas em momentos específicos, notadamente entre a fase de decisão de adoção de uma política e sua implementação (SALINAS 2012, p. 23 e ss.; 2013, p. 130 e ss.), defende-se aqui que essa relação deve ser vista como mais intensa e permanente. Embora a formulação do ato normativo ocorra, geralmente, nesse momento, o ferramental jurídico e a tecnologia que envolve a análise de alternativas e a proposição de ajustes legislativos influenciam o ciclo completo, sem exceções.

Desde a percepção do problema (que pode derivar de uma questão de interpretação legal e de seus impactos sócio-econômicos), passando pela construção do novo ato (em que a técnica legislativa se faz presente), ou ainda nas etapas avaliativas (em que questões acerca de efeitos jurídico-processuais podem surgir), o elemento jurídico-legislativo permeia o ciclo completo das *policies*.⁸⁵

Não se trata de defender uma relação necessária ou obrigatória entre *policy* e legislação. Muito menos se defende que o jurista deva ampliar sua centralidade nesse processo (embora, como se verá, o usual descolamento entre operadores do direito e gestores públicos traz efeitos deletérios à elaboração político-normativa). Trata-se apenas de adiantar que, uma vez feita a opção por estratégia que se valha de suporte legislativo, o debate jurídico permeará de modo perene o ciclo de vida da política.

⁸⁴ Como apresentam Radaelli e Meuwese, ao debaterem a relação entre o NPM e a política conhecida como *Better Regulation*, a ser debatida no capítulo III: "*To show that ideas from NPM are similar to those we find in better regulation policies and discourse does not mean that one paradigm has shaped the other – as already mentioned, both the economic policy orientation and the governance ambition of better regulation are quite unique. But it suggests that the two fields have communicated – via ideational transfer processes, or simply via catalysts such as communities of consultants and international organizations.*" (2009, p. 646-647). Os autores questionam os motivos do NPM ter investido na avaliação *ex post*, enquanto o *Better Regulation*, ao menos em seus passos iniciais, tenha colocado ênfase na avaliação *ex ante*.

⁸⁵ No mesmo sentido Coutinho: "*o direito permeia intensamente as políticas públicas em todas as suas fases ou ciclos: na identificação do problema (que pode ser ele próprio um gargalo jurídico), na definição da agenda para enfrentá-lo, na concepção de propostas, na implementação das ações e na análise e avaliação dos programas*" (2013a, p. 18).

4.4. O Legalismo Enquanto Elemento Persistente no Debate Brasileiro sobre Políticas Públicas

Um último ponto merece destaque. Importa notar que a redução das políticas públicas a instrumentos normativos formalizados também é pressionada pela elevada e resistente exigência de observância de padrões de legalidade, especialmente sob a lupa do direito administrativo brasileiro. Para além da centralidade atribuída ao ato normativo na instituição de *policies*, existe uma defesa persistente de sua obrigatoriedade.⁸⁶ Como alerta Sundfeld (2014a, cap. IX), ainda há pensadores convencidos de que a vinculação estrita ao Parlamento é o que de fato asseguraria a completa submissão da Administração Pública ao direito.

Não se nega, de forma alguma, o respeito à legalidade administrativa que rege a atuação estatal. Contudo, há que se ter cuidado para não se estabelecer como obrigatória e necessária a exigência de leis específicas e em sentido estrito para cada política pública em espécie. Essa obrigatoriedade subsiste em algumas abordagens, que desconfiam da atuação dos administradores e que não parecem completamente adequadas.⁸⁷

Assim como a regulação deixa em aberto o uso de diversos instrumentos em suas estratégias, tanto legislativos quanto não-legislativos, algo similar ocorre no campo das políticas públicas. No que tange à instauração e à implementação de *policies*, o ato normativo é uma dentre inúmeras outras possibilidades de composição da ação governamental, a ser conjugado com diferentes expedientes. A política pública “*não se limita a leis e regras*” (SOUZA 2006, p. 36), não se reduz a previsões normativas. Existem situações em que a lei, como ferramenta à disposição do administrador, simplesmente não se coloca como estratégia de ação mais adequada.

⁸⁶ Cf. BUCCI (2013); DERANI (2004); RUBIN (1989); SALINAS (2012, 2013); em certa medida, ao defender a “*densificação da legislação superior*”, SOARES (2007).

⁸⁷ O debate remete, em certa medida, ao clássico problema trazido pela abordagem liberal-tradicional de separação de poderes, que propõe fortes limites ao papel do regulamento e ao poder regulamentar. Rocha (2002, 2004, 2015) mostra que a delegação legislativa, embora de uso corrente e elemento central da modernização do capitalismo brasileiro, foi e continua sendo formalmente negada por grande parte da doutrina administrativista. Para delegação enquanto exceção no Brasil, cf. SUNDFELD (2014a, cap. IX).

Depois, como mostra pesquisa empírica coordenada por Lois *et alli* (2009), a leitura legalista exacerbada parece descolada da realidade administrativa. Algumas políticas públicas brasileiras importantes não estão lastreadas em lei específica em sentido estrito. Foram criadas ou ajustadas, por exemplo, por decretos autônomos, ou mesmo por outros atos infra-legais. Embora com viés crítico acerca da terminologia utilizada e da eventual fragilidade jurídica daqui decorrente, a pesquisa detectou dezenas de decretos que estruturaram, estabeleceram ou ajustaram políticas, programas ou ações governamentais.⁸⁸ São exemplos o Programa Territórios da Cidadania, o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização - GESPUBLICA e o Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte - PPCAAM.⁸⁹

Em verdade, por muitas vezes políticas públicas sofrem ajustes incrementais, de grande impacto em seu curso e resultado, sem recorrer a alterações legais. Annenberg (2014), por exemplo, destaca como o Programa Bolsa Família brasileiro foi transformado ao longo do tempo, em dinâmica marcadamente experimental, fortemente pautada por um vetor *bottom-up*, sem ajustes em seu marco legal primário.⁹⁰ Há também ações e atividades governamentais, enquadráveis em conceitos amplos de *policy*, cuja implementação está respaldada apenas em previsões guarda-chuva da legislação. Valem-se da base normativa

⁸⁸ A pesquisa conduzida por LOIS *et alli* entre 2001 e 2008 mostra ao menos 46 decretos nesse sentido, em que pese a ressalva dos autores sobre a adequação de seu uso em várias das situações detectadas (2009, p. 48 e ss.). Está pendente de decisão no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4032, que questiona a constitucionalidade do Programa Territórios da Cidadania, até então criado por decreto. O Ministério Público Federal opinou pela improcedência da ação.

⁸⁹ O Programa Territórios da Cidadania, criado por Decreto não numerado de 25 de fevereiro de 2008, tem como objetivos promover o desenvolvimento econômico e universalizar programas básicos de cidadania por meio de uma estratégia de desenvolvimento territorial sustentável. O Programa GESPUBLICA, criado pelo Decreto 5.378 de 23 de fevereiro de 2005, tem a finalidade de contribuir para a melhoria da qualidade dos serviços públicos prestados aos cidadãos e para o aumento da competitividade do país. Finalmente, o PPCAAM, criado pelo Decreto 6.231, de 11 de outubro de 2007, almeja proteger crianças e adolescentes expostos a grave ameaça em todo o território nacional.

⁹⁰ O Programa Bolsa Família - PBF é, resumidamente, um programa de transferência de renda condicionada que beneficia famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza em todo o país, criado em 2003. Possui três eixos principais: (i) transferência de renda para alívio imediato da pobreza; (ii) condicionalidades, que almejam reforçar o acesso a direitos sociais básicos nas áreas de educação, saúde e assistência social; (iii) ações e programas complementares, que objetivam desenvolver as famílias em outras frentes, de modo que os beneficiários consigam superar a situação de vulnerabilidade. Para outras informações institucionais, cf. <<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia>>. Acesso: 28.05.2015. Ao apresentar a mesma política sob perspectiva jurídica, D. Coutinho salienta o vasto número de atos normativos, de diferentes características, que dão base ao programa, especialmente sob seu aspecto interno: “*a rough and merely quantitative estimate made from the MDS website shows that it is directly regulated by dozens of norms, not to mention those indirectly affecting it. These norms are of different origins and hierarchies and have diverse characteristics in terms of degrees of specificity/generality, intra/inter-sectorality, flexibility/rigidity, punitive/reward features*” (2013b, p. 8). Para desenho de avaliação do programa, cf. PAES-SOUZA (2006); VAITSMAN, RODRIGUES e PAES-SOUZA (2007). Para explicação do PBF para a audiência internacional cf., por exemplo, WIESEBRON (2014).

prévia que atribui competência a órgãos e entidades, que lhes fornece limites orçamentários, ou mesmo que lhes delega poderes administrativos mais amplos.

Não há dúvidas de que, em abstrato, a questão se insere em um debate mais sofisticado, relativo ao grau de autonomia ou de controle da atuação da Administração e de sua burocracia. Modelos de previsão legislativa mais abertos e fluídos, que garantem maior liberdade criativa aos administradores, convivem com desenhos em que há um enorme e minucioso detalhamento de fluxos e de atribuições governamentais — seja sob o ponto de vista substantivo (*o quê e como* decidir), seja sob o ponto de vista processual (*se e quando* agir). O padrão detalhado é bastante perceptível, por exemplo, na relação entre Congresso e burocracia nos Estados Unidos da América, fruto das estratégias de controle político ou de performance governamental.⁹¹

Não obstante, parece existir nos desenhos contemporâneos certa margem de atuação estatal que deve ser aceita, desde que plenamente respeitada a legalidade em sentido amplo (competência, legislação orçamentária etc), sob pena de completo engessamento do aparato estatal. É dizer: atuar dentro do campo da legalidade não equivale a atuar necessariamente pelo e apenas sob o instrumento normativo da lei específica em sentido estrito, em que pese isso seja frequente.⁹² Trata-se de uma questão mais afeta ao grau de institucionalização da política do que, propriamente, à sua legitimidade jurídica.

Como admite Sundfeld (2014a, cap. IX), a figura do administrador como braço mecânico do legislador, tolhido em seu potencial criador, não condiz com o Estado complexo contemporâneo — desde que existam, claro, controles suficientes para tal atuação.⁹³ Nem se deve admitir, conseqüentemente, que dele se exija apenas e tão-somente

⁹¹ A preocupação com os limites da delegação ou da atribuição de competências, é bom que se diga, não é central nos debates legislativos brasileiros. Cf., por todos, SALINAS (2012, em especial p. 52 e ss. e p. 108 e ss.) e ROCHA (2004, 2015). Ainda sobre o tema do controle da burocracia pelo procedimento, em âmbito europeu, cf. DAMONTE, DUNLOP & RADAELLI (2014); RADAELLI & MEUWESE (2010).

⁹² Apesar das referências gerais às exigências de legalidade, Bucci parece concordar com a ressalva quando aponta: "*Considerando o princípio da legalidade administrativa, todo programa de ação governamental se estrutura sobre uma base legal. Ainda que a fonte de habilitação não seja imediatamente a lei — muitas vezes é norma de hierarquia inferior, decreto, portaria, resolução ou até mesmo disposição da legislação orçamentária [...] - tais normas, evidentemente, deverão estar fundadas em disposição legal*". (2013, p. 248-249). Também o faz Salinas (2012, 2013), ao perceber que a importação da doutrina da reserva legal descolada de seu fundamento político-filosófico pode ser contraproducente, em nada auxiliando a articulação entre legisladores e administradores — nem sob o aspecto do controle, nem sob o aspecto da formulação.

⁹³ Segundo o autor, a "sacralização da lei" e a desconfiança do direito frente aos administradores públicos, que se vale de uma visão monista de que à Administração cabe apenas executar leis, configurariam uma orientação preconceituosa e elitista. (2014a, p. 240 e ss.).

a atuação mediante o emprego do instrumento legal. Seja como for, o peso do legalismo no Brasil ainda faz com que as políticas públicas estejam fortemente vinculadas ao seu substrato jurídico. Isso acentua ainda mais sua característica finalístico-instrumental.

5. A Perspectiva da Teoria do Direito

A emergência do Estado Regulador e a ampliação da ação governamental mediante o uso das políticas públicas ajudam a explicar a mudança funcional e de características pela qual passou parte da legislação contemporânea. Todavia, vale mostrar que tais alterações também foram compreendidas por teóricos do direito, ainda que em brevíssimas linhas e sem pretensão de esgotar o debate.

Ainda que sob fortes críticas, mudanças na estrutura e na função dos atos normativos foram detectadas, bem como uma gradual alteração em seu fundamento de legitimidade. Às abordagens não-instrumentais ou não-funcionalizadas somam-se, de forma crescente, abordagens tecnológicas e pragmáticas, que compreendem o direito — em verdade o instrumento normativo — enquanto ferramenta, como um meio a atingir fins. Sob essa perspectiva, como apontam Tamanaha (2008) e Coutinho (2013a), entender o que o direito atualmente é passaria por entender o que ele faz.⁹⁴

5.1. Da Legitimidade Pressuposta ao Uso Instrumental

O foco majoritário da doutrina jurídica esteve historicamente voltado aos processos de decisão e de interpretação, e não ao processo de criação da norma (RUBIN 1989; WALDRON 1999). A argumentação jurídico-decisória, os princípios que regem a interpretação do direito, ou mesmo o raciocínio lógico-subsumtivo, voltado à aplicação,

⁹⁴ "Law today, however, is utilized in consummately instrumental terms: law is a means to achieve ends. Law is a multifunctional tool. A great deal of law is occupied with establishing the government and directing its activities, and with the pursuit of individual or group objectives. State law still engages in social ordering activities, to be sure, but it also does much more than that. What law is depends substantially upon what law does, so concepts based upon state law that fail to account for this are inadequate to the object they purport to capture. A concept that examines, and abstracts from, contemporary state legal forms, should devise a set of characteristics that matches the reality." (2008, p. 15).

deixaram a criação da lei em segundo plano, dada a diferença de racionalidades envolvidas.⁹⁵

Ademais, a força do desenho racional-sistêmico sustentado pelo positivismo restringiu o olhar jurídico, especialmente nos países de tradição romano-germânica, à ordem jurídica posta. A hipertrofia tecnicista da dogmática limitou a participação do jurista no processo criativo, destinado à seara da política.⁹⁶

Dessa forma, categorias jurídicas destinadas à construção de normas e arranjos institucionais são relativamente frágeis, bem como é permanente a associação do direito a um sistema coerente e fechado, em que não estão em causa os motivos do cumprimento da lei e os efeitos gerados, tanto no ensino quanto na prática jurídica.⁹⁷ O direito esteve, em boa parte das abordagens que lhe deram substrato, afastado das raízes de seu surgimento e dos fenômenos sociais que almeja influenciar.

Um bom número de autores aponta que tanto abordagens jusnaturalistas quanto abordagens positivo-legalistas não atribuíram centralidade ao debate sobre a criação da norma, seus objetivos e metas. A atenção dada às motivações ou às finalidades de determinado ato normativo durante a análise de sua construção era baixa, visto que irrelevantes ou de racionalidades e efeitos pressupostos.⁹⁸ A legitimidade da lei esteve recorrentemente subentendida. A norma foi fruto de dádiva superior, foi meramente descoberta e declarada, ou decorreu de ato de vontade do soberano. A legalidade, em essência, representava a legitimidade (presumida).

Com a emergência do direito positivo-legalista — de cunho marcadamente formal, baseado em um sistema jurídico fechado, coerente e sem lacunas, de racionalidade lógico-

⁹⁵ Cf. ATIENZA (1989, 1997, 2005); WINTGENS (2006, 2007). Em resumo proposto por Tuori: *"It is a well known fact that legal theory, as well as legal science in general, usually approaches the law from the perspective of the judge, and not from that of the legislator. Legal theory is interested in the decision-making and argumentation of the judge, not in the decision-making and argumentation of the legislator. The rationality of law has been the central issue for legal theory, but this rationality has most often almost spontaneously been equated with the rationality of the judge and her decisions."* (2002, p. 99).

⁹⁶ Cf, exemplificativamente, ATIENZA (1989, 1997, 2005); BARCELLONA (1983); ENGEL (2001); HABER (2011); PAULA (2010b); ZAMBONI (2007). Nos termos de M. Atienza: *"it could be said that the legal thinking of the last two centuries tended to consider laws as fixed data, which had to be used as a starting point, rather than as a product to which draft one had to contribute."* (2005, p. 299)

⁹⁷ Cf. BUCCI (2013, p. 245); COMPARATO (1997); FARIA (2008, p. 114); FERRAZ JR (2003, p. 48); UNGER (2005); ZAMBONI (2007).

⁹⁸ Novamente a evitar interpretações equivocadas, não se afirma que preocupações com resultados não existiam. Reconhece-se tão-somente que a temática não teve centralidade. Cf. ATIENZA (1989, 1997, 2005); CYRUL (2005, 2007); DIMOULIS (2006); FARIA (2008); HABER (2011); WINTGENS (2002a, 2002b, 2006, 2007); também TAMANAHA 2005, 2008, com especial ênfase no *common law*.

dedutiva —, a correção da norma manteve-se de certo modo pressuposta. As feições do direito positivo não eram constitutivas, mas sim declaratórias. O entendimento da lei como expressão de uma vontade geral não alterou o quadro: paradoxalmente, reforçou-se a pequena atenção dada ao legislador, dada uma pouco aclarada noção de soberania que afastava questionamentos jurídicos a esse respeito.⁹⁹ Mesmo com a laicização, a autoridade continuava repousando em um sujeito inatingível, anônimo, de onde provinha a lei.

Tal diagnóstico também está presente em abordagens vistas como heterodoxas. Na defesa teórica do que qualifica como *Legisprudência*, por exemplo, Wintgens (2002a, 2002b, 2006, 2007) parte de um debate acerca do conceito de liberdade para, então, analisar diferentes versões do legalismo (forte e fraco) e a conseqüente racionalidade presumida atribuída à legislação.¹⁰⁰ O autor também percebe similaridades na dinâmica de legitimação da lei entre abordagens jusnaturalistas (clássica, teológica ou moderna) e positivistas, dado que em ambas o antecedente da cadeia legitimatória estaria frequentemente indisponível.¹⁰¹

Não haveria espaço, em suma, para debates acerca de uma teoria da legislação, visto que as leis seriam meras representações da realidade: “*within a legalistic form of thinking, there is no need for a theory about rules, since the only thing that is to be taken into account are rules.*” (2002, p. 12). Ou ainda: “*Legalism mainly attempts to exclude any form of theorizing about legislation. Legislation is a matter of politics, and politics is a*

⁹⁹ “(...) *the legislator is not considered a legal actor, only a political actor. Legislation then is a matter of politics: In severing law from its political origin, law-making is not a matter of legal theory.*” (WINTGENS 2006, p. 5)

¹⁰⁰ A expressão *legisprudência* é frequentemente utilizada como sinônimo de ciência da legislação, ou mesmo de legística em sentido lato, como se vê em FLORES (2005); HABER (2011); MADER (2001); SALINAS (2008, 2012, 2013). Não obstante, a idéia expressa por WINTGENS, que a utilizou originalmente, possui cunho menos pragmático do que algumas abordagens a fazem parecer. Ao contrário: trata-se de perspectiva marcadamente jusfilosófica, que apela à necessidade de uma maior justificação decisória por parte do legislador. O termo foi primeiramente utilizado pelo autor em texto de 1992: “*La creation d’une banque de données em légisprudence*”.

¹⁰¹ Haveria a mera declaração de algo pré-concebido, ou uma decisão soberana obtida dentro de uma caixa preta inatingível, uma “*soberania em silêncio*” (2002b, p. 1-7).

matter of choice. Choices are disputable, so a theory that would take them to be the object of knowledge is condemned to failure from the very beginning" (2006, p. 5).¹⁰²

Não obstante, o apelo de tais linhas de pensamento sofreu relevante redução ao longo do século XX. Tal declínio derivou, dentre inúmeros outros aspectos, da laicização, do “desencantamento” e das dúvidas acerca da possibilidade de consenso sobre fundamentos morais unívocos ao direito. O ocaso (doutrinário) da visão positivista e a correspondente alteração do desenho jurídico-institucional estatal que o acompanhou também contribuíram para a mudança de percepção.

Alie-se a isso, ainda, importantes elementos trazidos em tópicos anteriores, aqui não desenvolvidos para evitar desnecessária repetição. Referem-se, basicamente, às exigências pragmáticas da emergência do Estado Providência e às reivindicações gerenciais do Estado Regulador das últimas décadas do século XX, aos efeitos da globalização e do avanço da abordagem técnico-científica, aos anseios por flexibilidade e celeridade decisória, assim como à cada vez mais presente vinculação entre ato normativo e política pública. Tem-se, pois, um potente conjunto de motivos que a ajuda a explicar essa alteração.

¹⁰² Em abordagem assumidamente hermenêutica, o autor desenvolve a idéia de que o foco da legisprudência reside no requerimento concreto de justificação racional da legislação, visto seu caráter de limitação externa à concepção de liberdade e a inexistência de presunção de racionalidade. Apresenta, para tanto, princípios subjacentes à atividade do legislador (2006). Em suas palavras, *"On freedom as principium, any external limitation of freedom must be justified. This amounts to a justification of the substitution of a conception about freedom for a conception of freedom. The duty of justification is what legisprudence is about. Legisprudence is defined as a rational theory of legislation. It consists of an elaboration of the idea of freedom as principium."* (2006, p. 10)

O autor faz questão de evitar confusão com o que qualifica de cientificismo político: *"a caveat must be inserted here. Any theory of legislation that pretends to establish scientific criteria for legislation would have a mistaken view of its own position in relation to the legal system, because it would miss the essential link with the system, namely the internal point of view of the actors. A legisprudential study of law is not, then, a substitution of the lawmaking activity of the legislator for the results of legisprudential scholarly activity, as Noll and Mader have rightly stressed. Such a form of political scientism relies on a misjudgment of the legitimation of politics that are found in the democratic organization of the state. Although political action has no ultimate rational foundation, as habermas rightly puts it, this is not a reason to transfer the legitimation of political action to a science of legislation. Such a scientification of politics (including legislative action) leads to a failure to appreciate the fact that a legal system in the praxis of creation of legal rules relies on a dynamics of its own."* (2002a, p. 28). Ainda, mobilizando conceitos de coerência e consistência com base em MacCormick: *"Legisprudence has both a theoretical and a practical aspect. The theoretical aspect involves questions on the concept of sovereignty, the relation between the legal system and social reality, both from a judicial and a legislative perspective [...]. This relation, as was argued, is based on a conception of coherence of a legal system. The practical aspect of a legisprudential approach of law concerns the elaboration of concrete criteria of rational legislation. They are gained from within the system relying on its own dynamics according to the hermeneutic point of view of authoritative actors."* (2002a, p. 39).

Embora Tamanaha (2005) aponte indícios de instrumentalidade nos EUA já no final do século XIX, colocando ênfase no conflito instalado entre inovação legislativa e *common law*, e ainda que se aceite que o instrumentalismo é, de algum modo, inerente à boa parte das abordagens jurídicas, para a presente tese afirma-se que tal preocupação se acentuou essencialmente a partir dos anos 70, quando debates sobre conceitos e sistematização passaram a perder espaço (ATIENZA 2005).¹⁰³ Isso se deu tanto nos EUA quanto em países europeus, apesar das inúmeras variantes teóricas.

Nos EUA, conforme citado, as vertentes pragmáticas e instrumentais passaram a ser vistas como a “*religião ordinária da sala de aula*”. De outro lado, surgiram concepções finalístico-funcionalistas menos rigorosas do que aquelas apreendidas pela teoria social, em acepções correntes da relação entre meios e fins, mais próximas à idéia de função sugerida por Bobbio (2007). Finalmente, diferentes correntes teóricas aglutinadas por Castanheira Neves sob a alcunha de funcionalismos — político, social e sistêmico — ou de instrumentalismos — tecnológico e político — atomizaram-se na segunda metade do século passado, tendo como pressupostos o uso ferramental do direito e, conseqüentemente, do próprio ato normativo.¹⁰⁴

5.2. A Crítica à Característica Instrumental Revisitada

Ainda que gradativamente aceitas as feições instrumentais contemporâneas da norma, muitas críticas as acompanharam, e ainda as acompanham. Questionamentos projetam-se sobre a sua efetiva existência, passando por debates acerca da ameaça à autonomia do direito. Ademais, mesmo que sejam mobilizadas concepções funcionalistas mais moderadas como a de Bobbio (2007), a vinculação com a idéia de engenharia social e

¹⁰³ A partir da crítica à falta de conhecimento acerca do processo legislativo, M. Atienza formula sua teoria da legislação, baseada em cinco diferentes níveis de racionalidade legislativa: (i) linguística - o emissor deve ser capaz de enviar a mensagem fluentemente ao receptor -; (ii) formal-legal - a lei deve se harmonizar com o ordenamento -; (iii) pragmática - as ações previstas devem ser aptas a serem executadas -; (iv) teleológica - a lei deve estar apta a ser executada -; (v) ética - seus valores devem ser eticamente justificáveis. Haveria ainda uma meta-racionalidade de cunho transversal, a razoabilidade. De se notar que as quatro primeiras seriam racionalidades essencialmente instrumentais, de adequação entre meios e fins, na linha do aqui descrito, em que pese o autor coloque mais peso no processo do que propriamente em seus resultados. Para detalhes e diagramas explicativos, ATIENZA (1989, 1997, 2005). Também FLORES (2005).

¹⁰⁴ Para espécies e visão crítica, dada a alegada crise de autonomia do direito, cf. especialmente CASTANHEIRA NEVES (1993, 1995a, 1995b; 2002).

seus indefensáveis resultados, que marcaram negativamente o século XX, é rotineira. Nas palavras de Van Aeken, ao longo do século passado “*it became almost ‘academic incorrect’ not to discredit instrumentalism*” (2005, p. 73).¹⁰⁵

Para a presente tese, é possível tipificar ao menos três grandes grupos de críticos do instrumentalismo. O primeiro (i) o condena sob o ponto de vista sociológico e humanitário. Críticas voltam-se contra os horrores da engenharia social que singularizaram algumas experiências do século passado. Ensaaios sociais de regimes totalitários e totalizantes com fins perversos, atentatórios à dignidade humana, são academicamente conectados à instrumentalização jurídica, colorindo negativamente a noção de intervenção social ordenadora.

O segundo (ii) o censura sob o ponto de vista teórico, atingindo sua coerência interna. Há indagações das mais variadas ordens, especialmente quanto à real aptidão de normas para a produção de resultados. Apontam-se equívocos na cadeia semiótica de transmissão (emissor — mensagem — receptor) e um falho modelo *top-down* de comando e controle.

O terceiro (iii) simplesmente o nega sob o aspecto prático. Tais críticos não detectam no ato legislativo a característica instrumentalista, ou afirmam que a leitura intervencionista teria encontrado limites com a crise do *welfare state* e com os problemas oriundos da sobre-regulação.

Embora uma parcela das condenações tenha lastro prático-teórico e, em certa medida, levante importantes pontos a serem considerados, algumas reprovações apriorísticas parecem derivar de abordagens parciais, ou de certos equívocos interpretativos.

5.2.1. A crítica sócio-humanitária

¹⁰⁵ De acordo com um dos primeiros autores a analisar a natureza ferramental do ato normativo na contemporaneidade, Griffiths (1979), também não há nada de natural na visão instrumentalista do direito “*The first thing to be noted is that there is nothing natural or normal, let alone inescapable, about the instrumental conception of law. Quite the contrary: in a world-historical perspective instrumentalism is an unusual idea. More common have been a variety of other ideas about law. There have been moral conceptions, according to which legal rules are what they are not in the expectation that they will produce change in the world, but simply and finally because they are right rules. There have been conceptions based on what a prophet, a god, the ancestors, or even impersonal Reason prescribes.*” (1979, p. 345). Griffiths, conhecido por trabalhos relativos ao pluralismo jurídico, apresenta visão bastante crítica acerca do instrumentalismo, dos juristas e do próprio direito.

A crítica sócio-humanitária que incide sobre a percepção ferramental do direito talvez enxergue mais do que aquilo que de fato se quer apresentar. Primeiro, as idéias de engenharia social e de instrumentalismo não surgem com as experiências totalitárias. Podem ser detectadas, na história contemporânea, já ao final do século XIX (TAMANHA 2005, 2008), ou mesmo no início do século XX, por exemplo com R. Pound. Em um contexto absolutamente diferente, tinha-se em mente, apenas e tão somente, a idéia do uso do direito como meio de transformação da sociedade.

Em seu ataque, a crítica sócio-humanitária vale-se da característica instrumental do direito especificamente usado em situações ditatoriais e totalizantes, com objetivos e resultados passíveis de forte censura. Mas há aqui uma equiparação que não é necessária, nem automática, entre objetivos e instrumentos. Situações de subjugação e totalitarismo, de exercício arbitrário de poder, podem ocorrer sem obrigatória instrumentalização legal, e objetivos reprováveis podem ser alcançados por outros métodos.

A esse respeito, note-se que a ferramenta normativa pode ser utilizada sob finalidades outras, inclusive humanitárias, repelindo tal identidade negativa automática. A própria idéia de política pública enquanto ação estatal instrumentalizada pelo ato normativo, que almeja dirigir e induzir comportamentos, também parece apontar nesse sentido. Em suma, o instrumentalismo pode servir aos mais variados propósitos: “*it is not the techniques but rather the goals that determine if social engineering is improper*” (Van AEREN 2005, p. 74).¹⁰⁶

Na mesma linha coloca-se Caupers (2009), ao separar *racionalidade substantiva* de *bondade da lei*. Uma lei racional sob a ótica substantiva, no desenho atual, seria avaliada por sua capacidade de alcançar os objetivos pretendidos. Isso não significaria, contudo, ser ela necessariamente aceita, dados os demais valores em jogo: a bondade da lei decorreria de parâmetros outros como a ética, a política ou a ideologia.¹⁰⁷ No que aqui se propõe, assume-se o viés instrumental do ato normativo, tendo certo que a disputa sobre os

¹⁰⁶ Segundo o autor, K. Popper já separava a *dark social engineering* da *piecemeal social engineering*, que considera hábitos sociais para a elaboração e a implementação das políticas públicas.

¹⁰⁷ “*Antevê-se uma crítica fácil: postas as coisas nestes termos, a legislação nazi anti-judaica teria sido, provavelmente, racional, considerados os objetivos de extermínio dos judeus, assumidos ou subentendidos. Trata-se de uma crítica fácil e, como sucede com muitas críticas fáceis, tola. É que, se dissemos que a racionalidade da lei tinha de ser aferida pela capacidade abstrata de atingir determinados objetivos, nunca dissemos que esse era o único valor da actividade legislativa ou, sequer, o mais relevante. Uma coisa é a racionalidade como padrão de aferição da legitimidade substancial da lei; outra, bem diversa, a bondade da lei.*” (2009, p. 88-89).

objetivos de fundo da intervenção é o que de fato influencia sua aceitação sob o ponto de vista sócio-humanitário.

Ainda, é bom lembrar que a principal crítica ofertada ao pragmático finalismo jurídico reside exatamente em argumento no sentido oposto: não oferecer nenhum guia valorativo em particular (TAMANHA 2005, p. 45 e ss.). Ao se aceitar que, na prática, o instrumentalismo deva estar lastreado em valorações de fundo, reforça-se o ponto aqui defendido. Não é possível qualificar *a priori* qualquer instrumentalização do direito como immanentemente negativa.

5.2.2. A crítica teórica

Quanto às críticas referentes aos paradigmas teóricos, que alvejam a coerência interna da argumentação instrumental, admite-se que algumas possuem relevante potencial explicativo. De fato, supor que exista uma cadeia limpa de transmissão da mensagem entre legislador-emissor e cidadão-receptor, ou um modelo puro de comando e controle, apto a produzir todos os efeitos pretendidos, é ingênuo e irreal. A inefetividade é constante observada na prática legislativo-regulatória, e muitos chamam a atenção para o fato básico de que a lei, por si só, não produz quaisquer resultados materiais.

Já foi dito, quando citada a relevância do *enforcement* e do *compliance*, que inúmeros fatores contribuem para a implementação da lei e para a sua produção de efeitos.¹⁰⁸ São apontados, por exemplo, o papel interpretativo e transformador dos próprios interessados (Van AEKEN 2005), a função intermediadora da cultura jurídica (SALINAS 2012, 2013; TUORI 2002), bem como elementos institucionais (BUCCI 2013) e pessoais (VOERMANS 2013b).

Não obstante, a estereotipização do legislador como figura ingênua e prepotente, que crê na solução dos problemas de forma imediata pela publicação da norma e pelo uso de estratégias tradicionais como o comando e controle, não condiz com as abordagens

¹⁰⁸ Ressalve-se a produção de efeitos jurídicos imediatos, como a inovação no ordenamento e a eventual revogação de normas anteriores que lhe forem contrárias.

atuais. A percepção instrumental do direito parece um pouco mais refinada do que a imagem que a crítica normalmente apresenta.¹⁰⁹

Legisladores freqüentemente reconhecem que normas são ambíguas e que o desenho comunicativo não é unilateral. Sabem que inúmeros outros atores intervêm no processo de elaboração e implementação, afastando ou aproximando as normas de seus objetivos iniciais — como intérpretes, destinatários ou burocratas de nível de rua, que tomam decisões cotidianas. Depois, a própria noção de ciclo de vida da política pública instrumentalizada pelo ato normativo, que precisa ser testada, avaliada e revista, pressupõe uma forte imperfeição da relação entre meios e fins, aceitando a necessidade de constante monitoramento e aperfeiçoamento.

Em terceiro lugar, viu-se que o comando e controle é apenas uma dentre inúmeras estratégias legislativo-regulatórias que compõem a caixa de ferramentas do agente público. Se ela é falha na obtenção de resultados, alternativas mais adequadas à situação concreta podem ser mobilizadas, inclusive com uso diverso do instrumento normativo. Finalmente, vale lembrar que algumas outras funções da lei necessariamente se afastam do ideal teórico racional, como por exemplo o uso político-simbólico. Tal forma de empregar o ato legal precisa ser considerado, para que não haja contaminação negativa ou frustração das avaliações de resultado.

Não se nega, em suma, a existência das dificuldades teóricas. Não obstante, crê-se que a crítica se equivoca ao apontar na corrente descrita uma ingenuidade que inexistente. É verdade que os defensores ou descritores da visão finalístico-instrumental contemporânea almejam melhorar os resultados obtidos, tendo em foco o incremento das estruturas relacionais que permitem o cumprimento normativo. Não obstante, desejam especialmente colocar luz nas contingências que cercam o processo de elaboração normativa. Trata-se de aceitar as circunstâncias contextuais que outrora, em desenhos típicos, eram negligenciadas ou desconsideradas.¹¹⁰

¹⁰⁹ “In short, the commentaries on instrumentalism relying on untenable theoretical preconditions depart from a strong reduction of the actual political process that generates, in the end, law. This reductionist view holds little affinity with the actual state of affairs in the political arena”. (Van AEKEN 2005, p. 76)

¹¹⁰ Autores mais incisivos afirmam peremptoriamente que essa é a única forma de se compreender adequadamente a legislação da atualidade. Veja-se Rubin: “the mere articulation of clear, consistent statutes may be reassuring to legislators and aesthetically pleasing to scholars, but it does not represent a serious effort to achieve the underlying goal in an administrative environment.” (1989, p. 405).

Ademais, as críticas adiantadas reforçam, em certa medida, a percepção aqui descrita. Uma vez apontadas falhas de efetivação, observância ou *compliance*, pressupõe-se que o ato normativo foi, sim, mobilizado sob uma ótica funcionalista-instrumental. Não se nega a sua função ou os seus objetivos, mas sim seus resultados. Fortalece-se, em suma, a premissa posta.

5.2.3. A crítica prática

No que tange às críticas sob perspectiva prática, alega-se que o viés instrumental não existe, ou está em franco declínio, dada a crise do Estado de bem-estar ou as falhas regulatórias como a sobre-regulação. Não obstante, tal visão pressupõe uma percepção antiga do instrumento jurídico-legislativo ou, de certo modo, uma abordagem monolítica da intervenção estatal.

Sua vertente mais forte, que não aceita a existência do ato normativo enquanto instrumento, traz em verdade um problema teórico aliado a um problema prático. Sob a teoria do direito, a crítica origina-se da não aceitação das mudanças detectadas na estrutura e na função do ato normativo ao menos a partir da segunda metade do século XX. Enxerga-se o fenômeno jurídico sob a ótica tradicional acima discutida, em que a justificativa legislativa é simplesmente inacessível. Valem, pois, os argumentos então descritos no item 5.1. Sob a vertente prática, está em causa a (falta de) análise empírica da legislação contemporânea, que será debatida nos capítulos seguintes.

Sua vertente mais moderada, que aceita o uso instrumental mas vislumbra seu declínio, não percebe que o formato da legislação ou da regulação sofre mudanças periódicas, adequando-se às dificuldades encontradas. A crise do Estado intervencionista, por exemplo, não colocou fim ao uso ferramental da legislação: ao contrário, alterou-lhe as características. Problemas de sobre-regulação, como se verá, podem sim colocar em xeque o atual formato regulatório sob a perspectiva de custos excessivos. Porém, isso não significa que o uso funcionalizado do ato normativo estará necessariamente fadado à extinção. A própria evolução das políticas legislativo-regulatórias, que cada vez mais se preocupam com a redução de custos interventivos e regulação excessiva, aponta em sentido diverso.

Em resumo, a crítica parece ignorar o citado debate existente ao menos desde a década de 70. Ou mesmo o que ocorre sistematicamente, há pelo menos 20 anos, a partir do *checklist* relativo à qualidade regulatória oferecido pela OCDE.¹¹¹ Programas de qualidade normativa europeus como *Better Legislation*, *Better Regulation* e *Smart Regulation* pressupõem a utilização do ato normativo enquanto instrumento. É sob o aspecto da melhoria de resultados, especialmente sob a lupa da eficiência e da efetividade, que mobilizam seus esforços. O paradigma é, pois, de bastante evidência prática.

Finalmente, note-se que a crítica realista novamente contraria a própria lógica das políticas públicas, cujo uso não parece ter arrefecido. O pressuposto de uma *policy* reside, indubitavelmente, na crença de que é possível direcionar, orientar e alterar condutas, em conformidade com finalidades específicas.¹¹² As dificuldades financeiro-orçamentárias e a mudança de paradigma regulatório do final do século XX não parecem ter alterado, em suma, o fundamento que orienta o ato normativo.

5.2.4. A questão da autonomia do direito

Em que pese este debate não esteja estritamente relacionado com o uso ferramental do instrumento normativo, como último ponto parece justo notar que, segundo alguns autores, essa legitimação material, calcada na avaliação de efeitos e impactos da norma, pode colocar em causa a autonomia do direito e corroer sua integridade.¹¹³

Ao flertar com visões funcionalistas, especialmente em suas vertentes política, econômica e tecnológica, ela aceita que objetivos sejam externamente definidos. Também coloca em xeque a figura da segurança jurídica — que, independentemente das críticas que lhe possam ser mobilizadas, exerce relevante papel na estabilização de conflitos —, sem garantir de forma necessária sua contraparte, a segurança sócio-econômica.¹¹⁴ Finalmente,

¹¹¹ Cf. OCDE (1995). O documento foi bastante revisado desde então, e será avaliado no cap. III.

¹¹² Cf. SOUZA (2006).

¹¹³ Cf. NEVES (1993, 1995a, 1995b; 2002); também TUORI (2002). Para “autonomia do direito” sob a perspectiva norte-americana, cf. BIX (2003); TAMANAHA (2005, 2008).

¹¹⁴ Para críticas sobre o princípio, cf. RANCHORDÁS (2013, 2015); RUBIN (1989, p. 397 e ss.). O tema será discutido adiante.

emergem importantes questões de fundo, em especial se considerada a falta de referente moral ou de substrato material prévio que em grandes linhas a caracteriza.¹¹⁵

Há autores que enxergam em tais questionamentos ou desqualificações, porém, uma tentativa de esfumaçar o descontentamento ou a aversão ao modelo estatal dominante:

the un-familiar and disconcerting quality of goal-oriented legislation, therefore, is not really related to the issues of specificity, administrative discretion, or political control. Rather, it stems from a deeper, less explicit concern: our aversion to contemporary methods of management by objective. These methods conjure up an image of a society run by thin-lipped, flinty-eyed technocrats, trampling our freedoms and our sensibilities with cries that ‘the end justifies the means’. We prefer to think of our legislatures as arenas for normative debate and the exercise of republican virtue. And we prefer to think of their pronouncements as ‘law’, with all the moral dignity that word implies, rather than as a series of instructions to implementation mechanisms. But this is a preference, not a norm. The administrative state is not a misfortune that has befallen us, but an evolving structure that is designed to serve our social purposes (RUBIN 1989, p. 417-8).

Sob as lentes da presente tese, não se afirma que o crescimento do instrumentalismo é necessariamente positivo ou benéfico (embora se defenda, sim, que a disputa político-jurídica atual ocorre, exatamente, pelo domínio da narrativa de fundo e pela definição dos objetivos da norma — por isso a centralidade da definição prévia das metas em causa). Como posto, a abordagem deste capítulo é mais descritiva do que normativa, e almeja apresentar as características contemporâneas do ato normativo. Apenas se chama atenção para a ocorrência da transformação, deixando claro os efeitos daqui decorrentes.¹¹⁶

¹¹⁵ *"La incógnita que mina ese modo meramente instrumental y particular de entender la práctica legislativa no es solo de naturaleza moral, es decir, no se ciernen solo sobre cuestiones de igualdad o sobre la justificación moral de tratar a los destinatarios y su conductas como medios para conseguir un fin, sino que se pregunta en primer lugar si este tipo de racionalidad opera en contextos de relaciones humanas. La cuestión es si la relación instrumental medio-fin, que podemos establecer con mucha eficacia en el tratamiento de la realidad natural, puede ser extendida sin más a la realidad de las interrelaciones humanas"* (LAPORTA 1999, p. 329).

Há outra crítica sociológica que pode ser melhor explorada. Trata-se da idéia de que, mediante o instrumentalismo, disputas políticas tem ocorrido *dentro e pelo* direito, criando espirais infundáveis de debates e corroendo sua integridade. Com o esgarçamento da autoridade pública, o jurídico se tornaria mera coerção, com baixa indução à sua observância (LAPORTA 1999; TAMANAHA 2005). Se de um lado é forte o argumento, há elementos em sentido contrário (também sujeitos a críticas). Nada garante que (i) essa corrosão já não ocorria sob outras vestes jurídicas, embora de forma velada; (ii) pode haver ganhos em se escancarar disputas outrora neutralizadas pelo direito; (iii) pode haver ganhos em se regrar tais disputas mediante o rito jurídico-processual.

¹¹⁶ Há outras críticas existentes no âmbito da teoria da direito, que não serão detalhadas. Cyril (2007) aponta problemas inerentes ao paradoxo entre texto (orientado ao passado) e discurso instrumental (orientado ao futuro). Griffiths (1979) e Tuori (2002) repisam a ressalva à produção de efeitos pela lei. Para aspectos de implementação, cf. HILL (2006), SALINAS (2012, 2013) e SUBIRATZ (2006).

5.3. A Aceitação do Instrumentalismo Contemporâneo

Sem desconsiderar a força de muitas das críticas mobilizadas, é possível compreender a característica finalístico-instrumental sob uma perspectiva menos rígida e redutora. Para superar uma espécie de bloqueio teórico de forma mais natural, importa compreender que a crítica recorrentemente utiliza uma visão estereotipada, que por vezes confunde meios e fins, sem aderência ao debate vigente. Elementos presentes tanto em teoria quanto na prática contemporâneas apontam para uma aceitação menos desconfiada, mais condescendente com suas feições atuais.

É preciso considerar alguns indícios de sua crescente aceitação: (i) uma importante e crescente produção acadêmica internacional a respeito; (ii) o exponencial crescimento prático e teórico de políticas legislativo-regulatórias, que pressupõem a relação de meios e fins, bem como um uso mais flexível e adaptativo do instrumento normativo; (iii) o vigoroso aumento da literatura específica referente a políticas públicas, que parte de premissas muito similares. Também vale perceber, como visto, (iv) que boa parte das críticas mobilizadas acabam por aceitar as feições instrumentais, questionando, em verdade, seus resultados. Finalmente, como se desenvolverá nos capítulos subsequentes, atente-se (v) para a natureza de parte das normas contemporâneas, a demonstrar, na prática, a multiplicação da legislação de característica finalístico-instrumental, em que pese não ser ela exclusiva ou necessariamente dominante.

Há um lastro teórico em desenvolvimento que se distancia do estereótipo. Longe de se apoiar na questionada relação linear de causalidade entre publicação da norma e efeitos concretos, existe uma visão que procura compreender e aceitar as contingências que cercam o ciclo de vida normativo. Trata-se de proposta que considera a legislação inserida em um processo circular, atribuindo relevância e dignidade às vicissitudes de sua formulação e implementação, sem apelo a legisladores oniscientes. Uma visão que, por exemplo, coloca peso em elementos probabilísticos.¹¹⁷

¹¹⁷ Para o que qualifica como *instrumentalismo evolucionário*, cf. Van AEKEN (2009). G. Mendes (1993), no Brasil, já se atentava para os elementos probabilísticos.

Não há, em suma, defesa acrítica das feições instrumentais. Todavia, almeja-se destravar o pressuposto teórico necessário à discussão desta tese, que pareceu, em certo momento, academicamente imobilizado. Parece haver base teórica e substrato prático para tanto.

6. O Foco na Legislação: uma política legislativo-regulatória no Brasil

Pressupostos foram estabelecidos, correntes explicativas foram expostas e críticas pertinentes ao instrumentalismo foram revistas. Finalmente, importa compreender a definição da política de qualidade da norma enquanto política *legislativa*, ou política *legislativo-regulatória*. Trabalhar-se-á aqui com a idéia ampla de *legislação*, e não de *regulação*. Serão mobilizados conceitos como *política legislativa* e *avaliação legislativa* — na maioria dos casos, *política legislativo-regulatória* e *avaliação legislativo-regulatória* — no lugar daquilo que às vezes é encontrado meramente como *política regulatória* e *análise regulatória*.

Como debatido, não se trata de mera escolha entre sucedâneos ou equivalentes. A relação entre *regulação* e *legislação* não é bem trabalhada pela doutrina, e a escolha da terminologia derivada do vocábulo *legislação* permite reforçar questões importantes para essa tese. Primeiro, solidifica-se o que Morgan e Yeung (2007) qualificaram como perspectiva jurídica da *regulação*, focada essencialmente no *standard setting* e não em seus demais componentes. Segundo, aproxima-se dos modelos de política de qualidade normativa aplicada à *legislação primária*, visto que é essa a proposta feita ao longo deste texto.

Embora seja certo que nem todo ato normativo é apto a ser avaliado ou a ter seu potencial impacto mensurado — especialmente consideradas as diferentes funções que ele pode exercer (VOERMANS 2009a) —, não é correto afirmar que todo ato passível de avaliação e mensuração está confinado ao âmbito da *legislação secundária*, ou dos setores regulados *stricto sensu*. Como se viu sob o prisma teórico e como se verá sob o aspecto prático, a característica instrumental do direito é inerente a boa parte dos atos normativos

lato sensu, sejam eles primários ou secundários. A diminuição de abrangência do escopo pode até ser feita doutrinariamente, como escolha metodológica; não obstante, ela não é necessária nem obrigatória, e deve ser explícita e justificada.

A experiência internacional exemplifica isso com clareza: a União Européia aplica a análise de impacto regulatório, pedra de toque de sua política legislativo-regulatória, aos atos normativos primários que constam do programa legislativo anual da Comissão Européia, sem reducionismo.¹¹⁸ O mesmo vale, por exemplo, para o caso português, em que se fala de análise de impacto legislativo.

A própria OCDE aposta, há pelo menos uma década, no que chama de abordagem integral (*whole of government approach*): busca uma regulação de alta qualidade, com fortes mecanismos de coordenação em busca de coerência, atingindo todo o governo e todo o ciclo de políticas (2005, 2008a). Isso requer o afastamento de abordagens regulatórias setoriais fragmentadas e sua aplicação aos diferentes níveis de produção normativa. Na apresentação do RIA, a organização deixa clara a possibilidade de utilização mais ampla ou mais restrita aos instrumentos legislativos, a depender da escolha feita pelo país interessado:

RIA may be limited to the primary laws that are made by the legislative, or may also include the subordinate regulations, such as presidential decree, directives and guidelines that the executive makes in order to implement primary laws. RIA is usually required in the case of newly introduced regulations or strengthened regulations. In some countries, RIA is also required in the case of reviewing existing regulation (OECD 2004, p. 4).

Em suma, afirmar que existe uma “qualidade regulatória” cujo peso recai sobre os resultados e a performance da norma, que difere da “qualidade da legislação” acima discutida, não significa defender estar ela adstrita a atos regulatórios delegados ou de segunda ordem. Ao contrário: um mesmo ato normativo (um instrumento legal que introduz uma política pública) pode ser visto sob ambos os aspectos. As ferramentas e os conceitos em causa neste trabalho são aplicáveis à legislação de maneira extensiva.

Importa ainda dizer que tais expressões já foram utilizadas outrora, sob outros contextos, com diferentes significados. Em algumas abordagens, locuções similares à

¹¹⁸ A opção traz outras dificuldades, em especial na relação com o Parlamento e com sua legitimidade de alterar propostas normativas. O tópico será desenvolvido nos capítulos III e IV.

política legislativa foram utilizadas para simbolizar, essencialmente, a fase de elaboração da norma (nomogênese). Kelsen (1996), por exemplo, usava *política do direito* para distinguir o que estaria dentro ou fora do campo de análise jurídica de sua teoria pura.¹¹⁹ Ross (2000, cap. 15), por seu turno, trabalhou com a idéia de *política jurídica*, embora em abordagem deveras diversa da kelseniana.

Tais aproximações, apartados seus motivos ou conclusões, tangenciam o tema desta tese, visto referirem-se a aspectos da produção normativa ou a momentos anteriores à positivação da norma.¹²⁰ Todavia, com ele não se confundem. Embora se debata o momento de criação legal e a participação do jurista nesse processo, o foco do presente trabalho recai sobre a atividade governamental efetiva que almeja coordenar ações e qualificar materialmente o ato normativo. Estão em causa, especificamente, os limites e as possibilidades de um regramento, qualificado como política legislativo-regulatória, que a consiga incrementar.

6.1. O Resgate da Legislação no Debate Regulatório Brasileiro

Há aqui, ademais, um ponto bastante relevante. Especialmente ao se considerar a especificidade do cenário brasileiro, a opção pela figura da legislação é também estratégica: almeja-se resgatar o contexto político que envolve as decisões legislativo-regulatórias, bem como a ampliação do escopo de suas análises. Como adiantado, a doutrina jurídica no Brasil parece ter feito uma recepção muito própria da idéia de regulação. Em regra se estabelece uma relação direta, quase necessária, entre o debate normativo-regulatório, de um lado, e o debate acerca do desenho institucional das agências reguladoras, ou a discussão travada exclusivamente nos setores fortemente regulados, de outro.

¹¹⁹ "Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o direito, ou como deve ser ele feito. É ciência jurídica e não política do direito." (1996, p. 1). Não se afirma que o autor desconsidera outras possibilidades de análise do fenômeno jurídico. O próprio autor atribui bastante relevância ao elemento "eficácia" na construção de sua teoria pura, bem como apresenta diferentes funções do direito enquanto técnica social específica - no caso, uma ordem normativa coercitiva -, que, enquanto ordem, almeja influenciar comportamentos: "*the function of every social order is to bring about certain mutual behavior of individuals; to induce them to certain positive or negative behavior, to certain action or abstention from action.*" (1941, p. 75).

¹²⁰ Para debate a respeito, cf. BARCELLONA (1983); ENGEL (2001); PAULA (2010b).

O desenvolvimento da mais recente narrativa regulatória no país esteve intimamente vinculado aos processos de privatização dos anos 90, bem como à montagem das agências reguladoras independentes. Infelizmente, o debate acabou por ele aprisionado. Em espécie de tradução restritiva, talvez equivocada, de *regulation*, houve uma delimitação desnecessária de âmbito de aplicação das ferramentas de análise e aprimoramento legislativo a atos tidos como "propriamente regulatórios", relativos a setores regulados. Parte da doutrina apresentou tal diagnóstico,¹²¹ e a OCDE também detectou tal panorama de forma contundente.¹²²

Isso levou a uma equivalência redutora, que hoje constrange a discussão acerca da regulação — e da consequente melhora dos instrumentos normativo-regulatórios — a microssistemas jurídicos pré-determinados, ao *rulemaking*, deixando de fora a larga produção normativa cotidiana, em especial a legislação primária (*lawmaking*).

A leitura fragmentada e desvinculada da formulação das políticas públicas também acentuou, ao fim e ao cabo, uma suposta característica de “neutralidade” que permearia a idéia de regulação. Ao debater a adoção do RIA no Brasil, por exemplo, Valente (2010) defendeu existir uma forte diferença entre a análise de impacto regulatório e a chamada avaliação legislativa. A primeira estaria voltada às intervenções normativas tipicamente setoriais, infra-legais, propostas por agentes reguladores não-políticos, em uma política de Estado que deveria ser protegida e afastada das nuances governamentais.¹²³ A segunda estaria restrita à ciência da legislação e aos elementos tipicamente formais que a definem no Brasil, com pouca ou nenhuma relação com a busca pela eficiência nas decisões estatais. Não caberia à avaliação legislativa “*a análise econômica da norma, tampouco*

¹²¹ Cf. CASTRO (2014); PECI (2009, 2011); SAMPAIO (2010). Como exemplo desse viés, embora com ressalvas ao longo do texto, cf. VALENTE (2010). Para exceções que apresentam as dificuldades do conceito cf. SUNDFELD (2014b); em certa medida ARAGÃO (2013).

¹²² Cf. OCDE (2008a), especialmente p. 7-9, 12, 18, 44-45. “*Regulatory reform in Brazil has mainly been driven by the need to establish an institutional framework for regulating economic sectors, which has been taken shape in the form of establishing regulatory agencies. (...) While the discussion about regulation concentrates mostly in design of regulatory agencies, many other areas are relevant for Brazil: the improvement of the quality of legislation. (...)*” (p. 9 e 12). “*The broader agenda for regulatory reform in Brazil goes beyond the institutional design of regulatory agencies, even if these have been the focus of much recent debate.*” (p. 7).

¹²³ Em passagem elucidativa da leitura sob outro viés: “*(...) se o objetivo da AIR fosse auxiliar o processo de tomada de decisão no âmbito da política pública, o que também é possível e verificado em outros países, esta ferramenta estaria a serviço do governo, e não apenas do Estado, como se defende aqui.*” (2010, p. 26). Note-se que a própria autora deixa claro, em várias passagens, que se trata de opção consciente, e não de desconhecimento das nuances da produção normativa no Brasil. Há destaque, inclusive, a elementos políticos que permeiam a adoção da ferramenta.

qualquer espécie de controle político de uma esfera de poder político em relação a outra” (2010, p. 45).

Mediante a opção terminológica aqui realizada, almeja-se fugir da visão restritiva de regulação e da dicotomia acima exposta. Aos olhos da presente tese, elas parecem frágeis. No próximo capítulo pretende-se mostrar que a produção legislativa primária no Brasil pode sim ter forte conteúdo regulatório, especialmente quando vinculada à formulação de políticas públicas. Portanto, é apta a ser objeto de instrumentos e ferramentas da *meta policy*, na linha das mais recentes propostas internacionais.

Propõe-se, em resumo, a retomada da centralidade da legislação primária enquanto ferramenta ou instrumento inerente às estratégias de intervenção estatal, e a ampliação da compreensão de política regulatória no Brasil. Mais: pretende-se resgatar a importância do cenário político que permeia a construção normativa.

Assim, apesar da carga por vezes negativa que a expressão *política legislativa* consagra, a terminologia parece mais adequada ao que aqui se propõe. *Política regulatória* é expressão que permeia o debate sob o ponto de vista internacional, mas pode ter conotação deveras restritiva, especialmente no contexto brasileiro. *Política jurídica* não oferece a devida ênfase ao elemento legislativo, e gera conflitos com os debates acerca da função e da estrutura do Poder Judiciário. Sugestões como *políticas de qualidade normativa* ou *políticas de qualidade da lei* traduzem o que se quer afirmar, todavia sem a carga semântica desejada.

Finalmente, com o intuito de garantir que se entenda a relação entre o que aqui se propõe e o que é utilizado em boa parte do debate jurídico internacional, será frequentemente utilizada a expressão *política legislativo-regulatória*, agregando os elementos. Dessa forma, garante-se a aceitação do debate sobre a legislação primária, sem que se abra mão da terminologia internacionalmente consolidada. Fica-se assim para o restante desta tese, assumidos os riscos envolvidos.

7. Conclusões Parciais

O presente capítulo teve como objetivo central apresentar a base teórica que servirá de lastro à tese que será desenvolvida. Sob um ponto de vista que se pretendeu mais descritivo do que normativo, propôs-se que a característica finalístico-instrumental dos atos normativos tem se acentuado ao longo dos últimos anos em uma parcela importante do universo legislativo, dando ensejo ao surgimento e ao crescimento de políticas legislativo-regulatórias. Elas podem ser definidas como uma *(meta) política pública voltada ao aperfeiçoamento do processo de elaboração de instrumentos normativos e, fundamentalmente, ao incremento da qualidade da norma, tanto sob seu aspecto formal quanto sob seu aspecto material.*

Ela é *política* por se enquadrar em conceitos tanto amplos quanto restritos de *policy* aqui já referidos (SOUZA 2006). Emprestando parcialmente a sugestão de Bucci ao abordar o tema sob a ótica jurídica (2006, 2013), trata-se de programa ou ação governamental, resultante de um processo minimamente regulado, que visa coordenar meios para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.¹²⁴ É *pública* por suas próprias finalidades e também, como se fará referência adiante, porque pode — e deve — abrir espaço à participação de eventuais interessados.

Depois, é *meta* porque se volta, ao fim e ao cabo, à melhoria da construção de outras políticas, oferecendo critérios e pontos de partida comuns às fases do ciclo de vida de *polícies* instrumentalizadas pela legislação. Não está centrada em determinados setores; é horizontal e atinge toda a estrutura do processo normativo-regulatório.¹²⁵ Finalmente, tem como objetivo central precípua o incremento do processo construtivo e a qualidade regulatória da norma. Para tanto se vale, como se verá ao longo da tese, de ferramentas e metodologias variadas, tanto formais quanto substantivas.

¹²⁴ “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...] visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” (2006, p. 39). Conceito original proposto em BUCCI (2002, p. 241).

¹²⁵ Cf. BLACK (2002, 2007); DE FRANCESCO, RADAELLI & TROEGER (2012); LODGE & WEGRICH (2012); MEUWESE (2008); MEUWESE & SENDEN (2009); RADAELLI (2007b, 2010); RADAELLI & MEUWESE (2009, 2010). Como apontaram os últimos: “As meta-policy, it does not deal with individual sectors. Rather, it sets central rules, standards, and thresholds (and, in some countries, targets to be achieved by departments) through which rules are created, assessed, adopted, implemented, enforced, appraised ex-post and/or revised and scrapped. This definition covers the tools mentioned above (RIA [regulatory impact assessment], consultation standards, simplification, and so on) while emphasizing the reform aspect of the policy, as well as its cross-sectoral and explicit nature and the fact that it targets the governance architecture of regulatory processes.” (2009, p. 642).

Também foi dito que seu desenvolvimento assume, em regra, três premissas relevantes. Primeiro, pressupõe um desenho dinâmico e temporalmente alongado, com retroalimentações constantes, que configura o que se qualificou de *ciclo de vida do ato normativo*. Segundo, pressupõe uma importante alteração dos parâmetros avaliativos, que ao se deslocarem para os resultados e os efeitos da norma salientam a figura da qualidade regulatória. Terceiro, pressupõe o citado aumento da característica finalístico-instrumental do ato normativo. Viu-se que o debate sobre tais premissas, em especial a terceira, é corrente na literatura regulatória mais ampla, e tem respaldo em alguns autores do direito. Contudo, o tema ainda não parece adequadamente abordado na doutrina jurídica, em especial no Brasil.

Com o fito de mostrar que o crescimento da característica finalístico-instrumental de parte da produção legislativa contemporânea decorre de alterações estruturais, duas correntes explicativas colocaram luzes sobre o fenômeno. Primeiro, apresentou-se a emergência e a consolidação do Estado Regulador. Foram expostas diferentes teorias regulatórias e os elementos tradicionais que compõem esse modelo discursivo. Estabelecido o recorte no elemento definidor de regras (*standard setting*), em uma perspectiva jurídica da regulação, o foco residiu nas diferentes estratégias regulatórias hoje existentes, para além do tradicional comando e controle. Teve centralidade o freqüente e variado uso do ato normativo como ferramenta de atuação estatal, embora não-exclusiva.

Depois, em gramática complementar, por vezes sobreposta à primeira, discutiu-se o crescimento do uso de políticas públicas enquanto instrumento de ação governamental. Foi traçado o paralelo entre o ciclo de vida das políticas e o ciclo de vida do próprio ato normativo, bem como foi discutida a aproximação do pressuposto aqui assumido com as prescrições de teorias da administração pública como o NPM. No âmago da corrente explicativa esteve o papel estruturador (e instrumental) do ato normativo nesse contexto. Foram expostas as diferentes funções que o ato normativo pode exercer na montagem e na execução de uma *policy*, bem como foi repisada a necessidade de se alocar o elemento jurídico ao longo de todo o ciclo construtivo das políticas públicas, a evitar falsos descasamentos.

Algumas críticas sob a ótica da teoria do direito, aplicáveis à premissa finalístico-instrumental, foram ainda revisitadas. Tentou-se mostrar que, embora pertinentes e

necessários, muitos questionamentos atacam um desenho estereotipado, não condizente com a leitura contemporânea que se encontra na literatura atual. Viu-se ainda que muitas das críticas, ao confundir meios e fins, acabam reforçando a própria premissa instrumental.

Finalmente, as premissas referentes à opção pela expressão política legislativo-regulatória, ou apenas política legislativa, foram explicitadas. A escolha teve como objetivos centrais destacar a perspectiva jurídica da regulação, aproximá-la das práticas internacionais que aplicam a caixa de ferramentas da *meta policy* à produção legislativa primária e, finalmente, desfazer espécie de leitura restritiva que marca a produção doutrinária brasileira contemporânea. Ressaltou-se, ainda, a relevância do contexto político que cerca o processo de elaboração normativa. Tais relações serão exploradas adiante.

CAP. 02 - O OBJETO

**A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA: PRODUÇÃO
NORMATIVA, DINÂMICA INSTITUCIONAL E POLÍTICAS
PÚBLICAS**

1. Introdução

O capítulo anterior expôs o quadro teórico com o qual se trabalha, salientando as características finalístico-instrumentais do ato normativo contemporâneo. Cabe, agora, definir o objeto de pesquisa. A abordagem recairá sobre o processo de criação normativa e sobre a legislação produzida pelo Poder Executivo Federal, enquanto Administração Direta. Ao final, é esse volume legislativo que estará em causa, para que se possa verificar (i) a existência de tais características e (ii) a possibilidade de melhoria qualitativa das normas com a aplicação de ferramentas legislativo-regulatórias.

Todavia, afirmar isso não basta: é necessário chamar a atenção para o quadro político-institucional determinado no qual se dá o processo de elaboração normativa. Apenas considerando elementos do *law in action* é factível apontar limites e possibilidades de efetivação de uma política legislativo-regulatória. Parte-se do pressuposto de que leituras não atentas ao desenho constitucional e à dinâmica institucional brasileira, assim como análises que não enxergam na Administração Direta uma forte produção normativa de cunho instrumental, têm potencial explicativo reduzido.

O tratamento da produção legislativa do Executivo pela ótica constitucional ou pelas lentes da ciência política é bastante usual. No entanto, é incomum encontrar autores que cuidam do processo interno de elaboração normativa do Poder Executivo propriamente dito.¹²⁶ Não se trata de explorar os motivos ou os efeitos dessa atuação, mas sim de conhecer e explicitar como de fato isso ocorre. Qual o real caminho de uma proposta

¹²⁶ Para exceções, cf. HABER (2011); MENDES (1993); PECI (2009, 2011); RIZEK JR (2009); SALINAS (2008, 2012); SAMPAIO (2010); SOARES (2007); VALENTE (2010).

normativa oriunda de um órgão ou entidade do Poder Executivo, desde sua formulação até a sua edição? Como, na prática, chega-se à decisão acerca do melhor instrumento legislativo para um dado objetivo, ou do melhor texto normativo possível? Quais elementos permeiam a escolha do momento de edição de uma norma?

Sob a ótica da qualidade normativa, tem-se um momento fulcral. Aqui se dá a aplicação da caixa de ferramentas que, uma vez realizada de forma sistemática, caracteriza a *meta-policy* legislativo-regulatória. Cabe compreender, então, a situação brasileira nesse contexto. Qual o peso dessa política no ciclo de vida normativo e, especificamente, no processo de construção legal por parte do Poder Executivo? Ao menos formalmente, ela está presente? E na prática, como ela é observada pelos atores envolvidos? Importa explicitar o itinerário percorrido pelo ato normativo para que se possa, ao final, verificar em que grau ela é observada - se é que ela é de fato observada.

É claro que, ao estudar tais temas, não é fácil separar o que é estrutural ao desenvolvimento e ao condicionamento do roteiro padrão daquilo que é meramente conjuntural, plenamente variável conforme os atores em causa ou os governos eleitos. Alguns podem argumentar que mudanças políticas de fundo podem colocar por terra o itinerário que será exposto, ou a resposta dos atores governamentais frente à *meta policy* vigente, inviabilizando a generalização de algumas percepções.

O problema existe e, em certa medida, é inerente a descrições e avaliações de algumas instituições. Não obstante, é válido afirmar que o que aqui é apresentado certamente se aplica ao maior período da produção legislativa que teve no Decreto 4.176, de 28 de março de 2002, seu principal marco normativo enquanto política legislativo-regulatória. Por óbvio que tais cenários podem mudar; contudo, trabalha-se com o desenho posto ao longo da última década.¹²⁷

Aceita a ressalva, apresenta-se então o processo de elaboração normativa dentro do Poder Executivo em âmbito federal, em suas principais linhas. Há possibilidades de atalhos ou situações excepcionais, derivadas de circunstâncias político-jurídicas, que culminam em *fast tracks* ou em processos heterodoxos. Todavia, busca-se evidenciar a regra geral, o caminho comum de elaboração ao longo dos últimos anos.

¹²⁷ Quando existentes, serão apresentadas as variações pertinentes ocorridas dentro do período em causa.

Inicialmente, será utilizada uma abordagem orgânica e funcional. Serão apresentados os atores proponentes, as competências específicas aqui envolvidas — em especial as funções da Casa Civil da Presidência da República e de suas Subchefias, que têm papel destacado —,¹²⁸ bem como os pontos de controle em que são aferidos ou definidos os elementos centrais à construção do ato e à estratégia legislativa.

Depois, passa-se à abordagem técnica, em que as normas e diretrizes contidas na Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998, e no Decreto 4.176/2002, são referências necessárias. Serão discutidos aspectos de técnica legislativa (*drafting*), mas também componentes substantivos previstos na legislação. Para contribuir ao debate e diminuir eventual risco de viés cognitivo do autor, apresentam-se ainda os resultados de *survey* semi-estruturado feito com atores governamentais relevantes no processo de elaboração normativa, entre 2007 e 2014, com vistas a captar percepções acerca da atividade de produção legal.

Exposto o desenho produtivo, o mesmo debate será proposto sob outro viés. A atividade normativa do Executivo será inserida no desenho institucional brasileiro, sob a ótica ciência política. É que o tratamento da produção de normas pela Presidência sob o âmbito interno não exclui a obrigatoriedade de se explicitar, sob vestes contemporâneas, sua decorrência político-organizativa.

Em que pese a literatura tradicional tenha apontado para um “pesadelo institucional”, na terminologia consagrada por Linz (1990, 1994), o fato é que o Brasil se consolidou como uma democracia presidencialista até o momento estável e, em certa medida, sólida, em espécie de “sucesso teórico inesperado”. Assim, serão trazidas teorias que abordaram o período de maturação democrática e, em especial, será discutido o papel central do poder normativo do Executivo para o presidencialismo de coalizão. Isso ocorrerá tanto sob a clássica ótica do controle da agenda quanto com base no *presidential toolbox* de que trataram recentemente T. Power e seus co-autores (2011, 2014).

O capítulo será encerrado com um breve exame dos dados legislativos brasileiros dos últimos anos (2007-2012), com vistas a confirmar a base teórica sugerida na seção anterior. Ao avaliar o tipo de legislação produzido em âmbito federal, almeja-se validar a

¹²⁸ A partir de agora, na maioria das referências, apenas Casa Civil ou CC.

hipótese de que é possível detectar um significativo montante de normas com características finalístico-instrumentais, que criam ou alteram políticas públicas ou com forte componente regulatório, afastando-se das feições normativas tradicionais. Se isso ocorrer, debates sobre política legislativo-regulatória ganham maior relevância.

2. Pressupostos Teóricos do Recorte Metodológico

O recorte metodológico deste capítulo, focado na produção normativa do Poder Executivo brasileiro, possui ao menos três pressupostos teóricos. Primeiro: (i) o contexto específico que a cerca importa para a introdução de uma política legislativo-regulatória. Segundo: (ii) a “crise da lei” tem fundamentos estruturais, vinculados à mudança das características dos atos normativos, e não apenas aqueles relacionados com a chamada crise de representação do Parlamento. Terceiro: (iii) o Executivo é hoje ator central do processo de elaboração legal, não sendo isso uma necessária afronta ao princípio da separação de poderes. Cabe discuti-los, de forma breve, de modo a facilitar sua compreensão.

Ao apresentarem suas perspectivas sobre regulação e, em especial, sobre o papel do ato normativo nesse contexto, em que a lei é instrumentalizada pelo poder público com o fim de alcançar determinados objetivos, tanto Morgan e Yeung (2007) quanto Lodge e Wegrich (2012) salientam a centralidade dos desenhos constitucionais específicos e da conjuntura política, social e econômica no qual a criação legal está inserida. Discutir eventuais melhorias no processo de produção legislativa implica aceitar circunstâncias, limites e *trade-offs* inerentes ao seu ambiente.

Estudos referentes à (in)efetividade de componentes centrais às *meta policies* atuais, como a análise de impacto regulatório ou uma de suas principais metodologias, a análise custo-benefício, seguem a mesma linha. Mostram, essencialmente, que fatores político-institucionais domésticos importam. Influenciam tanto sobre a decisão sobre seu emprego quanto, fundamentalmente, sobre sua utilização ou sobre a análise de seus

resultados.¹²⁹ Radaelli (2005) também aponta outros elementos institucionais internos relevantes para a implementação e o desenvolvimento de ferramentas regulatório-legislativas, como o desenho burocrático (maior ou menor grau de delegação e autonomia de unidades autônomas), a forma com que os governos lidam com questões de eficácia alocativa ou redistributiva, e o grau de controvérsia política doméstica.

Em resumo, como primeiro eixo do recorte metodológico, é preciso entender que, embora organismos internacionais transmissores de padrões político-ideológicos consigam difundir idéias de maneira bastante rápida e eficaz, sua adoção varia muito conforme as características institucionais dos países. Organizações aprendem e internalizam idéias e ferramentas de forma bastante diferente entre si. A *difusão sem convergência* de que trata Radaelli acentua a necessidade de se compreender as peculiaridades de cada sistema.¹³⁰ Ainda que não se aceite plenamente a idéia de espaços ou de estilos regulatórios nacionais proposta por Vogel (1986),¹³¹ a necessidade de entender o contexto político-jurídico específico em que a produção legislativa se insere é inafastável.¹³²

Em um segundo eixo, reafirme-se que o presente capítulo volta suas atenções especificamente à construção legislativa do Poder Executivo em nível federal. Tal contorno justifica-se, como se verá, pela sua absoluta centralidade nesse processo. O que não afasta, claro, a preocupação com a relação ou com a "dependência orgânica" existente entre Executivo e Legislativo (LOIS *et alli* 2009, p. 20).

A opção explicita o entendimento de que críticas relativas à crise de legitimidade e representatividade que atingem o Parlamento são importantes, porém incompletas. Alegações como a falta de *expertise técnico-jurídica* de nossos representantes ou a enorme rotatividade que marca o Congresso Nacional são frequentes (SALINAS 2012, 2013).

¹²⁹ Cf. HAHN & DUDLEY (2007); HAHN & TETLOCK (2008); RADAELLI (2007b, 2009a); SHAPIRO & MORRALL III (2012).

¹³⁰ Cf. COLETTI & RADAELLI (2013); DE FRANCESCO, RADAELLI & TROEGER (2012); RADAELLI 2005, 2007b, 2009a). A difusão sem convergência de que trata o autor refere-se especificamente ao RIA, mas o conceito pode ser utilizado para as demais ferramentas e instrumentos que compõem *meta policies*. O tema será desenvolvido no próximo capítulo.

¹³¹ A proposta é questionada, por exemplo, por DE FRANCESCO (2012) e WIENER (2013).

¹³² Não será possível, nos limites deste trabalho, mobilizar todos os elementos citados. O levantamento de dados político-econômicos e o cruzamento de informações complexas relativas ao desenho burocrático da Administração, além do grau de divergência política doméstica e da relevância atribuída a questões distributivas por determinado governo, exigem métodos bastante específicos. Não obstante, é possível apresentar ao menos as peculiaridades do processo legislativo brasileiro, com vistas a entender seu ambiente institucional, atores, arenas e padrões de interação.

Também há referências ao fracionamento ideológico ou de interesses, às negociações atomizadas e ao individualismo da atividade parlamentar (RIZEK JR 2009). Tais linhas tentam justificar a suposta baixa qualidade da produção normativa brasileira mas, no entendimento desta tese, limitam o panorama a um diagnóstico parcial.

Ainda que se concorde com a idéia de que a atividade parlamentar está em xeque,¹³³ análises “parlamentocêntricas” perdem alguns motores explicativos. Aos olhos desse trabalho, elas não se atentam para dois elementos relevantes: (i) na visão macro, a drástica redução do monopólio da função normativa por parte dos Parlamentos e a emergência de um quadro de verdadeira concorrência normativa, em que a produção de normas pela própria Administração ganha centralidade (SUNDFELD 2014a); (ii) na visão micro, o papel medular da Presidência da República na construção da legislação brasileira, derivado do próprio desenho constitucional e da dinâmica institucional, que a eleva a patamares ainda mais relevantes.¹³⁴

A chamada “crise da lei” possui, sim, explicações vinculadas às dificuldades atuais dos Parlamentos. Não obstante, defende-se aqui que ela provém, essencialmente, de outros motivos estruturais. Decorre das transformações do papel e da atividade (regulatória) do

¹³³ Para custos de erro, custos de transação e constrangimentos temporais impactando fortemente a produção legal, em especial nos Parlamentos, cf. DIXON & GINSBURG (2011).

¹³⁴ Rizek Jr (2009) defende, com base em Ferreira Filho (2007), que a “crise da lei” deriva (i) de deficiências do processo legislativo - confuso e anacrônico - aliadas (ii) ao individualismo dos parlamentares e seu amplo poder de iniciativa e (iii) à ausência de ferramentas destinadas à consolidação, organização e simplificação normativa; haveria uma “*babel jurídica*” e “*um caos legislativo*” (2009, parte I). Salinas salienta a “*crise da democracia representativa*” e explica que “*especialização e expertise são deficiências particularmente sérias do Poder Legislativo*” (2012, p. 34 e ss.; 2013, p. 139 e ss.). Não se afirma haver equívoco de fundo nas análises, em que pese haja discordância de alguns argumentos que criticam a própria densificação do regime democrático (caso de Rizek Jr). Para esta tese, defende-se apenas que as abordagens deixam pra trás pontos centrais do processo legislativo brasileiro.

É verdade que tais autores explicitamente reconhecem a ativa participação do Executivo no processo de elaboração legislativa. Rizek Jr (2009) adota o tradicional ataque às medidas provisórias e à instabilidade jurídica por elas gerada, o que será tema de tópico específico. Em abordagem mais densa, Salinas aponta que o Executivo participa ativamente do processo (2012, p. 60), mas legisla frequentemente de forma vaga e genérica, quiçá estrategicamente, de modo a garantir amplos espaços de discricionariedade e não limitar o próprio poder (2012, p. 43; 2013, p. 143). Mas se saliente novamente que tais facetas parecem não ter a importância necessária.

Estado, da proeminência do Executivo na seara da criação normativa enquanto formulador de políticas públicas e, claro, das alterações de função da legislação, já expostas.¹³⁵

Tais motivos iluminam o terceiro eixo de recorte metodológico, em que se estabelece como tema a produção normativa pelo Poder Executivo. É verdade que é comum encontrar textos abordando o assunto, essencialmente em nível constitucional. Discutem-se modelos e competências constitucionais pertinentes à iniciativa privativa ou compartilhada de leis; em especial, debate-se o papel das medidas provisórias. Há, contudo, diferentes formas de se abordar o presente objeto, e lacunas que merecem atenção.

No campo jurídico, referências negativas à atuação legislativa do Executivo são frequentes, bem como seu suposto conflito com o princípio da separação de poderes. No Brasil, o (ab)uso das medidas provisórias foi fortemente alardeado ao longo dos últimos 25 anos, com raras exceções que inseriram o instrumento em um quadro institucional mais amplo (ABRAMOVAY 2012; SAMPAIO 2007). Já no campo da ciência política, em percepção fortemente embasada em dados empíricos, a abordagem pragmática relativa à produção normativa do chefe de governo e, em específico, relativa às MPVs, é menos incriminadora. Mesmo em distintas matrizes teóricas, aponta-se a autoridade legislativa do Presidente como algo recorrente, importante e inerente ao avanço da agenda política e à sustentação de regimes - sejam parlamentaristas, sejam presidencialistas.

Contudo, independentemente da seara, não é comum encontrar autores que abordam o processo interno de elaboração normativa do Poder Executivo brasileiro. O efetivo trâmite das propostas, assim como seus principais pontos de construção e checagem, não são examinados. Não se atenta para o fato de que um texto final apresentado a público traduz, frequentemente, o resultado de uma produção complexa; é fruto de ação coletiva, marcada pelas dificuldades inerentes a processos dessa natureza. Estão invariavelmente presentes elementos conflitantes e ambiguidades de arranjos

¹³⁵ Parte da doutrina que discute qualidade normativa e põe luz sobre dificuldades e inadequações de nossa produção contemporânea usualmente recorre a conceitos tradicionais que, como visto, também estão irremediavelmente em revisão. Generalidade e abstração ainda configurar-se-iam como “*apanágio da lei*” (MENDES 1993, p. 264), fala-se em “*contenção da proliferação legislativa em prol de uma maior segurança jurídica*” (SOARES 2007), e deseja-se combater aquilo que supostamente “*impede os agentes políticos de zelar pela integração sistêmica e racional entre vários diplomas*” (RIZEK JR 2009, p. 46-47). Tem-se como parâmetro, em suma, os tradicionais ideais de coerência e coesão sistêmica, o antigo desenho de comando e controle, o resgate da segurança jurídica supostamente perdida.

multifacetados que combinam modelos de coordenação hierárquica e negocial, inerentes a organizações multiformes como a Administração Pública.¹³⁶

Para além do debate acerca da conveniência e da oportunidade da medida — seja da política pública em sentido estrito, seja do ato normativo que a estrutura —, é durante esse percurso que a proposta pode receber tratamento técnico-jurídico, tanto sob o aspecto formal quanto sob o aspecto substantivo. Os métodos e instrumentos da *meta policy* podem auxiliar a definição e a compreensão de elementos como público-alvo, alternativas jurídico-políticas, custos e benefícios de toda ordem, riscos, incertezas e critérios de mensuração, dentre inúmeros outros. Eles são aplicados (se o forem), essencialmente, durante o processo de formulação e elaboração.¹³⁷

3. A Elaboração Normativa pelo Poder Executivo

A apresentação inicia-se com a exploração da base normativa relativa à produção de leis pelo Poder Executivo. Serão trazidos os atores, as atividades de proponentes e revisores, bem como as competências legalmente postas. Também será mobilizada uma série de elementos práticos que, ao fim e ao cabo, coloreem esse processo. Empréstado livremente a tradicional separação dos realistas entre *law in books* e *law in action*, almeja-se salientar o importante descolamento entre substrato legal e realidade.

3.1. Base Normativa - *law in books*

¹³⁶ Van Gestel e Vranken defendem existir uma espécie de caixa-preta referente aos elementos pré-parlamentares: *"Most legal publications concerning the quality of legislation are focused on the parliamentary phase of the lawmaking process. What happens during the preparatory phase inside and between ministries and government agencies largely takes place in a 'black box' although this is in fact the place where the action is. This is remarkable because that is where the policy problem underlying a bill is first defined, where the data/information is gathered through consultations or otherwise, where alternative regulatory options (non-regulation, self-regulation, co-regulation) are explored, and where trade-offs between those options are discussed etcetera. It is during this pre-parliamentary phase that all kinds of ex ante assessments of the quality of legislative drafts will take place."* (2009, p. 199). Em contrapartida, mostrando existir abordagens próximas daquela que aqui se propõe cf. SUNSTEIN (2013b).

¹³⁷ Tais elementos serão explorados no capítulo seguinte. Eles podem e devem ser retomados no procedimento de avaliação *ex post*, a completar a circularidade procedimental defendida. Há, na feliz expressão de Mendes, um *"dever geral de aferição e adequação dos atos legislativos em vigor"* (1993, p. 268).

A Constituição Federal de 1988 previu no parágrafo único de seu art. 59: “*lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis*”. Após quase 10 anos de tramitação do PLP 123/1989, foi finalmente promulgada a Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998. Trata-se de norma bastante voltada a aspectos formais da elaboração normativa, ao chamado *drafting*, com ditames específicos relativos a técnicas de redação e articulação das unidades do ato legal (artigo como unidade básica subdividido em parágrafos, incisos, alíneas etc).¹³⁸

A Lei Complementar 95/98 foi regulamentada, inicialmente, pelo Decreto 2.954, de 29 de janeiro de 1999, que teve curto período de vigência. Ele replicava e desenvolvia boa parte das regras relativas a aspectos formais, mas também trazia previsões materiais como, por exemplo, prescrições relativas à aferição de resultados em “*projetos de lei que tratassem de matérias técnicas ou tecnológicas complexas* (art. 7º)”.¹³⁹ Também introduzia normas referentes à tramitação de propostas dentro do Poder Executivo Federal (art. 25).

O Decreto 2.954/99 acabou explicitamente revogado pelo Decreto 4.176, de 28 de março de 2002. Tal diploma nasceu sob a justificativa de adequar o texto às mudanças trazidas pela Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001, que alterou o regime das medidas provisórias e explicitou a figura do decreto autônomo na Constituição Federal, bem como de ajustá-lo às mudanças trazidas à Lei Complementar 95/98 pela Lei Complementar 107, de 26 de abril de 2001. Continua vigente e, na prática, é largamente conhecido e aceito pelos atores que participam da elaboração normativa.

O Decreto 4.176/2002 também reproduziu boa parte das normas relativas a aspectos formais do ato normativo, desenvolvendo-a. Já em seu Título II, avançou ao definir o sistema de proposição e exame de atos normativos, estabelecendo procedimentos, competências — com clara distinção entre avaliação de mérito e avaliação jurídica —, e itens a serem obrigatoriamente respeitados quando do envio da proposta. Trouxe ainda dois

¹³⁸ Excepciona-se, por exemplo, o art. 7º, que trata do conteúdo da norma. Veja-se, por exemplo, o art. 7º, II: “*a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão*”.

¹³⁹ *In verbis*: “*Art. 7º. Os projetos de lei que disciplinem matérias técnicas ou tecnológicas complexas devem prever forma de aferição de resultados, tendo em vista a necessária adequação do direito positivo às novas situações, ao desenvolvimento tecnológico ou ao desenvolvimento das relações fáticas e jurídicas. Parágrafo único. Dos projetos de lei que reclamarem avaliação sistemática de resultados, deverá constar cláusula relativa à elaboração de “relatórios de experiência” a serem encaminhados periodicamente a órgão dos Poderes Executivo ou Legislativo.*”

importantes anexos que, seguindo experiências internacionais, moldaram um *checklist* prévio à elaboração normativa. Trata-se de roteiro de perguntas e de elementos a serem observados bastante abrangente para a época de sua edição, especialmente se comparado a atos similares e sugestões até então vigentes (OCDE 1995, 1997a).

O Anexo I trouxe longo rol de “*questões que devem ser analisadas na elaboração de atos normativos no âmbito do poder Executivo*”, estabelecendo parâmetros materiais e legais. Sob a ótica substantiva requereu, por exemplo, (i) a indicação das falhas e distorções que foram verificadas (1.4), (ii) as repercussões sociais e jurídico-econômicas que o problema traz (1.5), (iii) o conjunto de destinatários da norma (1.6), (iv) as causas do problema e as alternativas disponíveis (2.1, 2.2), (v) a verificação da inteligibilidade da norma proposta pelo cidadão (10), (vi) a exequibilidade da norma, considerando, em especial, aspectos de execução das medidas (11.6, 11.7), (vii) a verificação de existência equilibrada entre custos e benefícios, com indicação de ônus relevantes e referência explícita à análise custo-benefício (12, 12.1, 12.4) etc. Sob o aspecto jurídico questionou, exemplificativamente, (i) se a matéria é de competência federal (3), (ii) se está sujeita ao princípio da reserva legal (4.1), (iii) se pode e deve ser tratada por medida provisória (6), (iv) se os direitos fundamentais estão sendo em alguma medida afetados (9) etc.¹⁴⁰

O Anexo II, por seu turno, definiu espécie de resumo das justificativas do anexo anterior. Apresentou um formulário de preenchimento obrigatório, que deve necessariamente acompanhar a proposta normativa, com requisitos como (i) síntese do problema que reclama providências, (ii) solução proposta, (iii) alternativas existentes e avaliadas, (iv) custos, (v) impacto ambiental e (vi) síntese do parecer jurídico.

O decreto ainda previu, em seu art. 37, o encaminhamento das propostas à Casa Civil por meio eletrônico. Assim, editou-se o Decreto 4.522, de 17 de dezembro de 2002, que criou o Sistema de Geração e Tramitação de Documentos Oficiais - SIDOF e organizou, segundo seu próprio texto, “*as atividades de elaboração, redação, alteração, controle, tramitação, administração e gerência das propostas de atos normativos a serem encaminhadas ao Presidente da República pelos Ministérios e órgãos integrantes da estrutura da Presidência da República (art. 1º)*”. O ato definiu a Casa Civil como órgão

¹⁴⁰ As indicações numéricas equivalem à numeração do item como disposto no ato normativo. Para rol completo de exigências, cf <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4176.htm>. Acesso: 11.06.2015.

central e gerente do sistema, composto por unidades setoriais (Ministérios e órgãos integrantes da Presidência) e seccionais (autarquias e fundações públicas).¹⁴¹

Finalmente, importa ainda citar o Manual de Redação da Presidência da República, revisto e atualizado em 2002, à luz do Decreto 4.176/2002.¹⁴² Trata-se de documento peculiar, relativamente híbrido, que mescla diferentes abordagens — a doutrinária e a normativa. Ele traz um robusto rol de previsões pertinentes à redação oficial; padroniza elementos de ortografia e gramática e estabelece diretrizes para as comunicações oficiais.

Em seu capítulo IV, dispõe sobre as chamadas “*questões fundamentais de técnica legislativa*”, em um importante roteiro para a criação e a análise de sugestões normativas. Nesse excerto, propugna a necessidade da avaliação de alternativas, destacando, inclusive, a importância de aspectos relativos à implantação e à execução da lei. Também aponta como fundamental o controle de resultados e seu caráter eminentemente experimental, o que permite a detecção de uma aceitação, ainda que mediata, do pressuposto finalístico-instrumental.¹⁴³

3.2. A Prática da Elaboração Normativa - *law in action*

Pela legislação, qualquer ministério, órgão ou entidade da estrutura da Presidência da República está apto a encaminhar uma minuta de projeto de lei ao Palácio do Planalto.¹⁴⁴ Cada um deles tem acesso ao SIDOF e, cumprindo os requisitos regulamentares, podem inserir propostas normativas no sistema.

3.2.1 Decisão e elaboração

¹⁴¹ Note-se que o SIDOF não se restringe à submissão de atos normativos. Por ele tramitam nomeações, atos concretos, memorandos etc.

¹⁴² Disponível [on line] em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/manual/manual.htm>. Acesso: 21.12.2015.

¹⁴³ Nos termos do texto que abre o capítulo IV: “*Nunca é demasiado enfatizar a delicadeza da tarefa confiada ao legislador. (...) A despeito dos cuidados tomados na feitura da lei (os estudos minudentes, os prognósticos realizados com base em levantamentos cuidadosos, etc.), não há como deixar de caracterizar o seu afazer como uma experiência. Trata-se, porém, da mais difícil das experiências, a "experiência com o destino humano"*”.

¹⁴⁴ Para organização da Presidência e dos Ministérios, cf. Lei 10.683, de 28 de maio de 2003. Trata-se da conversão em lei da MPV 103, de 1º de janeiro de 2003, que inaugurou o Governo Lula. A lei sofre alterações constantes, visto que replica todos os ajustes organizacionais ocorridos no governo federal, à exceção daqueles realizados mediante decreto autônomo. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.683.htm>. Acesso: 10.02.2015.

Em desenho básico, a propositura origina-se na área técnica de determinado Ministério e, a partir de então, é debatida e desenvolvida por aqueles com interesse na matéria — órgãos ou entidades, em especial secretarias intraministeriais. Se houver necessidade de alguma coordenação ou mediação, a tarefa recai, com frequência, sobre a Secretaria Executiva de cada pasta. Após parecer jurídico do órgão competente da unidade (em geral sua Consultoria Jurídica), a proposta é inserida no SIDOF mediante assinatura eletrônica da autoridade máxima do proponente.

Caso o ato tangencie, no mérito, a competência de outras pastas, elas devem ser indicadas como co-autoras. Isso significa que elas o receberão eletronicamente tão logo ocorra sua assinatura original. O texto é então avaliado pelos demais partícipes, que também aportam seus pareceres eletronicamente via SIDOF, por vezes indicando a necessidade de ajustes. A opinião final pelo prosseguimento do ato se dá em um desenho binário de tudo ou nada: se o co-autor opina favoravelmente, o ato normativo segue seu fluxo; se o co-autor opina negativamente, o ato “cai” (nos termos do jargão corrente): dependerá de tratativas e ajustes para eventual nova inserção.¹⁴⁵ O ato chega à Casa Civil, que centraliza e finaliza o trabalho de elaboração normativa, apenas após a assinatura de todos os co-autores. Uma vez detectada a ausência de algum co-autor relevante, o órgão central pode devolver o ato pelo próprio sistema, para que a oitava ocorra corretamente.

Esse fluxo bastante simples merece, contudo, alguns aprofundamentos. É que as imagens mais comuns de formulação de atos normativos em nível federal não representam, efetivamente, a realidade governamental. A primeira apresenta um Ministro, ou um pequeno grupo de servidores a ele vinculados, trabalhando sobre uma idéia e a reduzindo, posteriormente, a um documento normativo concatenado. A segunda, menos personalista e mais gerencial, apresenta um grupo de técnicos debruçados sobre todos os dados disponíveis relativos a determinado problema, por um período de tempo suficientemente amplo, elaborando diagnósticos e uma ampla lista de alternativas. Embora tentadoras ao imaginário (em especial a segunda), nenhuma delas faz jus aos eventos que permeiam o processo decisório.

¹⁴⁵ Ao menos até meados de 2015, o SIDOF utilizava símbolos básicos de concordância e discordância. Se um órgão anuísse com determinada proposta, clicava-se em um sinal de positivo com o dedo polegar na cor verde; se discordasse, o “clique” recaía em um sinal de negativo com o dedo polegar na cor vermelha.

Inicialmente, a definição da agenda e a decisão acerca da elaboração de um ato normativo — seja um ato completamente novo, seja um ajuste a determinado dispositivo legal existente — podem derivar de um complexo e quase infindável rol de fatores, ocorrendo sob os mais diversos fluxos. Há variados motivos, com frequência oriundos de conflitos e disputas entre formuladores, bem como diferentes procedimentos. É fato que eles por vezes provêm de sugestões ou da convicção das autoridades ou de determinado grupo técnico-político. No entanto, também emergem de outros *inputs* internos e externos.¹⁴⁶

Compostos, frequentemente, por problemas conjunturais, os desafios enfrentados por *policies* estruturadas mediante atos normativos acentuam-se ou descaracterizam-se com o passar do tempo, a exigir inovações ou mudanças. Os *inputs* podem surgir, pois, da percepção de problemas técnico-jurídicos que a política pública enfrenta, tanto por parte do alto escalão da gestão governamental quanto por parte da burocracia de nível de rua. Também podem derivar de informes de cidadãos, usuários ou beneficiários. Por vezes decorrem da detecção de falhas ou oportunidades, oriundas de processos avaliativos, não necessariamente sistemáticos.

Decisões emergem, também, como resultados de debates públicos, oitivas da sociedade, trabalhos de *experts*, opiniões de especialistas, avaliação de modelos internacionais ou conferências setoriais. Surgem do trabalho bem sucedido de grupos de *lobby*, ou de coalizões de defesa ou *advocacy*, como aponta por Sabatier (1993, 2007).

¹⁴⁶ Autores como Peci (2011) afirmam que a alta fragmentação, a baixa coordenação entre as unidades governamentais e as disparidades em termos de modelos organizacionais e instrumentos regulatórios aproximariam o processo de formulação de políticas públicas brasileiro — e dos atos normativos que as estruturam — do modelo *garbage can*. Nessa assunção teórica, formas decisórias anárquicas valem-se de "soluções que procuram problemas", com baixo grau de análise efetiva sobre questões específicas: problemas são constantemente reformulados por diferentes agentes, soluções modificam-se frequentemente e competências são pouco claras. De nossa parte, parece possível enxergar o modelo de múltiplos fluxos proposto por Kingdon (1995) com algum grau de adequação explicativa para o desenho brasileiro básico. Não obstante, afirmações peremptórias dependeriam da análise de uma larga literatura de políticas públicas, bastante especializada. Para debates sobre os modelos cf., por todos e sinteticamente, SOUZA (2006). Na linha da ausência de unidade na agenda do Executivo, embora com estudos calcados em dados essencialmente orçamentários, cf. LIMONGI & FIGUEIREDO: "a agenda do Executivo é a resultante de um processo coletivo marcado por conflitos e disputas entre seus formuladores. Nestes termos, mesmo que tomada como exógena ao Legislativo, a agenda do Executivo não tem um titular único e claramente identificado de antemão". (2009, p. 9). Versão disponível [on line] em < http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Limongi/Poder_de_Agenda_e_Políticas_Substantivas.pdf>. Acesso: 04.01.2016.

Nascem de fortes clamores populares ou da pressão dos meios de comunicação.¹⁴⁷ Decorrem, finalmente, de circunstâncias específicas relativas a microssistemas normativos, com suas dinâmicas próprias.

Note-se que a faísca para um novo ato normativo também pode advir da atividade dos outros poderes da República. Um projeto de lei em tramitação sem apoio do governo pode induzir a produção de um ato governamental rival, a confrontar aquele que tramita. Decisões reiteradas de tribunais superiores por vezes exigem alterações legislativas, ao evidenciar falhas legislativas com graves efeitos financeiro-orçamentários. Recorrentes questionamentos judiciais também sinalizam que o ato ou a política que ele conforma não estão atingindo seus propósitos, a requerer, portanto, novos ajustes.

Quanto às motivações, o leque de opções também é amplo. Uma alteração pode ser corretiva, almejando remediar determinada linha de ação, mas também pode ser propositiva, avançando sobre algo já consolidado. Às vezes pretende alterar por completo a abordagem sobre determinado tema, mas às vezes é sutilmente incremental, trazendo pequeno ajuste a algo pré-estabelecido.¹⁴⁸ Algumas têm forte cunho material, visando significativos impactos práticos; outras são meramente simbólicas, com o fito de acalmar ruídos políticos ou sinalizar determinada diretriz aos interessados.¹⁴⁹

Do ponto de vista procedimental, finalmente, existem alternativas em profusão. Ainda há atos com minutas elaboradas a portas fechadas, a poucas mãos. Dependendo da abrangência do tema, há rodadas de negociação intra e interministeriais. Algumas propostas derivam de grupos de trabalho, puramente governamentais ou com a participação da sociedade. Outras surgem, em movimento cada vez mais consolidado, com

¹⁴⁷ Aliás, ajustes legislativos em regra ganham força na ocorrência de eventos marcantes ou trágicos, especialmente no direito penal. Trata-se da idéia de “legislação de pânico”, bastante presente no país. Para debates específicos acerca da produção legislativa penal, com destaque para o papel das ocorrências midiáticas e para a fragilidade das justificativas apresentadas nos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, cf., por exemplo, HABER (2011); PAIVA (2009); PIRES *at alli* (2010). Note-se que esse tipo de produção não é exclusividade brasileira. Para outras referências, cf. BALDWIN (2012, cap. VI e VII); JANSEN & VOERMANS (2006).

¹⁴⁸ Pense-se em uma simples mudança de data ou em uma ampliação de prazo.

¹⁴⁹ Valem aqui as referências relativas às diferentes funções da lei, expostas no capítulo anterior.

a efetiva participação de envolvidos: usuários, beneficiários, sociedade civil organizada e cidadãos, de forma presencial ou eletrônica, de maneira estática ou dinâmica.¹⁵⁰

Em suma: ainda na fase inicial do processo de elaboração legal dentro do Poder Executivo estão imbricados, de maneira inequívoca, inúmeros elementos internos e externos. O desenho padrão enfrenta, em verdade, inúmeras variáveis procedimentais, contextuais e de mérito, não necessariamente controláveis, que atribuem à atividade enorme complexidade. Há, sim, um fluxo sequencial básico de atos normativamente determinado; há, porém, incontáveis fatores que, na prática, influenciam razões e momentos da tomada de decisão.

3.2.2. Decisão e elaboração: percepções adicionais

Algumas percepções adicionais referentes ao momento de decisão e elaboração de um ato normativo no Brasil ainda merecem ser destacadas. De início, é importante perceber que o SIDOF funciona, frequentemente, como repositório de deliberações pré-estabelecidas, e não como *locus* de construção de posicionamentos.

Como os mecanismos de trava de uma proposta por parte de um co-autor são relativamente simples — um órgão pode discordar de determinada proposição e “derrubá-la do sistema”, ou mesmo deixá-la “dormindo”, visto que a proposta somente chega à Casa Civil com a manifestação de todos —, a mera inserção no SIDOF é bastante arriscada. Nada garante seu andamento ou tratamento por parte dos demais.

Dessa forma, atos relevantes exigem uma estratégia prévia, que envolve o convencimento de pares acerca da importância da política e de seu ato instituidor ou modificador, bem como da conveniência e da correção das medidas sugeridas. É necessário um trabalho de sensibilização, que envolve contatos ou visitas preparatórias aos demais partícipes governamentais, de modo a atribuir mais peso àquilo que será inserido no

¹⁵⁰ Em que pese não esteja no escopo desta tese, afirma-se que os elementos contemporâneos mais inovadores no processo de elaboração normativa talvez sejam aqueles vinculados à democratização do processo, mediante portais de consulta, plataformas colaborativas e o chamado *crowdsourcing*. No Brasil, vide experiências bem sucedidas relativas ao Marco Civil da Internet e aos processos de construção colaborativa dos novos projetos de lei de direitos autorais e de proteção de dados pessoais feitos pelo Ministério da Justiça. Cf <<http://participacao.mj.gov.br/>>. Acesso: 12.10.2015. Para política nacional de participação social, cf. SPÉCIE (2015). As idéias de modelo participativo estático e dinâmico, propostos por Almeida (2015b), serão apresentadas no capítulo seguinte.

SIDOF.¹⁵¹ A estratégia antecipa o que o sistema se propõe a realizar de maneira eletrônica: obriga o contato entre os pares, permite que pontos de discordância sejam previamente mapeados, discutidos e, eventualmente, superados.¹⁵²

Em verdade, estão em causa dificuldades de coordenação e processo decisório inerentes a organizações complexas e multiformes, que contemplam diferentes arranjos e padrões de relacionamento intra e inter departamentais, como o Poder Executivo brasileiro. Sob a ótica da coordenação hierárquica, estão presentes as assimetrias informacionais, especialmente nas correias de transmissão entre centro e periferia de governo; há situações de intervenção seletiva aliadas a situações de centralização excessiva. Sob a ótica da negociação coordenada, colocam-se os dilemas inerentes à negociação, bem como os limites de jogos com inúmeros atores.

No que tange à relação entre diferentes unidades (no caso, entre Ministérios setoriais), convivem episódios de coordenação positiva — em que diferentes departamentos buscam maximizar a eficiência e a efetividade da política dadas as alternativas existentes — e, fundamentalmente, episódios de coordenação negativa — em que as unidades protegem seus próprios interesses da interferência da nova ação estatal (SCHARPF 1994).¹⁵³

Finalmente, note-se que, na prática, a atividade eminentemente “jurídica” feita pelas consultorias jurídicas dos Ministérios não ocorre, como regra, ao longo de todo o processo de construção da política e da norma que a estrutura. É frequente o descolamento entre a elaboração técnica da *policy* empacotada em ato normativo e a avaliação jurídica do

¹⁵¹ A história da criação do Marco Civil da Internet, discutido desde 2008 dentro do governo federal, sob a liderança da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça - SAL/MJ e com o apoio do Ministério da Cultura e do Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas - CTS/FGV, com suas incontáveis rodadas governamentais prévias à elaboração de suas duas exposições de motivos, em 2010 e em 2011, é exemplar nesse quesito. Cf. G. ALMEIDA (2015b). A lei foi finalmente aprovada em 2014 (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014).

¹⁵² Não se considera, por motivos metodológicos, a relação com atores não-governamentais, que é aspecto cada vez mais central ao *lawmaking*.

¹⁵³ Nas palavras do autor, “*positive coordination is an attempt to maximize the overall effectiveness and efficiency of government policy by exploring and utilizing the joint strategy options of several ministerial portfolios*”; e “*negative coordination, by contrast, is associated with more limited aspirations. Its goal is to ensure that any new policy initiative designed by a specialized subunit within the ministerial organization will not interfere with the established policies and the interests of other ministerial units.*” (SCHARPF 1994, p. 38-39). Segundo Scharpf, a coordenação negativa seguiria a lógica de Pareto, enquanto que a coordenação positiva seguiria a lógica do modelo de Kaldor-hicks. Para diferenças entre Pareto e Kaldor-Hicks, cf., dentre inúmeros outros, PARISI e KLICK (2004). Para dificuldades de relação entre governo central e agências, cf. PECI (2009, 2011).

próprio ato, embora aqui se defenda que o aspecto jurídico permeia — deveria permear — todo o ciclo criativo. Isso acarreta uma série de entraves e dificuldades.

Um ato introdutório de políticas públicas pode ser discutido por vários meses, por diversas etapas, e encontrar ao seu final uma barreira jurídica apontada como intransponível — seja ela real, seja ela fictícia. Ela pode estar constitucionalmente correta, mas também pode estar calcada em uma avaliação equivocada do advogado público, ou mesmo em uma propensão a assumir riscos menor do que o nível já aceito pelo gestor técnico-político responsável pela área.

Em vetor oposto, também não se aproveitam na formulação da *policy* as experiências jurídicas anteriores, positivas ou negativas. Não há, nos primeiros momentos, avaliações jurídico-estratégicas acerca da possível percepção de determinada proposta por parte dos tribunais. O *regime de efeitos* da norma (BUCCI 2013) pode ficar bastante comprometido, visto que o “parecerista jurídico” não participou do diagnóstico e da profilaxia ali exarada.¹⁵⁴

Independentemente da correção das posições jurídicas exaradas, o fato é que esse frequente estranhamento fomenta profundos e injustificáveis ares de “tecnicidade” a ambas as pontas da relação. Juristas não participam das “questões técnicas” que envolvem a criação de uma política pública; gestores e políticos não participam da “atividade especializada” que envolve a finalização jurídica de um diploma legal. Acentua-se um fosso que, dada a característica cíclica e o entrelaçamento entre ato normativo e *policy* discutidos anteriormente, deveria ser diminuído. Também se reduz, em muitos momentos, o papel do operador do direito, que acaba circunscrito a elementos meramente formais.

3.2.3. O papel da Casa Civil da Presidência da República

¹⁵⁴ Uso propositadamente a idéia de parecer jurídico, na linha do que trouxe Nobre (2004), visto que parcela substantiva do trabalho realizado nas propostas normativas segue fortemente o padrão ali descrito. No mais, é claro que o processo administrativo que dá substrato material à decisão possui documentos e informações pertinentes ao processo decisório e à motivação da norma; o advogado público também pode solicitar informações adicionais e qualificar seu trabalho.

O que se defende, aqui, é que a participação efetiva durante todo o ciclo de formação da política, especialmente durante o quartil de formulação e elaboração, traz impactos substantivos fundamentais à compreensão da política e à sua aceitação. A relação direta amplia o leque de informações que permitirão ao operador do direito avaliar novas justificativas jurídicas ou alternativas àquilo que se coloca como legalmente arriscado ou inaceitável. A participação do jurista como elemento da equipe de formulação e de avaliação da norma, agregando seu ferramental prático-teórico às *expertises* de outras áreas do conhecimento, será retomada no capítulo final desta tese.

A proposta normativa atinge a Casa Civil se inserida no SIDOF pelo proponente e se obtido o aval de todos os demais co-autores (caso necessário). Deve obrigatoriamente estar instruída com a minuta normativa, sua exposição de motivos (EM ou EXM),¹⁵⁵ o anexo II do decreto 4.176/2002 preenchido, além dos pareceres técnicos e jurídicos que a embasam. Segundo a legislação — Lei 10.683/2003 (art. 2º), decreto 4.176/2002 (em especial art. 34 a 36), Decreto 4.522/2002 e Decreto 5.135/2004 (em especial art. 15 e 16) —, cabe à Casa Civil exercer o papel de coordenação.

Para além da direção das atividades de elaboração, redação, alteração das propostas, também lhe compete, de acordo com o art. 34, I, do Decreto 4.176/2002, "*examinar a constitucionalidade, a legalidade, o mérito, a oportunidade e a conveniência política das propostas de projeto de ato normativo*". E ela assim o faz, especialmente mediante duas de suas Subchefias: a Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (SAG) e a Subchefia para Assuntos Jurídicos (SAJ).¹⁵⁶

Outros Ministérios também exercem papel relevante nesse processo — seja por razões históricas, seja por razões circunstanciais, seja por determinação legal. Ministério da Fazenda (MF), Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) e, em certa medida, Advocacia-Geral da União (AGU), no âmbito de suas competências, são os parceiros mais recorrentes da Casa Civil na análise das propostas, sendo frequentemente consultados — se é que ainda não o foram via SIDOF.¹⁵⁷ Participam efetivamente da finalização dos atos em questão.

Ato contínuo à chegada na caixa de entrada do gerente do SIDOF (CC), o projeto é distribuído em paralelo para SAG e SAJ. As Subchefias têm estrutura própria e modo particular de funcionamento, mas há em ambas uma divisão organizacional básica que atende a critérios materiais similares. Existem núcleos internos que lidam com determinados tipos de proposituras, como os núcleos econômico, social ou de infraestrutura. À SAG caberia avaliar custos, benefícios, alternativas de mecânica regulatória, compatibilidade com as demais ações estatais e coerência frente aos objetivos do governo.

¹⁵⁵ Se a exposição de motivos é interministerial, EMI ou EXMI.

¹⁵⁶ A Casa Civil é composta por mais uma Subchefia, a Subchefia de Articulação e Monitoramento - SAM, além de outros órgãos e entidades previstos no art. 2º do Decreto 5.135/2004.

¹⁵⁷ O Ministério da Justiça (MJ) também tem papel central nesse contexto, apesar de participar menos da formulação e mais do procedimento de sanção e veto do Executivo. Ademais, como se verá adiante, a então chamada Secretaria de Relações Institucionais (SRI), hoje Secretaria de Governo, é relevante para a deliberação final.

À SAJ caberia avaliar o que convencionalmente se chama de "legalidade, juridicidade e constitucionalidade", sendo-lhe pertinente os aspectos formais relativos à redação final.

Núcleos correspondentes de SAG e SAJ conversam entre si, tiram dúvidas, pedem esclarecimentos e fecham posição sobre o texto. Em tese, um ato positivamente avaliado por ambas está apto, sob o ponto de vista jurídico e de mérito, a ser levado à apreciação superior. Passa-se, então, aos exames de conveniência, oportunidade e estratégia político-legislativa. Na prática, porém, não há tamanha linearidade. Assim como na fase de elaboração, há incontáveis elementos que permeiam essa etapa.

De início, como adiantado, nem todos os problemas são resolvidos via SIDOF. Um acordo entre co-autores pode manter uma proposta no sistema, mas assumir o compromisso de solucionar divergências na momento da avaliação pela Casa Civil. Ademais, embora haja inúmeros atos normativos de mero expediente, simples e recorrentes, que não apresentam dificuldades, boa parte das propostas contém arestas a serem aparadas, divergências a serem consideradas e arbitradas, que demandam reuniões de coordenação e (infundáveis) rodadas de (re)negociação. Mediadas pela Casa Civil, elas têm o intuito de diminuir fricções e de atingir um texto final que tenha, senão a plena concordância, ao menos a aceitação dos envolvidos.

Em segundo lugar, em algumas ocasiões a relação entre órgão setorial e órgão central de governo assemelha-se àquela entre grupo de pressão e decisor, entre requerente e requerido. Um projeto de lei pode ser enviado à Casa Civil por um Ministério como forma de forçar a entrada de determinado tema na agenda governamental, ou como resposta a grupos de pressão. É subterfúgio que desloca a sede do debate.

Em terceiro lugar, e quiçá o ponto de maior relevo, em casos complexos é bastante difícil observar clara separação entre o que se refere ao mérito e o que se refere à formatação legal de um ato normativo. Como dito, decisões de *policy* impactam o delineamento legal, assim como questões jurídicas alteram o desenho da política ali conformada. Assim, na prática governamental cotidiana há alguma sobreposição entre as atividades de SAG e SAJ, em especial quando em causa o mérito de uma proposta normativa. Tal justaposição reflete-se na condução por vezes imprecisa — ora paralela, ora conjunta — da coordenação das ações.

Sob o ponto de vista da gestão pública, a dificuldade na clareza das atribuições pode derivar do desenho institucional do órgão ou, em outra chave metodológica, de características pessoais de gestores e equipes. Tais elementos têm potencial explicativo forte, mas também aqui parece haver diagnóstico parcial e limitado. Ao se considerar o avanço da configuração finalístico-instrumental do ato normativo contemporâneo, tomado essencialmente pelo que ele faz e pelos efeitos da política pública que ele emoldura, a questão parece prévia e mais profunda. Não basta dizer que decisões de mérito têm impacto sobre a conformação normativa e vice-versa; em certa medida, elas se confundem. Hoje, uma decisão de cunho técnico-jurídico delinea-se, em grande parte, como uma decisão de mérito. O inverso também parece verdadeiro.

Finalmente, considerando o arcabouço jurídico existente, em um procedimento típico seria esse o momento de serem empregados os instrumentos de uma efetiva política legislativa. À SAJ caberiam os componentes de *drafting*, eventual análise de risco jurídico e revisão final da minuta. À SAG caberia apresentar ou requerer elementos avaliativos, *ex ante* ou *ex post*, produzindo-os de moto próprio ou examinando informações recebidas via Anexo II do Decreto 4.176/2002.

Também caberia a ambos, em conjunto com os proponentes, a eventual readequação de previsões com vistas à simplificação regulatória, à efetividade das previsões normativas e à direção de comportamentos. Nesse momento deveriam ser (re)avaliadas alternativas legislativas e não legislativas, a escolha de modalidades ou mecanismos outros que não o tradicional desenho de comando e controle, bem como propostas de testes legislativos e leis temporárias, dentre outras possibilidades. Contudo, como se verá adiante, tal tarefa é exercida de forma bastante reduzida.

3.2.4. Conveniência, oportunidade e estratégia legislativa

Esgotadas as tratativas e estabelecida a minuta final, sob o ponto de vista técnico o projeto e as eventuais divergências pendentes estão prontos para a avaliação político-estratégica.¹⁵⁸ Os atores afetados ou potencialmente afetados já foram — ou deveriam ter sido — mapeados, bem como os riscos materiais e jurídicos já deveriam ser conhecidos.

¹⁵⁸ No exemplo norte-americano, Sunstein chama esta etapa de *elevation* (2013b, p. 1855 e ss.).

A decisão passa agora pelos clássicos crivos de conveniência e oportunidade que, todavia, não se reduzem ao que normalmente aponta a doutrina administrativista. Não basta reconhecer que aqui reside o chamado “mérito administrativo”, o espaço discricionário ofertado ao administrador para a escolha entre alternativas juridicamente aceitáveis.¹⁵⁹ Há fortes elementos temporais que permeiam a decisão, bem como chaves orçamentárias e político-partidárias a serem consideradas.

Do ponto de vista temporal, é usual a percepção de que medidas duras e corretivas, com impacto negativo na opinião pública, são geralmente tomadas em início de mandatos, quando o peso do apoio popular e a consequente da legitimidade de origem ainda estão presentes.¹⁶⁰ Ademais, anos pares, marcados pelos períodos eleitorais no Brasil, trazem consigo uma importante contaminação dos debates pelo componente partidário, que deve ser levada em conta. As ameaças de “pautas-bomba” — expressão utilizada pelo jornalismo político, designando a possibilidade de votação de projetos contrários à orientação do governo, geralmente com forte impacto orçamentário — estão sempre presentes, ampliando esforços governamentais no trabalho reativo.¹⁶¹ Frequentemente também se alega existir, em tais momentos, uma forte redução na agenda de votação, o que requer, contudo, maior comprovação empírica.¹⁶²

Avaliar a conveniência e a oportunidade de edição de um ato normativo envolve ainda a verificação concreta da agenda política. Especialmente quando em causa medidas remetidas ao Congresso Nacional, em um desenho de co-legislação, a avaliação do impacto que o envio pode causar nos demais atos em tramitação, e vice-versa, ganha importância. Uma MPV editada na sequência de inúmeros outros projetos polêmicos pode encontrar uma janela menor de votação em plenário, devido ao seu tempo de vigência constitucionalmente pré-estabelecido, com maiores riscos de não aprovação dentro do

¹⁵⁹ Para abordagens tradicionais nesse aspecto cf. por exemplo ARAGÃO (2009; 2013, p. 161); ARAÚJO (2007, p. 463); CARVALHO FILHO (2007, p. 42). Para críticas cf. ADAMI (2007); SUNDFELD (2014a).

¹⁶⁰ Para legitimidade de origem vs legitimidade de exercício, cf. BOBBIO, MATEUCCI & PASQUINO (1994).

¹⁶¹ Cf., por exemplo, <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/11/parlamentares-podem-votar-projetos-que-aumentam-gastos-do-governo.html>>; <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/10/renan-nega-pauta-bomba-no-senado-e-promete-votar-divida-dos-estados.html>>; <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,oposicao-na-camara-trabalha-por-pauta-bomba,1130490>>. Acesso: 20.02.2015.

¹⁶² Tal percepção não pareceu ter comprovação fática imediata. É verdade que no segundo semestre de anos pares reduz-se a atividade parlamentar e são montadas agendas concentradas de votação. Contudo, os dados do período entre 2007 e 2012 abaixo analisados mostram que, ao menos no que tange à produção de leis ordinárias, a alegada redução não é significativamente sentida.

prazo constitucionalmente posto. As polêmicas dos debates antecedentes podem esgotar seu tempo de tramitação. Por outro lado, uma MPV de conteúdo polêmico talvez encontre um bom momento político de edição durante debates acalorados sobre outro tema, a dividir a atenção da opinião pública.

Quanto aos atores, importa saber se os agentes políticos e sociais envolvidos com a medida legislativa estão ou não mobilizados, se estão fortalecidos ou enfraquecidos, e qual o grau potencial de apoio ou contrariedade. O procedimento de construção do ato — mais ou menos aberto, mais ou menos participativo — exerce aqui grande influência: bons trabalhos prévios reduzem eventuais efeitos negativos provenientes de ajustes legislativos, e podem angariar apoio para o debate público.

Finalmente, em breve parênteses, interessa notar que o grau de abertura, clareza e especificidade normativa também pode variar conforme elementos de conveniência e oportunidade. A amplitude da previsão legal, inicialmente, tem variáveis relevantes. Considere-se, por exemplo, o grau de certeza sobre determinada regulamentação: maior convicção na escolha legislativa geralmente leva a documentos mais “fechados”. Ela também varia conforme o grau de discricionariedade que se pretenda atribuir à burocracia ou ao decisor.

Quanto à clareza, sua intensidade pode derivar do grau de compromisso político atingido. Primeiro, a ambiguidade é saída usual para conflitos políticos (RIZEK JR 2009, p. 16). Depois, a própria doutrina constitucional contemporânea tem se atentado para estratégias de não-decisão e de diferimento de opções custosas ou difíceis. Elas transferem a outros atores ou prorrogam a definição sobre algum assunto complexo para outro momento ou nível legislativo (DIXON & GINZBURG 2011).

Há, em suma, um longo rol de componentes que envolvem a tomada de decisão, tanto em seu aspecto material quanto em seu aspecto formal. Para o presente trabalho, compreenda-se que a estratégia legislativa existe, importa e impacta a formatação jurídico-regulatória (e vice-versa). São evidentes os efeitos que os elementos expostos produzem no resultado legislativo, bem como sua dependência de elementos conjunturais. A decisão acerca da propositura de uma medida provisória ou de um projeto de lei é claramente influenciada pelo cenário político e pela potencial agenda de votação futura.

Um último tópico é relevante. É que apontar a existência desse enorme conjunto de elementos de pressão inerente ao cotidiano da produção normativa não equivale a dizer que tais ingredientes são devidamente sistematizados, sopesados e avaliados. Imagens de estratégias bem desenvolvidas e pré-determinadas, capazes de antecipar vários passos do encadeamento político-legislativo, não delineiam o complexo cotidiano da elaboração legal com exatidão.

Os processos são, no mais das vezes, caóticos e labirínticos, com ambigüidades inerentes às ações coletivas e aos diferentes tipos de coordenação já citados. Por óbvio que o trabalho dos órgãos proponentes, da Casa Civil e da antiga Secretaria de Relações Institucionais (agora Secretaria de Governo), responsável pela relação com o Parlamento, é vital, visto que congregam as informações mais relevantes pertinentes à matéria. Todavia, a avalanche de ações e medidas concomitantes em tramitação, o ritmo do dia-dia governamental e a baixa atenção tradicionalmente atribuída à fase de formulação levam a arbitramentos rápidos e, até certo ponto, simplificados.

Por outro lado, também parece certo que a atividade política e, porque não afirmar, a decisão normativa final, tem forte cunho de razão prática. Muitos dos componentes citados são recorrentes e conhecidos pelos atores centrais, fazendo parte do ambiente que cerca esse processo produtivo. Em suma, há enorme complexidade; contudo, há aqueles já acostumados a tal.

4. A Abordagem Técnica

Visto em grandes linhas o percurso da elaboração normativa primária dentro do Executivo, cabe agora deter atenção aos aspectos técnicos que envolvem — ou poderiam envolver — a produção da norma. Há inúmeras ferramentas, métodos e modalidades

aplicáveis ao *lawmaking*, sendo que muitos deles já estão previstos na legislação. Todavia, são normalmente tratados de forma segmentada, difusa e assistemática.¹⁶³

Ao apresentar algumas experiências internacionais no capítulo seguinte, com ênfase em União Européia e EUA, será proposta uma readequação analítica dos instrumentos aqui envolvidos. Já se viu que a lei pode exercer variadas funções, especialmente ao estruturar políticas públicas, o que dificulta o uso de categorias analíticas. Não obstante, há sugestões que, independentemente da função em tela, auxiliam o esforço explicativo. Para além das duas mais freqüentes dicotomias referentes às modalidades avaliativas — (i) avaliação formal e de mérito, sob o aspecto de conteúdo,¹⁶⁴ e (ii) avaliação *ex ante* e *ex post*, sob o aspecto temporal —,¹⁶⁵ será sugerida uma nova divisão em quatro eixos centrais:

- (i) *aspectos internos de qualidade legislativa*, como elementos redacionais, a simplificação da linguagem, o uso de componentes não-textuais e alguns elementos da abordagem comportamental (visibilidade de pontos-chave etc);
- (ii) *aspectos de mecânica legislativo-regulatória*, como modalidades alternativas ao mecanismo de comando e controle e o uso de outros elementos de abordagem comportamental (*nudges*, regras padrão etc);
- (iii) *aspectos metodológicos em sentido estrito*, utilizados na avaliação prospectiva e retrospectiva da norma, assim como na mensuração de seus resultados; tem-se como carro-chefe o conceito-gênero da análise de impacto regulatório (RIA), e modalidades metodológicas como análises custo-benefício, custo-efetividade, de risco, multi-critérios, e o modelo do custo padrão (SCM);

¹⁶³ Como adiantado, e como será retomado adiante, não estão em causa os instrumentos e as ferramentas já utilizadas no Brasil no âmbito das agências reguladoras. Está em análise a produção normativa pela Administração Direta federal, a partir da Presidência da República, não estando no escopo desta tese a legislação secundária produzida pelas agências setoriais. Vale notar, porém, como adianta Peci (2009), que mesmo nas agências isso se dá de maneira frágil, fragmentada e bastante desvinculada da formulação das *policies*, com variações de acordo com a agência avaliada. Para outros autores no tema, cf. SAMPAIO (2010); VALENTE (2010). Cf. ainda OCDE (2008a).

¹⁶⁴ Há quem defenda terceira espécie (MORAIS 1999), derivada da chamada legística organizativa, destinada às possíveis formas de atuação na organização do cipoal normativo.

¹⁶⁵ Karpen (2009) defende existir uma terceira espécie, qual seja, a “avaliação concorrente”.

(iv) *aspectos construtivos e de coleta de informações*, como itens de democratização do processo legislativo, testes e experimentos legislativos, *sunset clauses* etc.

Para o momento, é suficiente utilizar as figuras básicas da avaliação formal e material, bem como as categorias normativas já previstas em lei, dado que elas são o ferramental utilizado no âmbito do Executivo Federal. Como visto, a legislação vigente prevê uma série regras e diretrizes, tanto indicativas quanto obrigatórias, que configuram um desenho básico de política legislativa. Tanto a Lei Complementar 95/98 quanto o Decreto 4.176/2002 trazem elementos formais, substantivos e, em especial, um *checklist* prévio à elaboração normativa. As “*questões que devem ser analisadas na elaboração de atos normativos no âmbito do poder Executivo*” do Anexo I estabelecem os parâmetros a serem observados.

4.1. Aspectos Formais

Os elementos de forma, redacionais e de articulação da minuta normativa são, como regra, adequadamente observados em âmbito federal. As consultorias jurídicas dos Ministérios têm na legislação citada seu instrumento cotidiano de trabalho, o que confere aos textos originais, em significativa parcela dos casos, um bom aspecto redacional. Ademais, a experiência da SAJ no ajuste das minutas, aliada ao trabalho revisional feito pelo chamado “apoio administrativo”, bastante regrado e rígido, atribui coerência às definições e aos dispositivos emitidos ao longo do tempo.¹⁶⁶

Além do estabelecimento de definições, há interpretações incrementalmente ajustadas e internamente difundidas sobre os mais variados aspectos, como a elaboração do preâmbulo e da ementa, o tratamento relativo à numeração, a remissão a outros

¹⁶⁶ Ao menos até meados de 2015 a revisão final do ato normativo era feito por um núcleo da SAJ conhecido como “apoio administrativo”, com procedimentos e *checklists* rígidos e definidos, baseados na legislação e no Manual de Redação da Presidência da República, de modo a minimizar a ocorrência de equívocos redacionais.

dispositivos e a citação de órgãos e entidades.¹⁶⁷ Também se atribui bastante atenção aos dispositivos referentes à revogação explícita (sempre preferível às revogações genéricas).¹⁶⁸

A articulação das unidades básicas do ato normativo (artigos, parágrafos, incisos, alíneas, itens) e seu agrupamento em seções, capítulos, títulos etc, segue um padrão que almeja atribuir maior simplicidade e inteligibilidade à norma. O mesmo vale para as exigências de clareza, precisão, uniformidade de tempo verbal (Decreto 4.176/2002, art. 23 e 24; Manual de Redação da Presidência da República) etc.

Aponte-se que ainda não avançou, em nível federal, a consolidação de leis de mesma temática, apesar da ocorrência de algumas iniciativas nesse sentido. A integração de normas pré-existentes pertinentes a uma mesma matéria num único diploma legal, com meras adaptações formais de modo a evitar divergências ou sobreposições, sem modificação de alcance nem interrupção da força normativa dos dispositivos consolidados, é explicitamente prevista pela Lei Complementar 95/98 (art. 13-17)¹⁶⁹ e pelo Decreto 4.176/2002 (art. 26-32; art. 42-51). O trabalho é bem desenvolvido em outras jurisdições como UE, Grã-Bretanha (onde há a *Law Commission*) e EUA (onde há o *US Code*, sob responsabilidade do *Office of the Law Revision Counsel*), mas ainda não obteve centralidade no processo de elaboração normativa brasileiro.¹⁷⁰

Note-se, finalmente, que talvez resida na técnica legislativa ou no *drafting* a maior preocupação da escassa doutrina que lida com o processo de elaboração normativa no

¹⁶⁷ Em trabalho que garante continuidade e evita perda de memória institucional, o “apoio administrativo” produz e atualiza um “Manual de Procedimentos” que consolida decisões relativas à elaboração dos atos normativos.

¹⁶⁸ Trata-se de evitar a cláusula “Revogam-se as disposições em contrário”, que gera dúvidas a respeito do que foi atingido e impede trabalho confiável de sistematização das normas válidas, como ocorre no Portal da Legislação.

¹⁶⁹ Trata-se de alteração trazida pela Lei Complementar 107/2001.

¹⁷⁰ Para histórico, modalidades de simplificação — coleção, consolidação, codificação —, técnicas e métodos, exemplos internacionais e sugestões, cf., por todos, RIZEK JR (2009). Para *Law Commission* inglês, corpo técnico independente criado em 1965, cf. <<http://lawcommission.justice.gov.uk/>>. Acesso: 21.06.2015. Para experiência norte-americana, baseada na compilação do *US Code* e no trabalho do *Office of the Law Revision Counsel*, cf. <<http://uscode.house.gov/>>. Acesso: 21.06.2015.

No Brasil, as tarefas de consolidação nunca obtiveram êxito. Com a publicação da LC 95/98 e do Decreto 4.176/2002, a Casa Civil montou uma *Comissão de Consolidação*, coordenada pelo então subchefe para assuntos jurídicos Gilmar Mendes, que enviou dez projetos de revogação ao Congresso Nacional; todavia, não houve desfêcho completo à tarefa (2009, p. 287 e ss.). O Parlamento também criou Grupo de Trabalho de Consolidação das Leis, em 1997, a funcionar de fato apenas a partir de 2007, sem maiores resultados. O mesmo destino deu-se mais recentemente, ao menos sobre esse tema, com a *Comissão Mista de Consolidação da Legislação Federal e Regulamentação de Dispositivos da Constituição Federal*. Para dificuldades similares em Portugal, cf. MORAIS (2009).

Brasil. Discutem-se elementos redacionais e, também, os princípios inerentes à construção de textos legislativos — clareza, objetividade e acessibilidade —, em que pese não haja debates sobre componentes mais recentes como técnicas comportamentais ou elementos não-textuais. Ela ainda é composta, majoritariamente, por atores diretamente envolvidos com o processo legislativo, como consultores legislativos, servidores e assessores de casas parlamentares. Como aponta Haber, "*é mais comum verificar uma preocupação com os aspectos formais da lei e do que propostas de avaliação de seu conteúdo*" (2011, p. 131).

4.2. Aspectos Materiais

É o campo da legística material que aqui mais interessa. Em nível federal, há importantes iniciativas como o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação - PRO-REG, detalhado abaixo,¹⁷¹ ou mesmo a atuação de agências reguladoras que, em seu mister, utilizam cada vez mais instrumentos como análises de impacto regulatório em suas diversas metodologias (como as avaliações custo-benefício ou custo-efetividade).¹⁷² Há também avanços em nível estadual, como o trabalho realizado pela Assembléia Legislativa de Minas Gerais.¹⁷³

Não obstante, tendo como foco a produção legislativa do Executivo federal, Meneguim (2010) e Soares (2007) já adiantaram que, no que tange às previsões avaliativas de mérito, o Decreto 4.176/2002 não é observado de maneira cuidadosa. Em ótimos estudos de caso, Salinas (2008, 2012) explicita aquilo que a prática intragovernamental cotidiana percebe: o uso do anexo I e o preenchimento do anexo II do Decreto 4176/2002, base material da *meta-policy* em questão, ocorrem como mero cumprimento automático de exigência burocrática:

¹⁷¹ Cf. item 4.4, abaixo.

¹⁷² Lembre-se que, por recorte metodológico, o foco da presente tese reside na produção normativa da Administração Direta. Para o debate nas agências cf. CASTRO (2014); PECI (2009, 2011); SAMPAIO (2010); VALENTE (2010).

¹⁷³ Cf., para debates, ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (2009); HABER (2011, p. 134). A Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) lançou recentemente, em seu programa de pós-graduação, área de estudo chamada *Teoria da Legislação, Legística e Legimática*, sob a coordenação da Profª Fabiana Soares, em importante avanço para os estudos sobre o tema. Disponível em <<http://www.pos.direito.ufmg.br/docs/selec2015anexoIII.pdf>>. Acesso: 06.03.2015.

a prática revela que a referida lista de verificação tem sido respondida de forma eminentemente burocrática, em que não raramente o autor da proposta de ato normativo restringe-se a responder todas as perguntas negativamente - afirmando, por exemplo, que não há outras alternativas para resolver o problema que a norma se propõe a solucionar, ou que a norma não produz impactos sobre o meio ambiente - sem, no entanto, fundamentar tais respostas (2008, p. 67).

Ainda não está encampada em nosso ciclo de elaboração normativa uma abordagem sistemática referente à qualidade da lei sob o ponto de vista substantivo. Em regra, são estranhas ao debate legislativo brasileiro referências aos componentes da *meta policy*. São escassas as preocupações sobre alternativas normativas ou sobre opções de mecânica legislativo-regulatória — seja o tradicional desenho de comando e controle, sejam abordagens baseadas em incentivos econômicos, publicização obrigatória de informações ou mesmo desenhos de auto-regulação. São raras as menções a alternativas não normativas, ou a motivos de não adoção da chamada “opção zero” (ou seja, a não atuação).¹⁷⁴

Sob a ótica das ferramentas e das metodologias em sentido estrito que compõem as políticas legislativo-regulatórias, discussões sistemáticas relativas a custos (contábeis ou de oportunidade, de atuação ou administrativos), bem como a benefícios líquidos, também são incomuns. O mesmo vale, em regra, para o uso de ferramentas como análises de risco ou multi-critério.

Finalmente, também não é dominante a verificação de aspectos de eficácia alocativa ou de efeitos distributivos, bem como outras análises frente a objetivos sociais, econômicos e ambientais previamente definidos pelo governo, salvo em unidades específicas como a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE.¹⁷⁵ A escolha do instrumento legislativo mais apropriado para determinada finalidade, bem como o levantamento de eventuais dificuldades de captação de

¹⁷⁴ No mesmo sentido entendeu a OCDE (2008a).

¹⁷⁵ A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE realiza, com base no que prevê o art. 19 da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, algo próximo a uma análise de impacto regulatório, explicitamente baseada no que foi estabelecido pela OCDE em 1995. Embora fundamental à avaliação das propostas de âmbito federal, o trabalho aproxima-se de um *checklist* que, em casos específicos, é aprofundado. Dada a baixa institucionalidade do modelo, as avaliações eram frequentemente vistas pelos pares como “intervenções indevidas”. Para estudos cf. <<http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/manifestacoes-sobre-regras-regulatorias>>. Acesso: 21.11.2015. Para outras previsões normativas que já davam lastro a avaliações *ex ante*, em especial na modalidade custo-benefício, cf. SAMPAIO (2010); VALENTE (2010).

informações, *enforcement* e *compliance*, não se incluem de maneira perene em boa parte dos debates.

Há, em suma, baixíssima influência das previsões substantivas no efetivo trabalho de construção da lei, e cumprimento mecânico-formal das exigências da legislação. Esse preenchimento pró-forma deve ser entendido mais a fundo, em que pese não seja exclusividade pátria.¹⁷⁶ O ponto insere-se em questão mais ampla, qual seja, a falta de sistematicidade do processo como um todo. Entretanto, ele aqui ganha contornos mais graves: revela o baixo grau de atenção aos elementos qualitativos, a frágil institucionalidade de núcleos voltados à avaliação de qualidade da legislação e, claro, a diminuta força cogente da *meta policy* formalmente vigente.

4.3. Diagnóstico e Hipóteses Teórico-práticas

Em resumo, é razoável cogitar que, para relevante parcela da produção normativa, há um enorme descompasso entre os aspectos formais e materiais no que tange ao uso do ferramental disponível e à preocupação com a qualidade do produto final. Se sob a ótica formal os textos parecem estar, em certa medida, adequados, sob a lupa material tanto a prática cotidiana quanto a literatura apontam que se parte de diagnósticos inexistentes ou pouco sustentados em dados empíricos. Pouco se discute acerca das alternativas legislativas e não legislativas. Projetam-se finalidades e objetivos amplos e não mensuráveis, quando existentes, sem recortes claros de espaço e tempo.¹⁷⁷ Não se afirma inexistir preocupação material; afirma-se, sim, que ela está muito aquém daquilo que a política legislativa brasileira há mais de uma década prevê.

Por certo que diferentes linhas explicativas podem ser mobilizadas para aclarar os motivos de tão baixa adesão aos comandos da política legislativo-regulatória atual. Embora não seja objetivo central dessa tese, que neste tópico almeja apenas detectar e descrever

¹⁷⁶ O *ticking-the-box* também é recorrente na literatura estrangeira. Cf. LODGE & WEGRICH (2012, cap. X); Van GESTEL (2011).

¹⁷⁷ Há outra hipótese explicativa, aqui não trabalhada visto a falta de dados a permitir sua validação. Trata-se da idéia de que os diagnósticos e a produção cuidadosa de atos de fato existem nas unidades setoriais, mas não transparecem ao longo do processo administrativo. Não é o que parece apontar, contudo, a percepção dos atores centrais.

dificuldades inerentes ao ciclo de vida legislativo dentro do Poder Executivo brasileiro, vale apontar ao menos um rol de hipóteses plausíveis, que podem se somar ou se sobrepor.

A lista exploratória parte (i) da falta de reforço da política por parte dos órgãos centrais (baixo *enforcement*), aliada (ii) à consequente falta de estímulos ao seu efetivo cumprimento (*compliance*) e (iii) a resistências da burocracia estabelecida. A (iv) não percepção do Decreto 4.176/2002 enquanto instrumento efetivo da *meta-policy*, ou (v) sua acepção enquanto instrumento anacrônico, distante da realidade governamental, também tem algum potencial elucidativo. A (vi) enorme distância de percepções e de conhecimento técnico sobre o tema entre órgãos setoriais e centrais também pode ser aqui incluída.

Citem-se, ainda, (vii) processos que procuraram emular soluções externas sem a devida adaptação institucional, funcional e orçamentária ao quadro político-institucional brasileiro, reduzindo a credibilidade da abordagem, bem como (viii) equívocos nos raros esforços de capacitação, como se verá abaixo. Adiante-se também (ix) o pouco peso que se dá ao tema na literatura acadêmica e no dia-dia do processo legislativo. Finalmente, (x) percebe-se o eventual componente político de atitudes que, não atribuindo relevância à questão, evitam que se amplie o controle sobre os resultados das políticas em execução: não se evidenciam as relações entre custo e benefício de determinadas ações governamentais, não se detectam os efeitos (re)distributivos, torna-se mais difícil o exame qualificado da atuação pública.

Algumas dessas hipóteses serão tangenciadas nos capítulos subsequentes. Para o momento, basta ter em mente que elas aparecem, de forma explícita, quando os atores governamentais envolvidos com o tema são questionados a respeito, ou quando se avaliam os poucos esforços realizados no sentido de sedimentar ou de ampliar a *meta policy* em sede de Poder Executivo federal. É o que se passa a fazer.

4.4. A Percepção dos Atores Centrais

A literatura é explícita ao apontar a frágil utilização de elementos de mérito no processo de elaboração normativa no Brasil. Todavia, parte do acima descrito também deriva de percepção do próprio autor, com base em experiência pessoal no processo de

elaboração normativa dentro do Executivo federal e municipal.¹⁷⁸ Sob o ponto de vista metodológico, há risco de viés cognitivo a ser minimizado. Assim, faz-se importante validar tal percepção de outro modo. Considerando as ferramentas e o acesso às informações disponíveis, opta-se por trazer à tona a visão de outros atores relevantes no processo de elaboração normativa do Executivo, no período entre 2007-2014.

Mediante a utilização de formulário de pesquisa semi-estruturado com fins estritamente exploratórios, foram realizadas consultas a chefes de equipes técnicas de alto nível de direção e assessoramento superior (DAS 5, DAS 6 ou cargos de Natureza Especial - NE).¹⁷⁹ Foram ouvidos Secretários Nacionais, Subchefes, Secretários e Subchefes Adjuntos ou, no mínimo, Diretores de Unidades de elaboração normativa dos seguintes órgãos do governo federal: Casa Civil da Presidência da República (SAG, SAJ); Secretaria de Relações Institucionais (ASPAR/SRI); Ministério da Justiça (SAL/MJ); Advocacia-Geral da União (DENOR/AGU), Ministério do Orçamento, Planejamento e Gestão (SE/MPOG) e Ministério da Fazenda (SE/MF).¹⁸⁰

O universo original de candidatos à entrevista é reduzido; todavia, embora com fins exploratórios, ele é deveras qualificado, já que explicita a visão dos chefes dos principais setores envolvidos no processo de elaboração da norma.¹⁸¹ Ademais, vez que definido o universo específico de atores pré-selecionados, não se trata de amostra para fins estatísticos. Os resultados colhidos não devem ser aceitos, portanto, como representativos de toda a alta administração pública federal. Ainda, como o *N* é baixo, importa mais a posição relativa entre as impressões pertinentes a cada tema do que, propriamente, os

¹⁷⁸ Como adiantado na introdução desta tese, o autor trabalhou, entre 2007 e 2010, na Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça - SAL/MJ. Em 2011 e 2012, na Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República - SAJ/CC. Finalmente, em 2013 e 2014, na Prefeitura de São Paulo. Em todas as posições esteve envolvido, direta ou indiretamente, com o ciclo de vida do ato normativo.

¹⁷⁹ A sigla DAS ou “cargo de direção e assessoramento superior” refere-se a cargos em comissão existentes na Administração Pública Federal, ocupados ou não por servidores públicos efetivos. Os DAS seguem uma escala de 1 a 6, sendo o DAS 6 o mais alto cargo do padrão (em regra, são ocupados por Secretários Nacionais). A partir daí existem cargos “de natureza especial” (NEs), normalmente destinados a Secretários Executivos, que geralmente substituem os Ministros em afastamentos eventuais.

¹⁸⁰ O recurso a Secretários / Subchefes adjuntos adjuntos somente ocorreu em duas ocasiões: quando não houve retorno do chefe da área ou quando de lá houve apenas uma resposta.

¹⁸¹ Entre março e junho de 2015, 22 formulários foram disparados. Com reforços periódicos, ao final do período foram recebidas 17 respostas, numa taxa de retorno ou resposta de 77,27%. Garantiu-se ao menos duas respostas de cada uma das áreas citadas, à exceção de SE/MPOG, em que apenas uma resposta foi obtida. Trabalho similar, porém voltado à aplicação de análises de impacto regulatório pelas agências reguladoras, pode ser encontrado em PECI (2011).

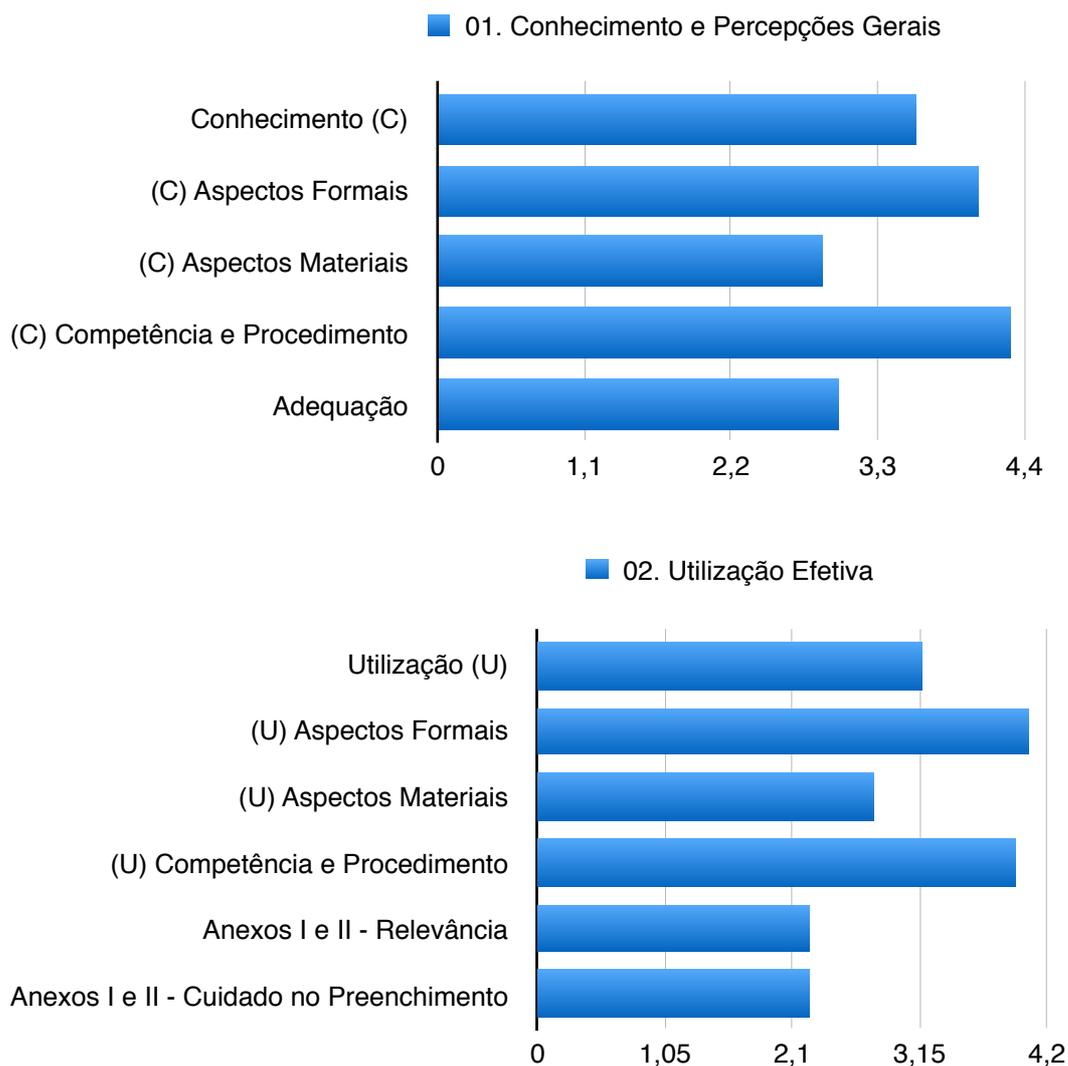
números finais. O intuito é o de meramente apresentar, em grandes linhas, uma percepção adicional, a ser somada as idéias acima descritas.

Os questionamentos, claro, não almejaram detectar fatos, mas tão somente percepções. As perguntas buscaram captar, em específico, como o Decreto 4.176/2002 é visto e utilizado pelos atores do alto escalão governamental envolvidos no processo, bem como qual a percepção sobre a influência efetiva da previsão dos anexos I e II na produção da norma. Almejou-se conhecer sua experiência frente a eventuais diagnósticos, objetivos e alternativas apresentados durante o processo, bem como frente a eventuais ferramentas avaliativas e métodos de mensuração. Finalmente, pretendeu-se colher entendimentos pessoais acerca da efetividade de medidas que pretendam qualificar a elaboração normativa, e também sobre o impacto de sua adoção para o governo e para a sociedade.

Os formulários, idênticos, foram estruturados em seis grupos temáticos. As respostas foram dadas, sempre, em uma escala crescente e pré-definida de 1 a 5. Havia, ainda, campos abertos a comentários ao final de cada grupo, a permitir apontamentos considerados pertinentes pelo entrevistado. Desta forma, críticas e ponderações puderam ser expostas ao pesquisador. Os candidatos foram previamente contatados por email ou telefone, e lhes foi assegurado o sigilo dos dados individualizados e o anonimato das respostas (salvo expressa autorização para o uso de alguma informação relevante e identificada).¹⁸²

Para os fins desse trabalho, importa dizer que as respostas corroboram com a percepção acima explicitada. De maneira geral, aspectos formais que circunscrevem o processo de elaboração do ato normativo são pesadamente mais conhecidos e utilizados do que os aspectos materiais. Veja-se, inicialmente, a média das respostas relativas ao conhecimento e à utilização das normas do Decreto 4.176/2002:

¹⁸² O formulário completo pode ser visto no Anexo desta tese.



Em uma escala de 1 a 5, os atores governamentais da alta administração afirmam conhecer o Decreto 4.176/2002 (**3,59**), especialmente em seus aspectos formais (**4,06**) e de competência e procedimento (**4,29**). Todavia, é baixo o conhecimento relativo aos aspectos materiais (**2,88**). Alguns apontam que a elevada carga de trabalho e a expansão de competências Casa Civil (em especial da SAJ) inviabilizam o aprofundamento do conhecimento da equipe no tema.¹⁸³ Outros alegam tempo insuficiente de análise e,

¹⁸³ Nas palavras de um entrevistado: “tendo em vista a elevada carga de trabalho da assessoria jurídica da Casa Civil, e a expansão fática das suas competências a partir de 2011, pouca oportunidade foi dada para investir no aprofundamento do conhecimento da equipe em relação ao Decreto 4176/2002”.

essencialmente, baixo acesso a dados confiáveis na própria Administração Pública, para além do caótico processo decisório.¹⁸⁴

O gráfico relativo à utilização das normas segue o mesmo padrão, com uma pequena e relevante diferença: uma redução dos números absolutos. O Decreto é efetivamente utilizado **(3,17)**, especialmente em seus aspectos formais **(4,06)** e procedimentais **(3,94)**; entretanto, é ainda mais baixa sua utilização sob a vertente substantiva **(2,76)**. A ampliação das tarefas da Casa Civil, a premência pelo envio dos atos e até mesmo o costume com a tramitação são apontados como fatores chave para esse resultado.

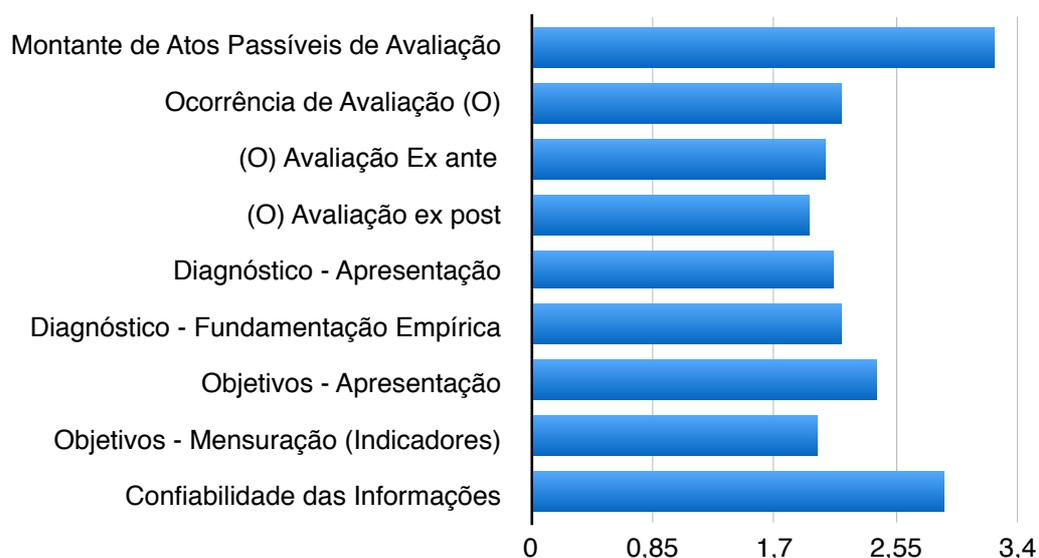
Três outros resultados chamam a atenção. Primeiro, atribui-se pouca relevância aos anexos I e II (*checklist*), que configuram a base material da política legislativa, durante o processo de construção dos atos normativos **(2,23)**. Como dito em uma das respostas, “*as questões referidas no Anexo I são ignoradas em sua quase totalidade no processo de elaboração normativa; prevalece o pragmatismo, a visão de curtíssimo prazo e a urgência*”. Depois, o mesmo baixo índice é obtido quando se indaga sobre a acuidade atribuída ao seu preenchimento **(2,23)**. Nas palavras de um dos entrevistados, “*o anexo II é visto como uma burocracia a que se tem que atender; geralmente, da forma mais sucinta e vaga possível*”.

Finalmente, quando questionados sobre o grau de adequação dos requisitos previstos no decreto frente às reais possibilidades de utilização e preenchimento por parte do gestor público, o ato não é visto como plenamente adaptado **(3,00)**. Em suma: as percepções parecem apontar para um quadro em que os elementos referentes à política legislativa vigente no Brasil são pouco observados, afetam pouco a construção legal e, em essência, não são vistos como convenientes à atuação governamental contemporânea.

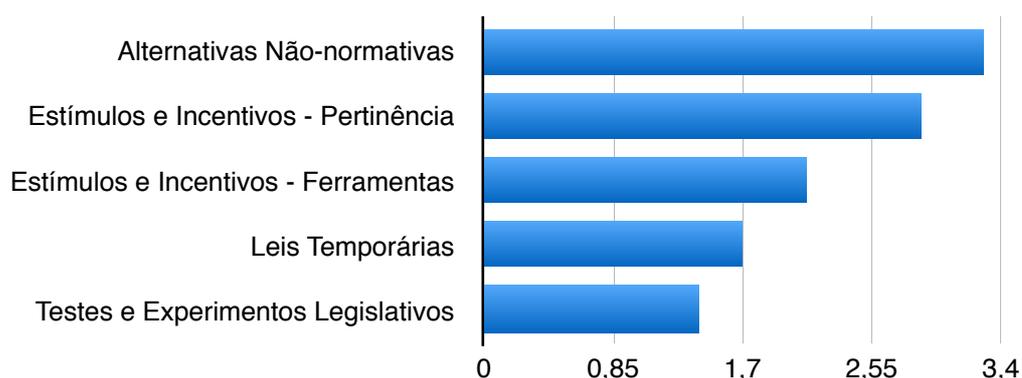
Veja-se agora outros dois gráficos que se referem a componentes da política legislativa e, em específico, à avaliação legislativa:

¹⁸⁴ Segundo um dos entrevistados: “*A deficiência no dimensionamento das conseqüências dos atos decorre muitas vezes da ausência de bases de dados confiáveis que permitam aferir esse dado. Além disso, as relações políticas e a ausência de um desenho claro do modelo de decisão, bem como de seus tempos, dificultam essa aferição, mesmo quando as bases de dados estão disponíveis*”.

■ 03. Avaliação Legislativa - diagnósticos e objetivos



■ 04. Política Legislativa - Outros Elementos



Considerado apenas o montante de atos que os próprios atores vislumbraram e definiram como “avaliáveis”, foram eles questionados sobre experiências frente a apresentação de diagnósticos claros e empiricamente fundamentados, de alternativas legislativas e não-legislativas, de objetivos específicos e mensuráveis. Também foram inquiridos sobre a existência real de avaliações *ex ante* e *ex post*, bem como sobre o debate de alternativas como leis temporárias e testes legislativos.

Perceba-se como as médias obtidas são baixas. Numa escala de 1 a 5, a percepção de realização ou o mero recebimento de avaliações, seja *ex ante* ou *ex post*, é muito diminuta, com média girando em torno de **(2,00)**. O mesmo vale para a percepção de

realização ou o mero recebimento de diagnósticos, sua fundamentação empírica, ou de indicadores referentes aos objetivos específicos.¹⁸⁵

Seguem o mesmo padrão as respostas relativas a elementos outros da política legislativa. Embora se assumam certo debate relativo a alternativas não-normativas **(3,29)**, é bastante baixa a percepção sobre o conhecimento e o uso de alternativas de estímulos e incentivos que fujam do modelo tradicional de comando e controle, ou referências a idéias de legislação temporária ou experimental.¹⁸⁶

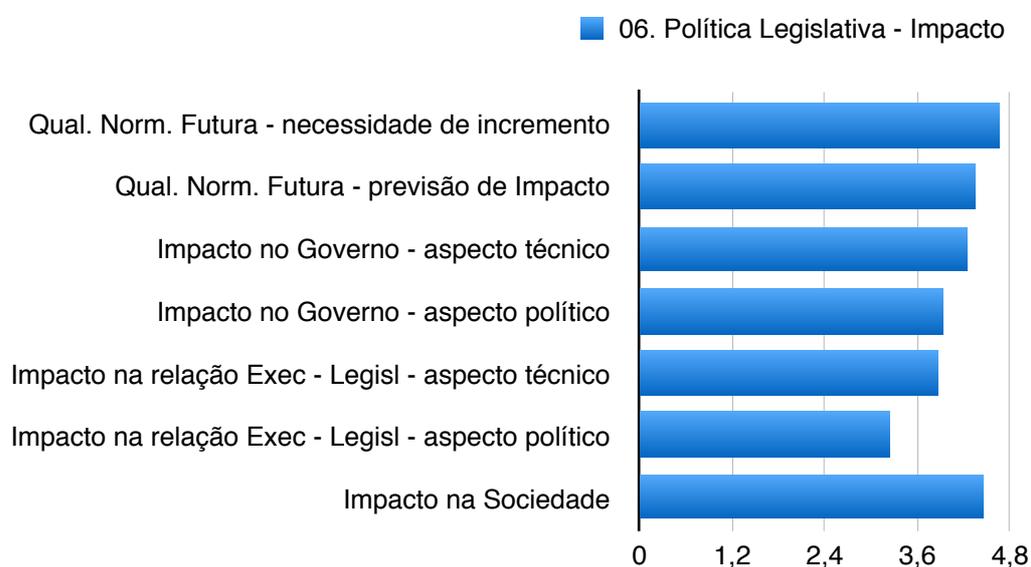
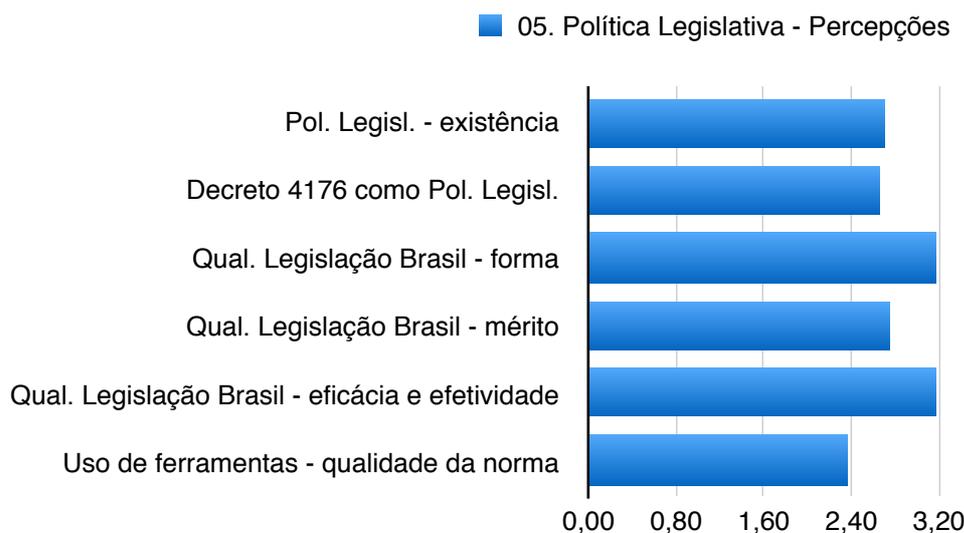
Há duas interessantes percepções aqui exaradas. Primeiro, a idéia de que a opção legislativa — usualmente em formato de comando e controle — sempre tem preferência quando o debate envolve o Poder Legislativo. Depois, a compreensão de que a facilidade de alterar leis por meio de emendas a medidas provisórias acaba por descartar os testes legislativos — seria mais fácil alterar ou abandonar uma lei do que, voluntariamente, testá-la.¹⁸⁷

Os dois últimos gráficos buscam detectar a percepção de atores da alta burocracia federal sobre a existência real de uma política legislativa no Brasil, bem como de seus resultados. Também almejam, em perspectiva futura, verificar se há espaço para ajustes, projetando seus impactos. Novamente tomando a escala de 1 a 5, os resultados mostram que não é clara a existência de uma efetiva política legislativo-regulatória **(2,70)**, nem que ela é materializada pelo Decreto 4.176/2002 **(2,65)**:

¹⁸⁵ Algumas ressalvas denotam atuações bastante individualizadas, como a já citada atividade da SEAE/MF em normas regulatórias e as avaliações *ex post* de incentivos tributários apresentados pelo mesmo Ministério, caso a caso.

¹⁸⁶ Para questões exatas, cf. Anexo.

¹⁸⁷ De acordo com um dos entrevistados: "*O emprego de sunset legislation é extremamente raro. Dadas as facilidades da modificação das leis por medidas provisórias, (...) vale mais a pena 'abandonar' a lei que não deu certo, ou aproveitar uma 'carona' em medida provisória para alterar ou revogar o que for necessário.*"



De acordo com os pesquisados, não há uso sistemático de ferramentas de qualidade normativa **(2,35)**. Ademais, reforça-se a discrepância entre forma e mérito: a qualidade formal da lei brasileira, não necessariamente alta **(3,17)**, é vista como superior aos aspectos materiais **(2,76)**. De se notar importante ressalva relativa aos atos que tramitam no Legislativo, que será explorada adiante: o regime regular de emendas e de alterações das minutas é apto a desconfigurá-las, afastando-as dos preceitos da qualidade norma.¹⁸⁸

¹⁸⁸ Novamente nos termos de um entrevistado: “*Há que se distinguir o ato normativo editado pelo Poder Executivo, de sua competência, e os elaborados por esse Poder e submetidos ao Congresso Nacional. Os projetos submetidos ao Poder Legislativo, na maioria das vezes, sofrem grande modificação. O processo legislativo regular, nesse caso, permite que grande parte das normas da Lei Complementar n° 95, de 1998, editada em face da Constituição, não sejam observadas. Há que se apontar que o próprio sistema constitucional permite esse resultado. A sanção ou veto e o poder de emenda parlamentar, quando exercidos, possibilitam a não observância das normas de elaboração e consolidação legislativa. Assim, ainda que se tenha adequadamente utilizado o Decreto, a lei editada não necessariamente terá observado suas regras.*”

Por fim, em importante dado para a presente tese, fica patente o enorme espaço para melhoria da política legislativa brasileira. Defendem os entrevistados que há alta necessidade de incremento de qualidade (4,65), e que o uso sistemático de ferramentas e metodologias poderia incrementar de forma significativa a legislação (4,35).

No que tange aos impactos que uma nova *meta policy* poderia gerar, os resultados também são positivos. Informados que na escala de 1 a 5 o número 3 indicaria resposta neutra, todos os impactos foram vistos como positivos ou ligeiramente positivos, especialmente para o governo. De se ressaltar, porém, a sensibilidade política aqui existente (ver impacto político no gráfico), bem como a existência de uma enorme desconfiança em sua aplicabilidade por parte dos entrevistados.

Em suma, a oitiva dos atores governamentais da alta burocracia de órgãos centrais ao processo de elaboração normativa do Poder Executivo federal reforça o que anteriormente se descreveu. Um dos principais instrumentos da política legislativo-regulatória brasileira, o Decreto 4.176/2002, é deveras conhecido, fundamentalmente em suas regras formais e procedimentais; na prática, contudo, ele não é visto como tal, é pouco utilizado e tem pouco efeito de fomento à consideração de abordagens alternativas, especialmente em âmbito material. Como alertara a literatura, os anexos I e II são preenchidos com pouca atenção, de forma burocrática, tendo pouquíssima relevância para o resultado final.

Elementos e ferramentas mínimas de um programa de qualidade da norma também aparecem pouco para os atores, como diagnósticos e indicadores de mensuração, e alternativas não tradicionais, como leis temporárias ou testes legislativos, estão praticamente fora de consideração. Aproxima-se, grosso modo, da figura do “legislador esquizofrênico” apontado por Garoupa (2006, 2009).¹⁸⁹ É alentadora, porém, a percepção de que uma política mais adequada poderia melhorar a qualidade da norma produzida pelo Executivo, gerando impactos benéficos ao governo, às relações políticas e, fundamentalmente, à sociedade.

¹⁸⁹ Trata-se do legislador que legisla reiteradamente sem conseguir implementar e sem compreender os efeitos da intervenção, frequentemente revogando o que ainda sequer foi avaliado.

4.5. Uma Ressalva Necessária: o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG)

Há, ainda, uma ressalva a apresentar. É que está em curso, desde 2007, um programa de fortalecimento e incremento da atividade regulatória do Governo Federal. Decorrente de esforços com vistas a uma coordenação regulatória mínima em nível federal, ele tangencia e, a depender do ângulo de abordagem, pode sobrepor-se àquilo que se qualificou como política legislativo-regulatória.¹⁹⁰ Não é o caso de explorar o programa em detalhes. Vale apenas afirmar que, em que pese algum sobreamento, seus recortes e objetivos levam a crer serem os programas diferentes ou complementares. Podem ainda estar em uma relação de conteúdo-contidente.

O Decreto 6.062, de 16 de março de 2007, instituiu o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG. Tem por finalidade contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições que participam desse processo do governo federal e dos mecanismos de prestação de contas e participação. Segundo documentos institucionais do programa, são quatro os eixos de ações: (i) promover o fortalecimento dos mecanismos institucionais para gestão em regulação; (ii) propiciar condições para a melhoria da qualidade da regulação; (iii) consolidar a autonomia decisória das agências reguladoras federais; e (iv) aperfeiçoar instrumentos de supervisão e de controle social.¹⁹¹

Financiado mediante contrato de empréstimo firmado com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), baseia-se fortemente nas propostas da OCDE, apesar do Brasil não integrar a organização.¹⁹² Almeja, fundamentalmente, promover a eficiência dos mercados. Há um comitê gestor composto por CC, MF e MPOG, cuja coordenação técnica

¹⁹⁰ Segundo Santos (2009b, p. 179), o Poder Executivo Federal conta com algo próximo a 200 unidades diferentes.

¹⁹¹ Cf., por exemplo, Boletim PRO-REG do 1º semestre de 2013: <<http://www.regulacao.gov.br/boletim-pro-reg/boletim-pro-reg-1o-semester-de-2013>>. Acesso: 26.02.2015. Cf. também, para o programa, ALBUQUERQUE (2009); CASTRO (2014); FARIAS (2009); PECI (2009, 2011); RAMOS (2009a, 2009b); SANTOS (2009a, 2009b); SAMPAIO (2010); VALENTE (2010).

¹⁹² Contrato de Empréstimo nº 1811/OC-BR, firmado entre a República Federativa do Brasil e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), com contrapartida.

e a execução recaem sobre a SAG/CC, bem como um comitê consultivo, composto por representantes de agências reguladoras e de seus respectivos Ministérios.

O PRO-REG publica boletins semestrais em que aponta principais avanços e ações, em cotejo com o previsto em seu marco lógico.¹⁹³ São claras suas linhas de atuação: (i) treinamento e formação de agentes, especialmente de agências reguladoras, com forte emprego de conhecimento externo; (ii) acordos de cooperação técnica e estreitamento de laços internacionais, em especial com o Reino Unido; (iii) fomento a projetos-piloto no âmbito das agências reguladoras; (iv) contratação de consultorias especializadas sobre temas de regulação e de implantação e uso da ferramenta da análise de impacto regulatório. Há indicadores de procedimento e finalísticos que auxiliam a mensuração de seus progressos.

Muitos dos resultados reduzem-se à capacitação de agentes e ao estabelecimento de redes de especialistas, com o intuito de difundir o tema e a prática. Não obstante, alguns avanços são mais palpáveis e se projetam no tempo. Os projetos-piloto de AIR, que se iniciaram com apenas duas agências reguladoras — Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) — expandiram-se. Em 2013 já eram nove as agências federais participantes.¹⁹⁴

Apesar dos avanços, os relatórios institucionais denotam que parte das atividades realizadas no âmbito do PRO-REG padece da mesma limitação discutida no capítulo anterior. Dada a acepção estritamente econômica e setorial que marcou a definição de regulação no Brasil, estabelece-se relação quase necessária entre debate normativo-regulatório e debate acerca do desenho institucional das agências.¹⁹⁵

¹⁹³ Cf. <<http://www.regulacao.gov.br/boletim-pro-reg>>. Acesso: 26.02.2015. Para indicadores regulatórios brasileiros sob a ótica do OCDE, calcados em pesquisas de 2009 e 2010, incluindo a adoção do RIA (ponto 7) e avaliações regulatórias *ex post* (ponto 11), cf. <http://www.oecd.org/document/56/0,3746,en_2649_34141_47750392_1_1_1_1,00.html>. Acesso: 02.02.2015.

¹⁹⁴ Também estavam inseridas no processo a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE e a Secretaria de Defesa Agropecuária do Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento - SDA/MAPA.

¹⁹⁵ Nos termos de PECI (2011): “*O contexto regulatório brasileiro é caracterizado por algumas especificidades que podem influenciar o processo de difusão da AIR. Destaca-se, primeiramente, uma predominância da concepção econômica da regulação. De fato, a regulação está relacionada com a mudança no papel do Estado decorrente dos processos de desregulamentação e privatização dos anos 1990, uma reforma com consequências econômicas, políticas e institucionais. A regulação foi definida em termos de instrumentos econômicos que coíbem os comportamentos anticompetitivos das empresas*”. Disponível [on line] em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-75902011000400003>. Acesso: 27.12.2015.

Também fica clara a equivalência redutora, anteriormente tratada, que constrange a discussão e a utilização de diferentes métodos e ferramentas de política legislativo-regulatória, incluindo o AIR, a setores econômicos regulados, deixando de fora a produção normativa cotidiana. Finalmente, está ausente o pressuposto de aplicação da *meta policy* ao “governo como um todo”, que deveria atingir horizontalmente os setores e os ciclos da construção da política, como prega a OCDE (2008a).¹⁹⁶

Tal limitação não está explícita na base normativa ou na matriz lógica do programa. Não obstante, grande parte de seus esforços refere-se, especificamente, ao desenvolvimento e à implantação do RIA nas agências reguladoras. Claro que as experiências podem ser transpostas, com variações e adaptações, para o processo de elaboração normativa do Executivo. Aliás, em certa medida é esse o objetivo do financiamento de estudos sobre alternativas de institucionalização. Entretanto, não é essa sua faceta mais visível, o que permite afirmar existirem aqui políticas complementares ou, no máximo, ações inseridas em uma relação conteúdo-contínente. A política legislativa, nos moldes definidos nesta tese, abrangeria tais atividades.

Ademais, alguns estudos apresentam falhas no programa, mesmo em seus focos centrais. Castro (2014), por exemplo, afirma que as ações fragmentadas e atomizadas nas agências evidenciam falta de coerência da política, já que ainda não foram apresentados *guidelines* mínimos de atuação ou padrões uniformes para a atividade analítica. A própria ênfase no treinamento e nas atividades nas agências, em detrimento dos ministérios, acentuaria essa heterogeneidade.¹⁹⁷ A OCDE (2008a) também apontou no mesmo sentido, levantando as dificuldades oriundas de tamanha fragmentação e incongruência. Além disso, o debate acerca da necessidade de um órgão central de supervisão, que aparece com frequência e que estava previsto em seu desenho original (SANTOS 2009a, p. 118), até o momento não produziu resultados.

Ainda, note-se que o PRO-REG tem como premissa implícita a abordagem marcadamente econômica desenvolvida pela OCDE (1995, 1997a), fortemente vinculada à

¹⁹⁶ O tema será desenvolvido no cap. III.

¹⁹⁷ "In the Brazilian case, as this article analyzes, many specialties need to be considered: the independent work of each regulatory agency, for instance, reveals the problems to coordinate and gather measurement policies, leading to a heterogeneous and negative perception of the instrument by society. Moreover, as described above, the concentration of expertise in agencies rather than in ministries increases the danger that the process is captured by the agencies". Cf. CASTRO (2014, p. 339). No mesmo sentido PECI (2009, 2011). Para problemas inerentes a treinamentos, cf. também RADAELLI (2009b).

eficiência e à estruturação de mercados. Autores brasileiros que examinaram o programa são unânimes ao citar essa relação.¹⁹⁸ Pressupõe-se, quase de forma mimética, uma relação direta e imediata entre melhoria de condições regulatórias e desenvolvimento nacional, sem que se problematize os pressupostos mobilizados. Não se trata, claro, de um problema *per se*. Todavia, como aponta Peci (2009, 2011), a relação não é necessária, e tal objetivo nem sempre é prioritário para países em desenvolvimento. É possível que politicamente sejam estabelecidas outras metas mais prementes, como redução da pobreza ou manutenção de empregos, o que influenciaria o parâmetro de análise.

Além disso, como será analisado no capítulo seguinte, a adoção de ferramentas como o RIA não se dá de maneira idêntica entre os países. Em muitos deles a aceitação é meramente formal, com pouco entrenchamento de seu uso no cotidiano governamental. Em alguns casos, a adoção se dá sem a devida percepção do contexto político-institucional que o cerca (RADAELLI 2005).¹⁹⁹ Em outros, há situações de implementação incompleta ou parcial, pouco aprendizado efetivo, ou mesmo baixos níveis de ganhos práticos.²⁰⁰

Assim, o aprendizado institucional inerente ao uso da ferramenta, que poderia ser expandido para o processo de elaboração normativa primária, não se coloca de forma necessária. Em vários exemplos ocorre apenas mera emulação de propostas internacionais, cuja adoção almeja simplesmente incrementar a legitimidade do país perante seus pares (RADAELLI 2009a). É fundamental questionar, portanto, por qual motivo se almeja a implementação, bem como sob quais condições a ferramenta pode se encaixar no sistema político-constitucional pretendido.

Por fim, a implementação de ferramentas como o RIA em países em desenvolvimento enfrenta dificuldades adicionais. Isso ocorre tanto por fatores políticos

¹⁹⁸ ALBUQUERQUE (2009), CRUZ (2009), FARIAS (2009), GAETANI & ALBUQUERQUE (2009), PECI (2009, 2011); RAMOS (2009a, 2009b), SANTOS (2009a, 2009b); SAMPAIO (2010); VALENTE (2010).

¹⁹⁹ *"The Italian case is another example of legitimacy problems. RIA was introduced in this country under pressure from the OECD by a small group of policy advisers and a motivated minister. This looks like a case in which the foundations of the system were built by an embryonic epistemic community supported by an entrepreneurial minister. But neither the Italian business community, nor the civil society were really interested in this new tool. The result was that the momentum for RIA was lost."* (2005, p. 939). Importa notar que a posição do autor sobre o desenho italiano altera-se um pouco em textos mais recentes (DE FRANCESCO, RADAELLI & TROEGER 2012).

²⁰⁰ Cf. COLETTI & RADAELLI (2013); DE FRANCESCO, RADAELLI & TROEGER (2012); HAHN & DUDLEY (2007); HAHN & TETLOCK (2008); RADAELLI (2005, 2009a); SHAPIRO & MORRALL III (2012). Assumindo a figura da difusão sem convergência para o quadro brasileiro, PECI (2011). Em sentido contrário, apontando uma aproximação entre os modelos e a necessidade de uma forte revisão da idéia de estilos nacionais de regulação, cf. DE FRANCESCO (2012) e WIENER (2013).

quanto por fatores institucionais e operacionais. Coréia e México, por exemplo, que como membros da OCDE transplantaram imediatamente suas propostas, enfrentaram tentativas de implementação bastante problemáticas.²⁰¹

Não se quer avaliar ou questionar o pressuposto implicitamente assumido pelo PRO-REG, nem sugerir abordagens diferentes. Mas se de um lado são comprováveis os avanços em algumas de suas frentes, de outro as dificuldades de obtenção de resultados efetivos e sistemáticos sugerem problemas. De um lado, há forte resistência por parte da burocracia das agências, que enxergam no Comitê Gestor e em sua atuação uma ameaça à autonomia dos reguladores.²⁰² De outro, há falhas de implementação e difusão, bem como algum grau de emulação isomórfica de propostas internacionais — o que só pode ser confirmado mediante estudos empíricos.²⁰³ Sob essa hipótese, os ganhos de legitimidade perante pares internacionais seriam, até o momento, maiores do que os ganhos efetivos, de aprendizagem instrumental.

Para esta tese, basta perceber que uma política legislativo-regulatória efetiva e ampla não precisa partir de objetivos coincidentes aos assumidos pelo programa pré-existente, nem se restringir ao escopo e às ferramentas por ele apontadas. Ela pode e deve se configurar como uma política mais abrangente, voltada não apenas à produção regulatória das agências, mas sim, em especial dado o recorte metodológico, à produção legislativa da Administração Direta. Afasta-se, pois, a equiparação desse programa à *meta-policy* aqui apresentada, sem que se descarte uma relação de conteúdo e continente.

5. A Atividade Legislativa sob Outra Ótica: a contribuição da ciência política

²⁰¹ Para o tema cf. KIRKPATRICK, PARKER & ZHANG (2004), que avaliaram a aplicação do RIA em 40 países não desenvolvidos. A experiência coreana viu-se diante de um *gap* de implementação e de um baixo nível de uso prático, como consequência da falta de base técnica dos operadores. Atribuem-se as falhas da experiência mexicana à baixa qualidade de informações e dados, a inviabilizar boas análises quantitativas (PECI 2009, 2011).

²⁰² Grande parte dessa desconfiança provém da discordância entre parte do governo central e agências no que tange ao conteúdo do Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, conhecido como PL das Agências Reguladoras. Para o tema cf. SANTOS (2009a, 2009b); SAMPAIO (2010); VALENTE (2010).

²⁰³ É essa, por exemplo, a leitura de Valente: “*A tímida adoção e a pouca importância dada à implementação efetiva desse instrumento leva à conclusão de que a AIR pode estar sendo adotada na esfera federal apenas como uma forma de conquistar legitimidade perante órgãos internacionais como a OCDE e o Banco Mundial*”. (2010, p. 173).

Rememore-se que este capítulo tem por objetivo central delimitar o objeto de pesquisa. Para tanto, apresenta-se o processo de criação normativa, com foco na *meta policy* vigente, e a legislação produzida pelo Poder Executivo Federal enquanto Administração Direta. Contudo, também foi explicitado que é preciso dar atenção ao quadro político-institucional determinado no qual se dá o processo de elaboração normativa. Apenas considerando elementos do *law in action* seria possível detectar e apontar limites e possibilidades de efetivação de uma política legislativo-regulatória.

Já foram expostos o procedimento, os partícipes, algumas percepções sobre a atividade legislativa contemporânea por parte do Executivo e, fundamentalmente, as marcantes diferenças entre o que se encontra na doutrina e o que ocorre na prática da elaboração normativa. Também foi apresentada a visão de importantes atores do processo legislativo, que corroborou o diagnóstico inicial. Vale agora, na linha do necessário entendimento da dinâmica político-institucional que cerca o tema, fazer pequeno parênteses acerca de um tópico precedente.

Assumiu-se que a participação do Executivo é vital ao processo de produção legislativa brasileiro. Todavia, é possível discutir a conveniência ou a legitimidade dessa atividade (bem como a adequação do uso de ferramentas legislativo-regulatórias nesse contexto). Em boa parte das abordagens jurídicas, ela ainda é vista como algo despótico, abusivo, uma imposição de agenda.

Em especial ao considerar a edição das MPVs, parcela relevante dos doutrinadores defende ocorrer espécie de afronta ao princípio da separação de poderes.²⁰⁴ Salvo escassas exceções, tanto a doutrina tradicional quanto a doutrina mais recente enxergam verdadeiro exagero de atividade normativa por parte do Executivo.²⁰⁵ Em casos extremos, apontam resquícios autoritários que corrompem a lógica constitucionalmente prevista.

²⁰⁴ O governo federal pode atuar legislativamente das mais variadas formas. Utiliza o decreto autônomo, o envio de projetos de lei ao Congresso, faz pedidos de urgência constitucional e de urgência regimental, dentre outras alternativas. Também atua, como se discutirá, ao longo dos processos de debates, através de suas assessorias. Não obstante, o ponto que invariavelmente domina os debates é o da utilização das medidas provisórias.

²⁰⁵ Para exceções cf. ABRAMOVAY (2012); LOIS *et alli* (2009); SAMPAIO (2007). Para doutrina constitucional tradicional cf. BARROS (2000); MORAES (2013); SOUZA (1999, p. 89-90). Para doutrina recente cf. AGRA (2014); BULOS (2014); CARVALHO (2013); RIZEK JR (2009); SARLET, MARINONI & MITIDIERO (2014).

Constitucionalistas brasileiros raramente preocupam-se com o desenho institucional que envolve o processo de produção de leis. Menosprezam-se os impactos mútuos que decorrem de alterações legais e políticas. Sob a batuta do *law in books*, limites formais e materiais de instrumentos legislativos e de procedimentos legalmente previstos são descritos em espécie de vácuo político-institucional. Em regra, desconsidera-se que tais atividades e ferramentas sofrem mutações derivadas da dinâmica de forças envolvidas no processo normativo, não podendo ser apresentadas de forma unitária e perene.

Por outro lado, boa parte da produção da ciência política brasileira preocupada com o tema da atividade normativa do Executivo põe luz sobre diferentes aspectos, fornecendo importantes elementos que poderiam ser aproveitados nos debates jurídicos.²⁰⁶ Ao observarem a relação efetiva entre Executivo e Legislativo e, fundamentalmente, a dinâmica que condiciona e altera esse arranjo, percebem o papel institucional de determinados instrumentos de forma um pouco diversa.

Em suma, o objetivo deste tópico reside em mostrar que a atividade legislativa do Executivo, em especial aquela relacionada às normas primárias, é parte integrante do desenho constitucional e institucional brasileiro, e tem contornos menos dolorosos do que comumente declara a academia jurídica. No que tange especialmente ao debate sobre medidas provisórias, quer-se afirmar que sua utilização frequentemente se dá como verdadeiro instrumento de governo ou de avanço da agenda de políticas públicas, em que pese seus limites constitucionais de relevância e urgência. Essa frequente mobilização finalístico-instrumental permite que se pense na utilização de ferramentas de qualidade legislativo-regulatória em sua elaboração, apesar de algum conflito entre as exigências temporais da abordagem tecnocrática e a figura da urgência que imanentemente a define.

5.1. O Presidencialismo de Coalizão: governabilidade, estabilidade e a *caixa de ferramentas do Executivo*

Em que pese o intenso debate ocorrido na ciência política brasileira por quase duas décadas, existe uma relativa concordância acerca do patamar de estabilidade e solidez

²⁰⁶ Incluo aqui, também, brasilianistas como Timothy Power e Scott Mainwaring.

relativo às estruturas institucionais do presidencialismo brasileiro.²⁰⁷ Afastando-se das amarras teóricas alusivas a problemas de desenho constitucional, o debate recente está voltado para as ferramentas que permitiram — e que ainda permitem — a superação dos aspectos conflitivos originais do regime. Não se trata de defender o modo ou a forma como ocorre essa suplantação, mas sim de apresentar e compreender seus aspectos mais marcantes. O embate, contudo, apresentou vários capítulos.

Os desenhos institucionais de regimes presidencialistas, correntes em toda a América Latina, estiveram cercados de descrenças teóricas desde os primeiros movimentos pós-redemocratização. É celebre a figura do “pesadelo de Linz” (LINZ 1990, 1994), em que o autor previa um futuro sombrio para os países presidencialistas, à exceção dos Estados Unidos, dada a inexorável indução institucional a fortes conflitos entre poderes.²⁰⁸ Haveria um dilema insolúvel, qual seja, a existência de uma legitimidade democrática dual (Presidente e Parlamento). A situação geraria choques recorrentes, ou obrigaria o chefe do Executivo a utilizar instrumentos unilaterais de força, acentuando crises institucionais.

A potencial situação de bloqueio foi desenvolvida pela doutrina brasileira. Ela seria agravada por dois elementos fundamentais. Primeiro, o multipartidarismo que caracteriza o sistema, a inviabilizar a eleição de um chefe de governo com maioria imediata no Congresso.²⁰⁹ Segundo, o sistema eleitoral proporcional de lista aberta, que impulsiona uma concorrência eleitoral entre candidatos, não entre partidos. Em geral, disputam o mesmo eleitorado os pleiteantes mais parecidos entre si — tanto do ponto de vista

²⁰⁷ Dadas as ocorrências recentes, ainda não plenamente compreendidas sob a ótica teórica, a afirmação vale apenas até meados do primeiro mandato de Dilma Rousseff (2011-2014). Há autores que vão mais longe, enxergando espécie de consenso social-democrata implícito no país desde 1994, “*a shared understanding about the basic objectives of policy and best practices for implementation*” (POWER 2014, p. 12), ainda que com diferentes ênfases e resultados. A permanência do modelo relacional entre Executivo e Legislativo seria, em suma, um dos pilares dessa continuidade. Finalmente, como se verá, é possível atribuir a recente crise política (2015-2016) a um mal-funcionamento do presidencialismo de coalizão ou à má-compreensão / execução por parte de alguns atores-chave do sistema, não necessariamente à sua existência.

²⁰⁸ Cf. também ACKERMAN (2000); CHAISTY, CHEESEMAN & POWER (2014).

²⁰⁹ Cf. MAINWARING (1993); MAINWARING & SHUGART (1997). De acordo com Mainwaring, que também aponta como elemento complicador o federalismo brasileiro, o modelo levaria a uma inexorável relação horizontal entre Executivo e Legislativo de patronagem e coalizões *ad hoc*. Como definiu Negretto (com críticas ao poder explicativo da abordagem), incluindo outros três importantes elementos a serem analisados: “*the underlying assumption is that party system fragmentation weakens the partisan power of the president, making legislative bargaining more complex and increasing the likelihood of executive-legislative deadlock*” (2006, p. 65). Segundo dados do TSE, o Brasil possuía, ao final de 2015, 35 partidos políticos registrados. Cf. <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>>. Acesso: 25.11.2015.

ideológico quanto do ponto de vista de origem sócio-política.²¹⁰ Garantiriam boa performance eleitoral aqueles que se diferenciam durante a campanha, em especial pelo uso do poderio econômico, ou que baseiam sua eleição em redutos específicos. Tais regras enfraqueceriam, conseqüentemente, coesão e coerência partidárias.

Ademais, muitas análises políticas do início do período pós-88 defendiam que a vinculação partidária pouco ou nada importava aos representantes eleitos no que se refere à atividade parlamentar. É isso que apontava, por exemplo, LAMOUNIER (1994), ao defender que o número de partidos reais (deputados e senadores) era infinitamente maior do que o número de partidos nominais. É isso que dizia SARTORI (1993, p. 11), quando afirmava ser difícil encontrar um país tão “apartidário” quanto o Brasil, dado a falta de coesão e a infidelidade.

Sob a ótica da base de apoio, o elevado número de partidos levaria à necessária montagem de coalizões, ainda que heterogêneas, como resposta estratégica à falta de sustentáculo original ao Executivo. O desenho seria diferente daquele encontrado em sistemas parlamentaristas, onde a coalizão é elemento natural à montagem de governos, dada a extrema fragilidade ideológica e a alta taxa de indisciplina partidária supostamente existente.

Essa abordagem teórica — e fortemente negativa — do início da década de 90 marcou a avaliação sobre o *presidencialismo de coalizão* brasileiro, na famosa expressão cunhada por Abranches (1988). A partir de então, a doutrina dividiu-se em duas grandes linhas. A primeira apontava um potencial travamento do sistema, dadas as citadas dificuldades institucionais de base.²¹¹ A segunda, calcada em dados empíricos e estatísticos, e marcada pelo questionamento dos trabalhos de seus antecessores, percebeu que, na prática, o país comportava-se de forma similar ao de parte das democracias ocidentais contemporâneas. Seus principais expoentes são, sem dúvida, Figueiredo e Limongi (1999, 2000):

²¹⁰ O principal concorrente de um candidato do setor educacional de um partido de centro esquerda é, por certo, outro candidato do setor educacional do mesmo partido de centro esquerda ou de outro que esteja na mesma coligação eleitoral. Eles disputam o mesmo eleitorado e, em efeito contraditório ao que se deveria esperar sob o ponto de vista da coerência ideológico-partidária, fazem campanha para se diferenciarem, não para defenderem a mesma linha política.

²¹¹ Cf. LAMOUNIER (1992, 1994) ; MAINWARING (1993); MAINWARING & SHUGART (1997).

A indisciplina é tomada como líquida e certa. Tanto assim que não há evidências empíricas que comprovem as já mencionadas afirmações sobre a fraca coesão dos partidos. Vale assinalar, porém, que os mecanismos destacados pela literatura explicariam a existência de disciplina partidária; o que não é o mesmo que afirmar que a ausência desses mecanismos produz necessariamente indisciplina. Note-se que as variáveis arroladas nem sequer levam em conta as variáveis propriamente parlamentares, ligadas à organização do processo legislativo, o que nos leva a considerar a hipótese de que os partidos políticos brasileiros têm uma faceta parlamentar mais estruturada do que supõe a literatura (1999, p. 74-75).

Ou ainda:

Legislative failure is not the inevitable fate of minoritarian presidents. There are no good reasons to rule out the possibility of coalition government under presidentialism. The combination of presidentialism and a multiparty system is not necessarily a threat to governmental performance. (...) Presidents may form governments the way prime ministers do by obtaining support from a coalition of parties. (2000, p. 167).²¹²

A manutenção da estabilidade institucional brasileira sem maiores sobressaltos por mais de 20 anos, em especial a partir do fim do governo Collor, mostrou que a flexibilidade e a capacidade adaptativa dos regimes presidencialistas estavam subestimadas. A percepção deslocou os esforços dos pesquisadores para novos rumos: estava em causa, agora, o efetivo exercício dos poderes, ou os elementos que permitiam a manutenção do modelo.

Alguns autores colocaram ênfase no poder de agenda do Executivo e no uso de instrumentos como a medida provisória, no contexto do chamado poder constitucional de decreto, como um dos fatores mais relevantes dessa equação.²¹³ Figueiredo e Limongi atribuíram relevo, também, à centralização dos trabalhos no Parlamento e ao papel das lideranças partidárias, que facilitavam a atuação legislativa do Executivo (1999, 2000). Outros observavam elementos de política distributivista como o uso de emendas orçamentárias (AIMES 2001), cargos no governo e montagem do gabinete (AMORIM NETO 2002).

²¹² E também: “*Evidence shows that recent Brazilian presidents have had a high degree of success in enacting their legislative agendas. Post-1988 Brazilian presidents have had most of their legislative initiatives approved by the congress. This conclusion is at odds with the conventional wisdom about the Brazilian political system and presidential systems in general. Even scholars willing to acknowledge this evidence would nevertheless argue that presidents obtained approval for their agenda at a high cost by assembling majorities through bargaining individually with representatives on a case by case basis. This argument is not supported by the evidence. Analysis of roll call votes in the chamber of deputies shows that parties are disciplined and that political support for the presidential agenda comes mainly from the parties participating in the government coalition*” (2000, p. 154).

²¹³ Cf. CAREY & SHUGART (1998); FIGUEIREDO & LIMONGI (1999, 2000); LIMONGI (2006); NEGRETTO (2004); SHUGART & CAREY (1992). Para importante defesa recente da existência de uma “agenda da maioria”, e não de uma “agenda do Executivo”, dada a montagem e o funcionamento da coalizão, cf. LIMONGI & FIGUEIREDO (2009).

Grande volume de análises de dados foi produzido sob esse viés. Embora com variações significativas, foram aptas a explicar, em boa medida, a manutenção do desenho e a solidificação de presidencialismos democráticos multipartidários. Foi com base nesses trabalhos e na experiência dos governos FHC e Lula que Timothy Power e seus co-autores apresentaram, recentemente, o que qualificaram como *caixa de ferramentas do Executivo*, o *Executive toolbox*, a congregar sob um mesmo guarda-chuva grande parte dos itens disponíveis ao Chefe de Governo para manter sua base de apoio e, conseqüentemente, sua governabilidade.²¹⁴

Em resumo, Power e seus co-autores apontam para cinco grandes elementos-chave, em uma tipologia não-exaustiva. Usados de formas diferentes em cada cenário e a cada período político-eleitoral, eles permitem que o Executivo monte e mantenha coalizões de sustentação. São eles, com definições enxutas e meramente ilustrativas (CHAISTY, CHEESEMAN & POWER 2014):

- (i) *poder de agenda* - capacidade de controlar majoritariamente o que entra em pauta, o que é efetivamente votado no parlamento e o que se transforma em norma jurídica; tem na ação legislativa à disposição do Presidente um de seus instrumentos por excelência;
- (ii) *controle sobre o orçamento* - capacidade de definir, em maior ou menor grau, a alocação de recursos em determinadas áreas, bem como de liberar emendas parlamentares conforme o grau de apoio político;

²¹⁴ Cf. CHAISTY, CHEESEMAN & POWER (2014); RAILE, PEREIRA & POWER (2011). “*To summarize, there is an emerging consensus that many presidents enjoy tools of government which allow them to overcome the disincentives to cooperation deriving from multipartyism.*” (2014, p. 75).

Note-se que, ao apresentar a *executive toolbox*, os autores sublinham três ressalvas metodológicas. Primeiro, salientam a necessidade de abordagens multifatoriais, fugindo dos esquemas explicativos que se debruçavam sobre apenas uma variável. Depois, ressaltam a essencialidade dos elementos informais da relação Executivo-Legislativo, fulcrais ao entendimento entre ambos os poderes, especialmente na América Latina. Finalmente, destacam que inúmeros outros institutos contextuais importam para essa relação, como limitações de tempo, popularidade do governo, performance eleitoral, proximidade ideológica da coalizão e desenho federativo. “*Presidential strategies of coalition management will vary from case to case, depending on the electoral system, on the degree of party discipline, on the ideological proximity of the available coalition partners, on whether the country is federal or unitary, etc. Even when presidential tools are held constant, the ability of executives to deploy them effectively is still contingent on context. (...) Other contextual variables which impact the executive-legislative relationship are time (the electoral calendar, for example, ‘honeymoon’ and ‘lame duck’ effects, routinely shapes the assembly’s propensity to cooperate with the executive), economic performance, the quality of presidential leadership, the relevance of actors exogenous to the executive-legislative relationship (for example, presidential aspirants, powerful governors, anti-system forces), and of course national history and culture.*” (CHAISTY, CHEESEMAN & POWER 2014, p. 77).

- (iii) *gestão do gabinete* - capacidade de ofertar cargos e posições no governo, tanto na Administração direta quanto na Administração indireta;
- (iv) *poderes partidários* - capacidade de influenciar e de controlar seu próprio partido ou os partidos da coalizão;
- (v) *uso de instituições informais* - categoria residual: cultivo de relações particulares e, às vezes, clientelistas com membros do Parlamento e demais atores políticos relevantes; conversas, telefonemas, pressão em momentos chave.

O uso da caixa de ferramentas presidencial variaria muito de região para região.²¹⁵ No Brasil contemporâneo, assim como em toda a América Latina, o elemento explicativo central repousaria, marcadamente, no poder de agenda e na atividade legislativa do Executivo, em especial o uso do poder constitucional de decreto.²¹⁶ Não obstante, Power *et alli* alertam para a extrema relevância de outros elementos já discutidos pela doutrina brasileira. Também seriam utilizadas a montagem de gabinetes, as nomeações de lastro político, e a distribuição de recursos orçamentários favorecendo determinados grupos de interesse setorializados — *porks* (2011; 2014).

A mobilização do ferramental também não obedeceria a padrão único. Há variações inerentes a alterações de contexto que cercam a legislatura. Contudo, há quem detecte alguns indicativos de paradigmas espaciais e temporais. Raile, Pereira e Power (2011), por exemplo, enxergam nos cargos, nas nomeações, e na definição de participação no governo a função de definir e estabilizar as bases de troca, ficando para os instrumentos de *pork* a tarefa de se obter ganhos marginais no cotidiano da relação Executivo-Legislativo, conforme a relevância de cada intervenção legislativa.

²¹⁵ Chaisty, Cheeseman e Power (2014) estudaram países da América Latina - em que o poder de agenda parece vital -, da África Subsaariana - em que as características da figura do chefe de governos as relações informais, por sua vez, são essenciais -, bem como das antigas repúblicas soviéticas com seus super(semi)presidencialismos formais - em que o controle sobre o próprio partido parece ser elemento-chave para entender as coalizões dos presidencialismos), a acentuar importantes diferenças regionais no uso corrente das ferramentas.

²¹⁶ Nessa linha: ABRAMOVAY (2012); CAREY & SHUGART (1998); CHAISTY, CHEESEMAN & POWER (2014); FIGUEIREDO & LIMONGI (1999, 2000); LIMONGI (2006); NEGRETTO (2004); PEREIRA, POWER & RENOÓ (2005, 2008); RENOÓ (2010); SHUGART & CAREY (1992). Além do uso da MPV estão à disposição do Executivo a figura da urgência constitucional (art. 64 da CF/88) e a urgência regimental (art. 155 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e art. 336 do Regimento Interno do Senado Federal).

Em suma, extrai-se daqui alguns pressupostos importantes. Primeiro, o acordo em grandes linhas, calcado na experiência recente, acerca da possibilidade de um presidencialismo multipartidário manter-se vivo e estável (desde que o governo seja apto a montar e a cultivar uma coalizão política). Depois, a existência de uma importante caixa de ferramentas à disposição do Executivo para auxiliá-lo nessa tarefa, cuja utilização varia conforme inúmeros elementos contextuais, mas que representa importante parcela explicativa das relações interinstitucionais brasileiras recentes. Por último, a percepção de que algumas das ferramentas são mais importantes e usuais do que outras, em especial o poder de agenda no Brasil, instrumentalizado essencialmente mediante a produção legislativa.

5.1.1. O presidencialismo de coalizão está em crise?

A descrição não escapa de questionamentos e ressalvas. Do ponto de vista teórico-normativo, é possível apontar resultados perversos que podem minar gradativamente aspectos de transparência e *accountability* (tanto horizontal quanto vertical), colocando o regime em risco ainda maior do que se previa originalmente.²¹⁷ Do ponto de vista prático, o modelo também peca ao não considerar com peso suficiente o outro lado da moeda, qual seja, as ferramentas à disposição do Congresso Nacional para negociar, intimidar e colocar em xeque a autoridade do Executivo. Como ocorre em boa parte dos processos de aprendizagem institucional, o incremento da *expertise* acerca dos mecanismos envolvidos pode levar a situações de estabilidade mas, também, a aumentos exponenciais de custos, que colocam o equilíbrio em perigo. São tópicos que merecem atenção.

Ademais, alguns elementos do *Executive toolbox* foram fortemente testados nos anos de 2015 e 2016. Há quem aponte verdadeira crise do presidencialismo de coalizão, restando ao modelo, inclusive, o papel de potencial vítima (ou de potencial culpado) da perturbação política recente.²¹⁸ Após espantoso recorde de aprovação em seus dois primeiros anos (POWER 2014), o governo Dilma Rousseff perdeu apoio no Parlamento,

²¹⁷ Para riscos ou perigos de segunda geração, CHAISTY, CHEESEMAN & POWER (2014).

²¹⁸ Cf. ARAGÃO (2015); SOUZA NETO (2015). Em pesquisa recente, o pesquisador do IPEA Acir Almeida (2015a) também apontou importante deslocamento da produção legislativa brasileira do Presidente para o Parlamento, a colocar em causa a dominância do Executivo sobre a agenda legislativa. Embora os números sejam contundentes, crê-se que a pesquisa não detecta alguns elementos relevantes. O tema será desenvolvido abaixo.

com clara deterioração de sua base congressual, e na própria sociedade, o que culminou na abertura de um processo de *impeachment* e, até o momento final de elaboração desta tese, no afastamento temporário da Presidenta da República por até 180 dias.²¹⁹

O conflito político também gerou novas crises relativas à produção normativa do Executivo (em especial, das medidas provisórias). O Congresso Nacional devolveu uma MPV ao Executivo, resgatando os tradicionais argumentos de usurpação de poderes.²²⁰ A Secretaria de Relações Institucionais — um dos responsáveis pela estratégia político-legislativa do governo e por sua operacionalização no Parlamento — perdeu suas funções, sendo, ao menos temporariamente, extinta.²²¹ Ainda, foi aprovada a Emenda Constitucional 86, de 17 de março de 2015, que esboçou o chamado orçamento impositivo.²²² Ao tornar obrigatória importante parcela da execução da programação orçamentária — em especial emendas parlamentares —, reduziu-se o controle orçamentário por parte da Presidência, que configurava um expressivo pilar da matriz teórica apresentada.

Existe, portanto, uma série de elementos atuais que questionam a força e a resiliência do presidencialismo de coalizão brasileiro. Não obstante, a matriz explicativa tem bom lastro teórico-prático, desenvolvido ao longo dos últimos 20 anos. As ocorrências recentes ainda não parecem ter o condão de invalidá-la de imediato. Em abordagem puramente especulativa, as dificuldades podem ser fruto mais de equívocos e desgastes

²¹⁹ Dados do instituto Datafolha, de junho de 2015, apontaram altíssima taxa de reprovação do governo: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/06/1645647-reprovacao-de-dilma-so-nao-e-pior-que-a-de-collor.shtml>>. Acesso: 21.06.2015. Quanto à base de sustentação no Congresso, cf. <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/12/27/dilma-tem-menor-apoio-na-camara-da-erapetista.htm>>. Acesso: 28/12/2015; <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/201717-apoio-a-dilma-na-camara-diminui-no-ano-da-sua-reeleicao.shtml>>. Acesso: 15.01.2015. Nos termos dos art. 85 e 86 da CF/88 e da legislação pertinente, a procedência da denúncia que deu ensejo à abertura do processo de *impeachment* da Presidenta da República foi aceita pela Câmara dos Deputados em 17.04.2016, e seu processamento foi admitido pelo Senado Federal em 12.05.2016.

²²⁰ Cf. SANTOS (2015). Também <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/03/renan-anuncia-que-devolve-mp-sobre-desoneracao-da-folha-de-pagamento.html>>; <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1597570-renan-critica-medidas-provisorias-de-dilma.shtml>>. Acesso: 03.03.2015.

²²¹ Em curiosa solução jurídica com o intuito de permitir que o Vice-presidente da República passasse a responder pela coordenação política do governo, editou-se Despacho da Presidenta da República, de 9 de abril de 2015, que o designou para a tarefa, “*considerando que o Brasil passa por desafios importantes na economia que requerem maior interação e harmonia de objetivos dos Poderes Executivo e Legislativo*”. A SRI sequer foi mencionada. Cf. também <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/04/1613537-relacoes-institucionais-sera-extinta-e-governo-passa-a-ter-38-ministerios.shtml>>. Acesso: 21.06.2015. Contudo, nova reforma ministerial, ocorrida no início de outubro de 2015, atribuiu as tarefas da antiga SRI a uma nova pasta chamada de Secretaria de Governo.

²²² Para Emenda Constitucional 86/2015, cf. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc86.htm>. Acesso: 21.06.2015.

políticos conjunturais do que, propriamente, de um esgotamento estrutural. As últimas ocorrências podem estar relacionadas, pois, não à fragilidade, mas sim à força que o modelo possui.

Sob o ponto de vista acadêmico, em suma, crê-se que a base é suficientemente segura para utilização voltada à caracterização do modo brasileiro de legislar nas últimas duas décadas. É válida para apresentar o modelo relacional entre os poderes envolvidos, e ajuda a definir a moldura político-institucional que cerca a elaboração normativa.²²³

5.2. Medidas Provisórias: um tópico especial

Se o poder de agenda é elemento central da caixa de ferramentas do Executivo brasileiro, a medida provisória é, inegavelmente, seu instrumento por excelência. A MPV também representa, sem margem de dúvida, o mais potente veículo legislativo de formatação e de inserção no mundo jurídico de políticas públicas. Mais de 5000 MPVs foram publicadas entre 1988 e 2001,²²⁴ e mesmo após a Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001, que alterou algumas de suas condições de edição, ao menos outras 700 foram enviadas ao Congresso Nacional até o final de 2015.²²⁵ Planos econômicos (como o Plano Verão ou o Plano Real), programas sociais robustos e alterações substantivas na formatação da Administração Pública foram feitos via MPV, a exigir seu debate em tópico próprio.

Na esteira da tese produzida por Sampaio (2007), defende-se que há diferença de tratamento atribuído ao instituto pela academia jurídica e pelos cientistas políticos. Em que pese eventuais abusos que merecem ser expostos, a medida provisória — ou figuras congêneres — configura importante instrumento de governabilidade e de desenvolvimento de presidencialismos contemporâneos, não só do brasileiro. Seria ela central ao avanço da agenda de governo e à instituição de políticas públicas.

²²³ Repise-se que apresentar o quadro não significa defendê-lo. A abordagem é descritivo-explicativa, não normativa.

²²⁴ Estão consideradas as reedições. O número de medidas provisórias originais no período gira em torno de pouco mais de 10% do total. Cf., com tratamento de informação para períodos um pouco distintos entre si, FIGUEIREDO & LIMONGI (1999); GOMES (2012); NEGRETTO (2004); PEREIRA, POWER & RENOÓ (2008).

²²⁵ Os dados podem ser obtidos no Portal da Legislação da Presidência da República. Cf. <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso: 15.01.2016.

Mesmo com o avanço do debate sobre as mudanças institucionais pelas quais passou a MPV ao longo dos últimos 25 anos, esta tese defende que ainda existem equívocos na abordagem sobre o tema. Primeiro, o de se tratar a MPV como algo único, estável e regular no tempo e no espaço, à exceção da alteração proveniente da Emenda Constitucional 32/2001. Não se dá a devida ênfase às mudanças que o instituto efetivamente sofreu, em especial se informais ou incrementais. Depois, o de se desconsiderar o contexto político-institucional que cerca sua produção e tramitação, que influencia sobremaneira sua utilização. Finalmente, o de não se deslocar o foco da discussão para o impacto que as mudanças no instituto causam na dinâmica entre os poderes e, conseqüentemente, nos arranjos e no ambiente institucional da produção legal. Isso altera, à evidência, os resultados dos processos legislativos, que formam a base do trabalho jurídico.

Assim, faz-se mister resgatar, de modo breve, o papel exercido pela MPV no presidencialismo de coalizão.²²⁶ A evolução do instituto busca mostrar, de maneira similar à abordagem relativa à produção do ato normativo dentro do Executivo, como a prática difere fortemente do texto de lei.

5.2.1. Poder de decreto e teoria da delegação

Cientistas políticos que trabalham com o tema da produção normativa do Executivo encaixam a medida provisória no âmbito do *poder constitucional de decreto*, ou *Constitutional Decree Authority* (CDA). Na linha do que propuseram Carey e Shugart (1992; 1998), pode ser conceituada como uma opção legislativa à disposição do Executivo, juridicamente válida e aceita, a ser usada em momentos extraordinários, sem a necessidade de aprovação prévia pelo Parlamento para o início da produção de efeitos. Na terminologia da Constituição Federal de 1988, é um ato normativo “com força de lei” desde sua edição, que força o Parlamento a agir *a posteriori*.

Segundo Negretto (2004), são três os fatores que, ao se relacionarem mutuamente, atribuem características específicas a cada desenho institucional em que o CDA é utilizado.

²²⁶ O tema é aqui tratado, portanto, de forma descritivo-instrumental. Recentemente apresentei em detalhes o histórico, a evolução e as mudanças que o instituto sofreu no Brasil pós-Constituição de 1988. Para aprofundamento, tratamento analítico e resultados específicos, com diferente abordagem e objetivos, cf. PAULA (2015).

Inicialmente, (i) suas regras de aprovação — se a manifestação do Congresso é tácita ou explícita, qual o tempo de análise nas casas do Parlamento etc —; depois, (ii) a extensão do apoio político que o Executivo tem em determinada legislatura, que facilita ou dificulta a aprovação de medidas legislativas; finalmente, (iii) o tamanho e o alcance do poder de veto do Presidente, em especial as regras relativas à sua derrubada. A costura entre tais elementos influencia a força do CDA, ampliando-a ou reduzindo-a.

Apesar da leitura que coloca a MPV como espécie de vilã político-jurídica da democracia brasileira, o fato é que o CDA está estabelecido em inúmeras democracias contemporâneas, com especificidades em cada regime. Tradicionalmente aceito em regimes parlamentaristas, pela relação íntima que Executivo e Legislativo apresentam desde a formação do gabinete, sua utilização também prospera em democracias presidencialistas. É possível detectar variantes do instrumento em países como Itália, França, Espanha, Portugal, além dos latino-americanos Colômbia, Chile, Peru e Equador e Argentina.²²⁷

Note-se que debate similar ao aqui exposto ocorre hoje nos EUA, embora sob bases jurídicas um pouco distintas. Embora os mecanismos jurídico-legislativos tenham características diversas, muito se questiona acerca dos limites da atuação normativa unilateral do Poder Executivo por meio de *Executive Orders*, ou ainda por meio de

²²⁷ Cf, para referências, CHAISTY, CHEESEMAN & POWER (2014). O caso argentino é peculiar, visto que o CDA não tem previsão constitucional e foi criado, na prática, pela atividade normativa corrente do próprio Executivo, sob crivo da Suprema Corte. Cf. NEGRETTO (2004).

instrumentos com menor potencial teórico de inovação no ordenamento, como *statements*, *directives*, *proclamations*, *memoranda* etc.²²⁸

Em suma, a utilização de instrumentos legislativos pelo Executivo com efeitos jurídicos imediatos, como as MPVs, não são exclusividade brasileira. Não se tratam de aberração sob o ponto de vista de desenhos constitucionais contemporâneos: há larga utilização de expedientes similares em democracias em desenvolvimento ou maduras. Também não configuram um persistente elemento ditatorial de nossa história, em que pese não se negue que existam abusos e que o instituto de fato deriva do decreto-lei, constitucionalmente previsto a partir da Constituição de 1937, bastante utilizado em períodos de exceção.²²⁹

Estabelecida a aceitação usual, embora crítica, do poder constitucional de decreto, importa apresentar visão contraposta à idéia de usurpação de poderes, que lastreia as críticas mais comuns.²³⁰ É que para autores como Figueiredo e Limongi (1999, 2000), Negretto (2004) e, no direito, Sampaio (2007) e Lois *et alli* (2009, p. 127), seria possível identificar uma espécie de jogo cooperativo entre Executivo e Legislativo. Haveria uma

²²⁸ Cf. CAREY & SHUGART (1998); LIMONGI (2006); MORGENSTERN, POLGA-HECIMOVICH & SHAIR-ROSENFELD (2013); PEREIRA, POWER & RENOÓ (2005); SAMPAIO (2007); em certa medida, COGLIANESE (2009).

Como apontado por Morgenstern *et alli*: "US presidents are formally decree-less, but the scholarship examining US executive orders (...) shows that they too have had success in implementing their agendas. As Howell (2005) explains, US presidents have two fundamental ways of advancing their policy agenda: submitting proposals through Congress or exercising their unilateral powers. These directives – which straddle a line between formal and reinforced scope – include executive orders, executive agreements, proclamations, national security directives, recess appointments, and memoranda; they allow the president to dictate policies or manage the bureaucracy without congressional endorsement" (2013, p. 53).

Ainda, segundo Chu e Garvey (2014, p. 1), "Executive orders, presidential memoranda, and proclamations are used extensively by Presidents to achieve policy goals, set uniform standards for managing the executive branch, or outline a policy view intended to influence the behavior of private citizens. The U.S. Constitution does not define these presidential instruments and does not explicitly vest the President with the authority to issue them. Nonetheless, such orders are accepted as an inherent aspect of presidential power. Moreover, if they are based on appropriate authority, they have the force and effect of law." Assim, as EOs, não explicitamente previstas na Constituição Americana, podem ter força de lei, mas apenas se derivadas de legislação que delega tal poder ao Presidente ou, no que aqui mais interessa, se vinculadas diretamente da previsão constitucional de poder do Presidente. É o limite dessa atividade que está hoje em causa, sendo debatida ao menos desde o caso *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, de 1952. Como mostram os autores, "EOs historically have been more contentious as Presidents have issued them over a wide range of controversial areas such as the establishment of internment camps during World War II; the suspension of the writ of habeas corpus; and equal treatment in the armed services without regard to race, color, religion, or national origin. However, Presidents have also used executive orders for arguably more mundane governing tasks such as directing federal agencies to evaluate their ability to streamline customer service delivery and establishing advisory committees." (2014, p. 2-3).

²²⁹ Para histórico e diferenças entre os instrumentos, bem como para a inspiração italiana do novo desenho, cf. AMARAL JR (2004); para visão um pouco diversa sobre inspirações, cf. LIMONGI (2006, p. 132 e ss.); para utilização pré-1937, cf. SAMPAIO (2007).

²³⁰ Para críticas à visão tradicional de separação de poderes, sob diferentes abordagens, cf. ABRAMOVAY (2012); ACKERMAN (2000); ROCHA (2004); SAMPAIO (2007).

delegação condicional, do último ao primeiro, quanto à tarefa de assumir a agenda e de inovar no ordenamento jurídico. Em outras palavras: o Congresso, como principal, delegaria ao governo, como agente, a edição dos decretos com força de lei (medidas provisórias), controlando-os *a posteriori*.

Em contribuição bastante conhecida, Figueiredo e Limongi (1999, 2000) mostraram que a relação horizontal entre Executivo e Legislativo no Brasil se comportava de maneira bastante semelhante àquela encontrada em democracias parlamentaristas européias.²³¹ Com base em dados legislativos como taxa de dominância, taxa de sucesso e disciplina partidária, defenderam que a combinação entre o forte controle de agenda por parte do Executivo e a (inesperada) alta previsibilidade do apoio político por parte da base de coalizão do governo seria central ao padrão comportamental encontrado. Nos termos dos próprios autores: *"presidential legislative powers are not the means to confront or bypass the legislative power, but rather the means to entice a centralized legislature to cooperate"* (2000, p. 154). Ou ainda: *"(...) legislative powers may provide presidents with the means to entice the legislature's members into a cooperative strategy"* (2000, p. 168).²³²

O controle da agenda pelo Executivo e a utilização das MPVs, portanto, incentivariam um sistema cooperativo e permitiriam o avanço da agenda política, bem como a consequente introdução de *policies*. O relativo silêncio parlamentar frente aos

²³¹ Segundo os autores, no período analisado seria possível prever ao menos 95% dos resultados legislativos, uma vez conhecidas as posições do governo e dos líderes partidários. Com base nos dados e assumindo o recorte metodológico de Limongi (2006), de outubro de 1988 a março de 2006 a disciplina partidária no Brasil foi de 78,4%, a taxa de sucesso do Executivo foi de 70,7% e a taxa de dominância estaria em torno de 85,6%, com mais de 90% durante o mandato do Presidente Lula. T. Power *et alli* também apontam para taxa de dominância de mais de 80% (2014, p. 80).

Por *taxa de dominância* entenda-se a proporção de leis aprovadas de iniciativa do Executivo frente ao total de leis aprovadas (de iniciativa tanto do Executivo quanto do Legislativo ou de outros proponentes constitucionalmente previstos) em um determinado período, como por exemplo uma legislatura. Por *taxa de sucesso* entenda-se a proporção de leis de iniciativa do Executivo aprovadas frente ao número total de propostas por ele realizadas em determinado período, como por exemplo uma legislatura. Já o conceito de *disciplina partidária* envolve, como regra, o respeito ao comando de um liderança (no caso, o líder do partido). Note-se que as definições e os recortes metodológicos que envolvem a delimitação do universo de votações que deve ser considerado é tema de disputa na literatura. Cf., com foco nos projetos orçamentários, GOMES (2012); também NEIVA (2011); SANTOS (2010).

²³² E completam: *"This observation allows us to dispute Tsebelis' conclusion about the basic difference between parliamentary and presidential systems. According to him, control over the agenda distinguishes these two systems. In parliamentary systems the executive (government) controls the agenda, and the legislature (parliament) accepts or rejects proposals, while in presidential systems the legislature makes the proposals and the executive (the president) signs or vetoes them." In Brazil the president controls the legislative agenda. The president proposes, and the legislature accepts or rejects what he has proposed.*" (2000, p. 168).

“desmandos” de sua contraparte institucional, ao menos entre 1988 e 2001, sustentaria a percepção de uma relação ao menos não-conflitiva, contrária à alardeada submissão.

Sob a ótica do Parlamento, a cooperação estaria lastreada em vantagens comparativas como o “baixo custo” de monitoramento das propostas e a efetiva participação política *a posteriori*.²³³ De fato parlamentares podem, antes de apoiar, alterar ou derrubar determinada medida, (i) ouvir os anseios e a percepção da sociedade, (ii) não assumir custos políticos de medidas impopulares, (iii) negociar com o governo, angariando ganhos marginais de diferentes matizes, e (iv) não perder tempo em matérias demasiado técnicas ou politicamente irrelevantes. A posição do Congresso na relação de delegação pode, em verdade, atribuir-lhe centralidade. Em resumo simbólico que subverte a lógica tradicional: *o Executivo legisla e o Parlamento governa, ambos mediante o uso de Medidas Provisórias* (SAMPAIO 2007, p. 195).

Para os fins da presente tese, argumentos favoráveis e contrários à teoria da delegação não são relevantes.²³⁴ Note-se apenas que, em que pese aparentemente mais aceita no debate contemporâneo brasileiro, ela enfrenta algumas ressalvas acadêmicas. Alegações como (i) a não contabilização de projetos não enviados pelo receio de derrota (a chamada “lei de antecipação das reações”), (ii) a falta de cuidado com a dinâmica pré-plenário e com o papel do colégio de líderes na seleção das propostas que vão efetivamente à votação, (iii) a equivalência entre projetos de relevância completamente diferente nas análises numéricas, e (iv) a permanência de práticas fisiológicas e clientelistas no dia-dia do Congresso Nacional, são algumas delas.²³⁵ Não é de se descartar, também, o recente declínio das taxas de dominância do Executivo no processo legislativo (ALMEIDA 2015a), como já se fez referência.

Seja como for, algumas das contribuições trazidas às análises do processo legislativo parecem permanecer válidas. Destaque-se fundamentalmente (i) a percepção da

²³³ Cf., em especial, NEGRETTO (2004) e SAMPAIO (2007). Embora não seja tema da presente tese, vale mencionar que a delegação também apresenta uma série de dificuldades e riscos para o delegante, derivadas essencialmente da assimetria informacional.

²³⁴ Também aqui é possível detectar nova dicotomia acadêmica. É que uma outra linha de pensadores, em especial no debate norte-americano, advogava a chamada *teoria da ação unilateral* do Executivo, apontando que o uso do CDA deveria ocorrer com mais frequência por Presidentes com baixos índices de apoio ou com forte oposição, como forma de superar entraves encontrados no Parlamento. Seriam instrumentos utilizados para vencer legislaturas não-cooperativas ou fortemente adversárias. Cf., para o tema, FIGUEIREDO & LIMONGI (1999); LIMONGI (2006); PEREIRA, POWER & RENOÓ (2005).

²³⁵ Para rol de críticas e contra-argumentos, cf. LIMONGI (2006, p. 25). Cf. também GOMES (2012).

importância da MPV como elemento instrumentalizador do poder de agenda, (ii) sua relevância para o desenvolvimento de marcos normativos para políticas públicas, bem como (iii) o entendimento de que o mecanismo está longe de ser pura ferramenta jurídica, apta a ser analisada de forma descolada de seu envoltório institucional. É ela, também, instrumento inerente à montagem e ao cultivo da relação entre os poderes, que compõe o quadro político-institucional vigente, devendo assim ser aceita e analisada.

5.2.2. O ciclo de vida das MPVs: uma história com várias fases

Apresentada sua relevância para a dinâmica institucional brasileira, cabe mostrar as alterações substantivas pelas quais as MPVs passaram ao longo de seus últimos 25 anos. Traz-se, em apertada síntese, quatro fases bastante características de sua evolução pós-1988.²³⁶ Dada decisão recente do Supremo Tribunal Federal, talvez já seja possível apontar o início de um quinto ciclo.

Fase 01 - O período sem limites ou o período do debate constitucional (1988-2001).

A primeira etapa da evolução histórica das MPVs pós-1988 foi marcada (i) pela inegável ampliação do escopo de seu uso frente ao que fora inicialmente imaginado pela Assembléia Constituinte, (ii) pelo debate constitucional a respeito do (ab)uso das medidas provisórias por parte do Poder Executivo, bem como (iii) pelo tema da afronta à separação de poderes. O enxuto texto constitucional original (a matéria introduzida pela MPV deveria ser urgente e relevante, e obter anuência do Parlamento em um prazo de 30 dias) levou a doutrina a discutir limites formais e materiais implícitos.²³⁷

Duas questões interessam à presente tese. Primeiro, o rápido entendimento de que a definição dos conceitos de relevância e urgência seriam prerrogativas do Executivo, salvo situações extremas, como aquiesceram o Supremo Tribunal Federal e o próprio Congresso

²³⁶ Para detalhes, exemplificativamente: AMARAL JR (2004); PAULA (2015); SAMPAIO (2007).

²³⁷ A doutrina constitucional brasileira defendeu limites à utilização das MPVs como a impossibilidade de utilizá-la para emendas constitucionais, para criação de legislação complementar ou em matérias cujo tratamento constitucional atribuía exclusividade à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal.

Nacional.²³⁸ Depois, a aceitação da possibilidade de reedição dos atos, após a primeira investida feita pelo Governo Sarney com a reprodução da Medida Provisória 29 (via Medida Provisória 39, de 21 de fevereiro de 1989). A medida, editada em pleno momento de esforços econômico-financeiros frente à grave crise econômica vigente, aglutinados sob o guarda-chuva do Plano Verão, colocou o Congresso Nacional em dificuldades político-institucionais. Não aceitar a reedição naquele momento significaria, ao menos sob o ponto de vista simbólico, atravancar parcela do plano. As reedições foram então aceitas, novamente com o aval do STF, desde que não reiterassem medidas explicitamente rejeitadas.²³⁹

Na prática, a aceitação das reedições desconfigurou o arranjo institucional original das MPVs. Para além da redução do controle sobre os pressupostos de urgência e relevância, a regra original de aprovação explícita por parte do Parlamento desapareceu, dada a vigência quase perene de MPVs reeditadas — a MPV do Plano Real, por exemplo, foi reeditada 73 vezes antes de ser formalmente aprovada pelo Congresso. O Executivo ainda angariou para si a relevante (e pouco citada) possibilidade de fazer pequenos ajustes nas reedições, de modo a corrigir equívocos, diminuir ruídos políticos e dar respostas a demandas sociais ou de grupos de pressão.²⁴⁰ Em resumo, houve completa alteração do instituto, que passou ao largo dos debates em nível constitucional.

Fase 02 - A Emenda Constitucional 32/2001: limites formais e resultados inesperados (2001-2009).

As acentuadas críticas ao desenho configurado na prática, mediante ajustes incrementais, levaram o Parlamento a produzir uma série de propostas de alteração constitucional das MPVs. Em 11 de setembro de 2001 foi promulgada a Emenda

²³⁸ Cf. ADI 162-MC, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 19-9-1997; ADI 1.753-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 12-6-1998; ADI 1.647, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 26-3-1999; ADI 1.717-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 25-2-2000. Cf. <www.stf.jus.br>. Acesso: 06.01.2015. Cf. também Sampaio (2007, p. 169), que detectou certa vantagem comparativa do Congresso ao poder escolher o momento político de questionar os pressupostos de uma MPV.

²³⁹ Cf. AMARAL JR (2004); FIGUEIREDO & LIMONGI (1999). Para decisões do STF, cf. ADI 295 e ADI 1.516; ADI 1.397-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 27-6-1997. Foi editada, a respeito, a Súmula 651 <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=651.NUME.&base=baseSumulas>>. Acesso: 06.01.2015.

²⁴⁰ Cf. ABRAMOVAY (2012); AMARAL JR (2004).

Constitucional 32, fruto de acordo com o governo vigente que almejava, ao fim, proteger as MPVs anteriormente editadas.²⁴¹

Para trazer o Congresso Nacional de volta ao jogo, garantindo sua participação nos debates e diminuindo o poder de agenda do Executivo, apostou-se em três medidas centrais: (i) a proibição das reedições; (ii) a explicitação de limites materiais e formais;²⁴² (iii) a obrigatoriedade da discussão do texto pelo Congresso, mediante o mecanismo que ficou conhecido como *trancamento da pauta*. Com base nessa inovação, uma MPV não apreciada em até 45 dias tornar-se-ia prioritária na agenda de votação dos plenários, suplantando todos os demais itens. Bloqueava a pauta da casa em que ocorria a tramitação até a apreciação dentro do prazo constitucional de 120 dias (60 dias prorrogáveis por um único período, sendo a prorrogação praxe de competência do próprio Parlamento).²⁴³

Por um lado, as metas de ampliação da participação parlamentar nos debates foram efetivamente atingidas.²⁴⁴ Comparando os períodos entre 1994-2001 e 2001-2008, Abramovay (2012) mostrou importante aumento no número de MPVs discutidas em plenário (de 74% para 95%), bem como um aumento do percentual de atos reprovados (de 1% para 7%). Houve ainda incremento no número de MPVs emendadas e no número de emendas apresentadas aos textos originais, o que configurou, sem dúvidas, uma participação mais ativa do Congresso.²⁴⁵ Finalmente, apontou-se que a limitação temporal das MPVs frente ao antigo modelo de reedições indefinidas, aliada ao resgate da necessidade de aprovação explícita, acentuou a relação política entre Executivo e Legislativo.²⁴⁶

²⁴¹ As medidas provisórias já editadas continuaram em vigor até eventual revogação explícita ou eventual manifestação do Congresso, conforme o previsto no art. 2º da EC 32/2001: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm>. Acesso: 15.01.2015. Ao participar do processo de discussão da emenda constitucional e ao compreender seu desfecho político, o governo à época editou mais de 70 MPVs nos primeiros dias de setembro de 2001, em produção significativamente superior à média histórica (PEREIRA, POWER & RENOÓ 2008).

²⁴² Muitos dos limites constitucionalizados já estavam detectados pela doutrina, e o novo procedimento constava, em boa medida, da Resolução do Congresso Nacional nº 1/1989, que serviu de base à alteração constitucional.

²⁴³ A prorrogação dá-se por ato do presidente da mesa do Congresso Nacional (o presidente do Senado Federal), em cumprimento ao previsto no par 7º do art. 62 da CF/88, e do par. 1º do art. 10 da Resolução do Congresso Nacional nº 1/2002.

²⁴⁴ Cf. ABRAMOVAY (2012); FARIA (2005); PEREIRA, POWER & RENOÓ (2008).

²⁴⁵ Segundo o autor, o número de MPVs emendadas subiu de 20,6% para 54,8%, e o número médio de emendas apresentadas aos textos originais do Executivo subiu de 13,2 para 43,1 por ato normativo.

²⁴⁶ Power e co-autores qualificaram a percepção como o incremento do “*political cultivation*” (2008, p. 26).

Não obstante, e ao contrário de todas as expectativas originais, o número de MPVs editadas após a EC 32/2001 aumentou ao invés de diminuir.²⁴⁷ É que o mecanismo do trancamento de pauta foi entendido pelo Executivo, ainda que de forma velada, como arma de controle da agenda. A emissão de MPVs permitia-lhe administrar não apenas o ritmo de seus projetos, mas também o andamento de toda a produção normativa. Um grande volume de MPVs bloqueando a pauta inviabilizava, por exemplo, a votação de projetos de lei que lhe eram contrários. Seu uso acabou, pois, incentivado.²⁴⁸

Nas palavras de Renoó (2010), o trancamento de pauta converteu-se em armadilha plantada pelo próprio Congresso. Na busca de recuperar protagonismo ele o acabou cedendo substancialmente, de forma contundente. Caracteriza-se, novamente, a influência da dinâmica legislativa no desenho institucional, bem como em seus resultados.

Fase 03 - A “Doutrina Temer” e o retorno do Parlamento (2009-2012).

A insatisfação do Congresso Nacional foi amenizada apenas no início de 2009, quando o então recém-eleito Presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, a despeito de sua posição de suporte ao governo, deu nova interpretação constitucional ao efeito do bloqueio de pauta.²⁴⁹ Tal medida foi tomada mediante simples resposta a uma *Questão de Ordem* feita em plenário, sem nenhuma alteração de texto normativo, em claro exemplo de mutação constitucional.²⁵⁰

Do ponto de vista político, retornava o argumento já citado do reequilíbrio dos poderes. Do ponto de vista jurídico, alegava-se que o trancamento da pauta via medida provisória, visto como exceção ao princípio da separação de poderes, mereceria interpretação restritiva. Assim, a impossibilidade de votação em período de pauta trancada deveria valer apenas para as matérias passíveis de tratamento via MPV, dada a

²⁴⁷ Segundo Pereira, Power e Renoó (2008), no período entre 1995-2001 a média mensal de MPVs promulgadas era de três, tendo significativamente subido, após a EC 32/2001, para cinco.

²⁴⁸ Como exemplo, basta indicar que em meados de 2006 a pauta da Câmara dos Deputados ficou trancada em 85% de suas sessões deliberativas. Cf. *idem*, p. 27.

²⁴⁹ Note-se, a título metodológico, que a recorrente a insatisfação do Congresso Nacional com o regime das MPVs não invalida a teoria da delegação. Defender o poder explicativo do padrão delegativo não equivale a dizer que seus agentes estejam satisfeitos com os parâmetros de relacionamento, ou que não haja incentivos para a busca de um melhor posicionamento relativo.

²⁵⁰ Questão de Ordem nº 411, de 17 de março de 2009, apresentada pelo então Deputado Régis de Oliveira. Saliente-se que o Presidente da casa legislativa já havia sinalizado seu intuito de ajustar a tramitação das MPVs, cabendo ao questionamento a tarefa de formalizar o novo entendimento.

“intercambialidade” existente entre elas, e em sessões ordinárias. Na prática, a alteração permitia que a Câmara votasse propostas de emenda à Constituição (PECs), projetos de lei complementar (PLPs) e decretos legislativos, bem como projetos que tratassem de temas com explícita vedação de tratamento via MPVs.

A nova interpretação constitucional foi rapidamente chancelada, em decisão monocrática, pelo Supremo Tribunal Federal. Em *obiter dictum*, as razões apontadas foram reiteradas pelo Ministro Celso de Mello:

a deliberação ora questionada busca reequilibrar as relações institucionais entre a Presidência da República e o Congresso Nacional, fazendo-o mediante interpretação que destaca o caráter fundamental que assume, em nossa organização política, o princípio da divisão funcional do poder (MS 27.931-1-MC, Rel Min **Celso de Mello**, julgamento em 06-04-2009, *DJe* 15-04-2009).

Os efeitos desencadeados nos arranjos e no ambiente institucional foram evidentes. Segundo Renoó (2010), houve repercussão significativa, dada a redução no número de MPVs apresentadas.²⁵¹ Do ponto de vista estratégico, por seu turno, a alteração era ainda mais forte: o Executivo enfrentava, quiçá pela primeira vez de forma efetiva, o enfraquecimento da força de seu instrumento de controle da atividade legislativa.

Note-se que também aqui surgiram efeitos inesperados. Como exemplo, tome-se a aposição de emendas de cunho penal e processual penal em projetos de lei em tramitação, com o claro intuito de se retirar determinado ato normativo do bloqueio de pauta (vale lembrar ser o tratamento de matéria penal e processual penal por MPV vedado pelo art. 62, §1º, I, b), da Constituição Federal).²⁵²

Fase 04 - A ADI 4029 (2012-2015).

²⁵¹ Em que pese a melhora, RENOÓ (2009) detectou ser ainda bastante alto o número de sessões deliberativas bloqueadas em 2009, algo em torno de 55%.

²⁵² Veja-se, exemplificativamente, tramitação e debates sobre a Lei 12.382/2011, de iniciativa do Executivo, que estabelecia a política de recuperação do poder aquisitivo do salário mínimo: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491872>; <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/193556-DEPUTADO-QUER-DEVOLUCAO-DO-PROJETO-DO-SALARIO-MINIMO-AO-EXECUTIVO.html>>; e ainda <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/656124.pdf>>. Para debate explícito acerca do uso das chamadas “muletas legislativas”, <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/656124.pdf>>. Acesso: 15.01.2015.

Uma pouco alardeada reviravolta no processo de tramitação das medidas provisórias, com fortes conseqüências na relação entre Executivo e Legislativo, ocorreu em 7 de março de 2012. Emergiu com a decisão de procedência proferida pelo STF à ADI 4029, que discutia a inconstitucionalidade da Lei 11.516/2007, resultante da conversão da Medida Provisória 366, de 26 de abril de 2007. A ação, proposta pela Associação Nacional dos Servidores do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, atacava ato que cindia o IBAMA em dois, criando o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio e deslocando-lhe competências como a gestão de áreas de conservação.

Foi aceita pela Suprema Corte a alegação de inconstitucionalidade formal da norma, dado o descumprimento do previsto no art. 62, §9º, da CF/88, que assim dispõe: *“Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.”* A Resolução nº 01, de 2002, do Congresso Nacional, disciplinava a criação e o funcionamento da Comissão constitucionalmente prevista que, todavia, nunca existiu nem sequer se reuniu.²⁵³

Segundo o regramento, a Comissão Mista deveria ser criada a cada nova MPV, composta por 12 membros de cada casa parlamentar, com rápida instalação (24h após a nomeação de seus componentes). Emendas só poderiam ser apresentadas em até seis dias da publicação da MPV, sendo vedadas aquelas de matéria estranha ao mérito original do ato. A Comissão teria 14 dias para opinar sobre sua constitucionalidade (relevância e urgência), adequação orçamentária e mérito, enviando a MPV, se aprovada, ou o projeto de lei de conversão, se feito algum ajuste, ao Plenário da Câmara dos Deputados.

Em que pese a decisão se referir apenas ao caso da ADI 4029, na prática o STF sinalizava que todas as medidas provisórias aprovadas desde 2001 estavam potencialmente eivadas de vício formal, dada a inexistência da Comissão Mista constitucionalmente prevista. O impacto da decisão foi sentido pela própria Corte, que no dia seguinte modulou

²⁵³ A Resolução nº 01/2002 substituiu a já citada Resolução nº 1/1989. Cf. <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/2002/resolucao-1-8-maio-2002-497942-norma-actualizada-pl.html>>. Acesso: 07.03.2015.

efeitos para estabelecer serem eles válidos apenas para o futuro, e não *ex tunc*.²⁵⁴ Ainda assim, Executivo e Legislativo tiveram que se adaptar à nova diretriz — em verdade, ao explícito mandamento constitucional — e ao novo (velho) procedimento.

Uma nova guinada institucional estava em curso, com importantes impactos na dinâmica da tramitação legislativa. Em que pese seja cedo para consolidar resultados, é factível sugerir alguns efeitos. De início, aponte-se a redução de poder do Presidente da Câmara dos Deputados em escolher os relatores das medidas provisórias. Com a necessidade da implantação da Comissão Mista e da consequente observância das regras de representatividade proporcional que regem o Parlamento, tal competência dilui-se entre líderes partidários.

Ademais, há o resgate de um mínimo de protagonismo do Senado Federal na tramitação e na atividade legislativa, com a participação de Senadores na composição original da Comissão Mista. Historicamente a Casa recebeu MPVs da Câmara dos Deputados depois de 45 dias de sua edição e, portanto, com sua pauta já trancada; além disso, seu tempo de análise era invariavelmente insuficiente para a proposição de emendas com chance de sucesso, visto que o ato, ao ser alterado, deveria voltar à Câmara para análise das modificações; isso inviabiliza sua aprovação em tempo hábil.²⁵⁵

Finalmente, é ainda possível ponderar que, em efeito em tese benéfico ao Executivo, as chances de alterações de última hora no texto das MPVs, bem como as barganhas daí decorrentes, foram reduzidas. O foco desloca-se para o seio da Comissão Mista que, de um lado, tem pouco tempo pra receber emendas (seis dias), e, de outro, tem curto prazo para emitir relatório (14 dias). Essa readequação temporal reduz o tempo transacional e as chances de mudanças significativas de texto, em especial aquelas surgidas nos últimos instantes.²⁵⁶

²⁵⁴ O art. 27 da lei 9868/99 permite que o STF, considerando os excepcionais efeitos jurídicos e sociais de determinada declaração de inconstitucionalidade, possa modular seus efeitos, alterando, por exemplo, a data de início de sua produção. *In verbis*: "Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

²⁵⁵ A dificuldade atingia essencialmente os senadores da base governista que, dada a expectativa do governo em aprovar seu texto tempestivamente, ficavam na prática impossibilitados de realizar ajustes.

²⁵⁶ Ademais, o tempo que o texto final da Comissão fica intocado, aguardando sua inclusão na ordem do dia do Plenário, permite, em tese, que o relatório e a proposta normativa a ser votada possam ser mais bem escrutinados por interessados e pela opinião pública.

Fase 05? - O julgamento da ADI 5127.

Uma recente decisão do STF pode alterar fortemente os rumos do instrumento legislativo, dando início a uma nova fase de relacionamento institucional entre Executivo e Legislativo. Em 15 de outubro de 2015, o plenário do STF julgou a ADI 5127, que questionava a constitucionalidade da inclusão de matéria estranha ao texto da MPV original por emenda do Congresso. A Corte decidiu, por maioria de votos, cientificar o Poder Legislativo de que agora em diante (*ex nunc*) não é compatível com a Constituição a apresentação de emendas sem relação de pertinência temática com medida provisória submetida à sua apreciação.²⁵⁷ Fez-se referência ao chamado devido processo legislativo, e retomou-se previsão explícita da Resolução do Congresso Nacional nº 1/2002 que vedava a inclusão de matéria estranha ao conteúdo da MPV original, os chamados “contrabandos” ou “jabutis legislativos”.

A decisão pode alterar os rumos da produção normativa brasileira porque, uma vez observada, retira do jogo parte dos benefícios que o modelo de tramitação de MPVs oferecia ao Parlamento no arranjo cooperativo existente: a possibilidade de tramitação rápida de suas matérias (a “carona legislativa”), o poder de barganha dos relatores acerca do que pode ser incluído em projetos de lei de conversão, a negociação acerca do texto final com base em emendas sem pertinência temática.

Apontar quais serão os novos rumos a partir dessa decisão é puro exercício de adivinhação. No entanto, alguns caminhos podem ser projetados: (i) um foco mais rigoroso sobre o texto original das MPVs, e um aumento no debate acerca da construção de seu texto final ou da política que ele introduz; (ii) o retorno da discussão sobre o domínio da pauta por parte do Executivo e da baixa relevância dos demais mecanismos de produção legal, visto que a carona legislativa em MPVs ficou prejudicada. De um lado, o escrutínio dos projetos originais pode aumentar; de outro, há chances de acirramento dos debates relativos à produção legislativa, com conseqüente travamento da agenda política.

5.3. A Força da *Praxis* Legislativa: a complexidade do Parlamento

²⁵⁷ Cf. ADI 5127, Rel p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 15.10.2015. <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4580410>>. Acesso: 19.10.2015.

Ainda que o objeto central dessa análise seja a produção normativa por parte do Executivo, dada a relevância do ator para a produção normativa e o *locus* privilegiado para a mobilização de ferramentas da *meta policy* legislativo-regulatória, debater seus instrumentos de atuação e controle de agenda traz à tona aspectos inerentes ao processo de tramitação legislativa dentro do Parlamento brasileiro. Esse universo é demasiado complexo, de difícil recorte metodológico, que aqui não se pretende fazer. Não obstante, com o fito de complementar a percepção de que a prática legislativa importa para (re)modelar instrumentos legislativo-regulatórios e o próprio ciclo de vida normativo, vale apontar ao menos mais alguns elementos dessa atividade.

Como defendido, debates centrados nas regras constitucionais do processo legislativo não captam a dimensão dinâmica que cerca essa atividade. Uma série de manobras legislativas utilizadas ao longo da tramitação das proposições, com o intuito de alterar o ritmo de andamento de determinada proposta, são pouco percebidas ou lembradas por estudos na área jurídica.²⁵⁸ A título de exemplo, textos são aglutinados para tramitarem em conjunto, aproveitando a tramitação mais adiantada de um deles. Propostas idênticas são apresentadas concomitantemente nas duas Casas do Congresso, com o fito de se ganhar tempo de tramitação. Ao menos até a decisão de outubro de 2015 do STF sobre os contrabandos legislativos (ADI 5127), projetos de lei pegavam carona em medidas provisórias, como se emendas fossem, para usufruir de seu rito abreviado. Finalmente, matérias são enxertadas em minutas com o intuito de influenciar o número ou a ordem de atores regimentalmente obrigados a apreciá-las.

Não se retira a legitimidade de tais procedimentos, ou se lhes atribui conotação negativa. Ao contrário. Conhecer o regimento das casas legislativas e compreender a dinâmica parlamentar, ou as alternativas que ela disponibiliza, é inerente ao debate político e natural dentro de democracias estáveis e estabelecidas. Trata-se, simplesmente, de se alertar para tais ocorrências, visto que elas alteram tanto o processo formativo quanto o resultado final do procedimento legislativo. Há evidente impacto na formação da legislação brasileira, que precisa ser percebido e discutido.

²⁵⁸ Como exceções, cf. BAMBINI DE ASSIS (2009); RIZEK JR (2009).

Um segundo ponto que merece atenção é o relevante papel das assessorias técnicas e jurídicas, em especial as existentes nas duas Casas do Congresso Nacional. Ao contrário do que defendem autores como Rizek Jr (2009), o suporte aos debates jurídico-legislativos é deveras robusto — seja via assessores vinculados aos gabinetes de partidos ou lideranças, seja via importantes corpos estáveis das consultorias legislativas de Câmara e Senado.²⁵⁹ Permite-se a construção de teses favoráveis e contrárias aos atos em tramitação. Cabe ao debate político, munido das informações jurídicas, a decisão pela proposta vencedora.

Finalmente, retomo a relevância do papel dos relatores das MPVs. É que, ao menos até a decisão do STF de 2012, o relator mantinha o texto por muito tempo sob seu domínio, garantindo para si um enorme poder. Para além de suas próprias emendas, o relator de uma MPV relevante estava por um bom período apto a procurar e a ser procurado por interessados no tema, bem como a receber emendas de colegas parlamentares, grupos de pressão, partidos políticos etc. Podia utilizar sugestões de texto como elemento de barganha política — seja frente a interessados, seja frente ao governo. Não raro, medidas provisórias tornavam-se verdadeiros *trens de carga com portas abertas*, prontas a receber todo e qualquer tipo de emenda.²⁶⁰

Não é à toa, aliás, que foi talhada no Parlamento a expressão "bancada das MPs". Ela definia o seleto grupo de parlamentares sistematicamente escolhidos para a relatoria pelo Presidente da Câmara, ou que, já habituados ao procedimento, apresentavam suas emendas a toda e qualquer MPV, seja qual fosse o tema. É anedótico o caso da apresentação sistemática de uma mesma emenda que buscava o fim da obrigatoriedade do exame da OAB.²⁶¹ Há outros casos de temas com importante impacto econômico-fiscal, como a mudança em regras de tributação de segmentos econômicos ou a desoneração de setores produtivos específicos.²⁶²

²⁵⁹ Em linha similar, cf. ALMEIDA (2015a).

²⁶⁰ Compare-se, por exemplo, a versão final da Lei 12.431, de 24 de junho de 2011, com o texto original da Medida Provisória 517, de 30 de dezembro de 2010, da qual foi originada. O texto final sancionado e promulgado, mesmo após os vetos presidenciais, ficou quase três vezes maior que o texto original, com enorme variedade temática. Cf. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12431.htm>; <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Mpv/517.htm>. Acesso: 07.03.2015.

²⁶¹ Trata-se de emenda sistematicamente proposta pelo Dep. Eduardo Cunha (PMDB-RJ), cuja redação continha a adaptável expressão "inclua-se onde couber". Cf. <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/manchetes-antiores/deputado-tenta-extinguir-prova-da-oab-emendando-mps/>>. Acesso: 07.03.2015.

²⁶² Caso recorrente é o das emendas que alteravam aspectos tributários da cadeia produtiva da castanha de caju e do regime aduaneiro e tributário aplicável à indústria têxtil. Cf. *idem*.

Jabutis, como é sabido, não sobem em árvores. Não obstante, os *jabutis legislativos*, como conhecidas as emendas enxertadas em textos normativos, frequentemente conseguiram a façanha, aparecendo tanto em projetos de lei comuns como em projetos de conversão de medidas provisórias.²⁶³ Resta saber quais serão os efeitos da decisão do STF sobre o tema (ADI 5127), que por certo alterará essa dinâmica.

Em resumo, mesmo tendo em conta as recentes alterações que em tese devolvem a MPV a contornos mais próximos dos originais, vale compreender as inúmeras nuances envolvidas na produção normativa e no processo legislativo. Não há meros elementos jurídicos, mas também elementos políticos, econômicos e institucionais que exercem enorme influência em sua prática cotidiana.

5.4. Processo Legislativo e Política Legislativo-regulatória

O tópico pretendeu mostrar que a atividade legislativa do Executivo, em especial aquela relativa ao volume de primário de leis, especialmente sob o instrumento das medidas provisórias, é central ao processo contemporâneo de produção de normas no Brasil, integrando seu desenho constitucional e político-institucional. Por todos os motivos expostos, não parece que a tradicional crítica que invoca afronta uma à separação de poderes seja apta a invalidar por completo tal constatação.

Não obstante, assim como se viu que a tramitação de atos normativos dentro do Poder Executivo possui dinâmica própria, influenciada por elementos circunstanciais, aqui também ficou claro que o fluxo dentro do Poder Legislativo e o impacto que a produção legislativa primária tem na dinâmica entre os poderes Executivo e Legislativo deixam o cenário ainda mais complexo.

Tal situação impacta a idéia de adoção de ferramentas legislativo-regulatórias voltadas ao incremento da qualidade normativa, que precisa compreender seu contexto de implementação. Em especial quando em causa instrumentos legislativos inseridos em desenhos de co-legislação (Executivo e Legislativo). Não obstante, crê-se que as

²⁶³ Tais mecanismos são reconhecidos pela própria mídia brasileira: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2013-05-30/inclusao-de-jabutis-em-medidas-provisorias-vira-pratica-recorrente.html>>. Acesso: 07.03.2015. Ou ainda, em editorial da Folha de São Paulo, <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/10/1695527-fim-de-um-contrabando.shtml>>. Acesso: 19.10.2015.

ferramentas de *meta policy* não são atingidas por tais dificuldades de forma equânime. Embora o arranjo dificulte algumas implementações, há alternativas que podem ser mobilizadas ou adaptadas. Os capítulos III e IV debaterão melhor a questão.

6. A Legislação Brasileira Contemporânea em Números

Exposto o quadro, retorne-se às características da legislação produzida no Brasil. Como dito, propostas de aplicação de *meta policies* exigem a definição de um universo legal específico. Assumindo que nem todo ato normativo possui características finalístico-instrumentais — nem todo ato é funcionalizado em prol de estratégias regulatórias, ou exerce função de introdutor de políticas públicas —, sendo, pois, apto a ser examinado sob tal ponto de vista, a questão reside em se detectar em que grau isso ocorre.

A análise dos dados referentes à produção legislativa federal contemporânea auxilia a entender o grau de convergência entre teoria e prática, e pode justificar propostas de ajustes na *meta policy* voltada à qualidade normativa. Almeja-se revelar uma macrofotografia, um cenário adstrito às finalidades desta tese, identificando um conjunto de normas sujeitas, *a priori*, à atividade avaliativa.

O tópico é curto e está estruturado de forma simples. Primeiro, serão esclarecidos os recortes metodológicos que permitiram a definição do universo legislativo em causa e a montagem das categorias normativas. Depois, serão apresentados os resultados e as análises pertinentes, elaborando hipóteses para o quadro obtido.

6.1. Recorte Metodológico

O exercício proposto exige definições de método. Importa evidenciar as escolhas realizadas, dando clareza às categorias, aos critérios e às atividades empregadas. Além de definir a base de dados e o universo a ser recortado, algumas premissas conceituais assumidas precisam ser expostas.

6.1.1. Base de dados e definição do universo de pesquisa

Há importantes repositórios de legislação no Brasil. Para além do Portal da Legislação mantido pelo Centro de Estudos Jurídicos da Presidência da República, por certo o mais utilizado do país, tanto a Câmara dos Deputados quanto o Senado Federal possuem bases de dados próprias.²⁶⁴ Sítios eletrônicos especializados como o Congresso em Foco e instituições de assessoria e análise legislativa, como o Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar - DIAP, também produzem relatórios anuais e listagens da legislação aprovada.²⁶⁵ Finalmente, há a ferramenta LexML, que almeja centralizar toda a legislação nacional.²⁶⁶

O levantamento relativo à produção de leis ordinárias no período em exame não mostrou incongruências relevantes entre as bases. São exceções o Lex ML, que aparentemente possui mínimos equívocos de dupla contagem,²⁶⁷ e o relatório DIAP que, por opção, é divulgado antes do término do ano civil, com consequente perda de dados para a totalização final. A busca no sítio de legislação da Câmara traz resultados idênticos aos obtidos nos *sites* do Senado, do Congresso em Foco e da Presidência da República. Opta-se, assim, por utilizar a base da Presidência, padronizando a fonte.

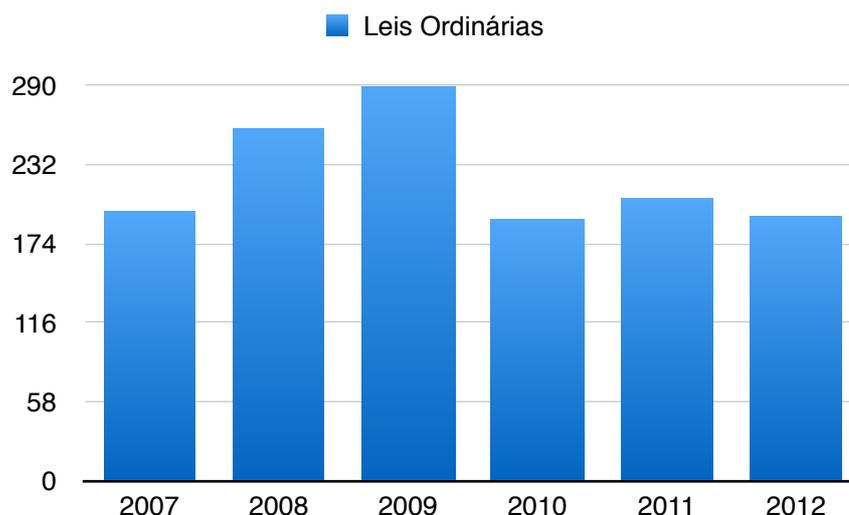
Em abordagem horizontal a ser detalhada abaixo, será feito o exame da produção de leis ordinárias federais entre os anos de 2007 a 2012. A tabela e o gráfico abaixo apontam para um total de 1339 leis ordinárias publicadas e promulgadas, em uma média de pouco mais de 233 leis ordinárias por ano.

²⁶⁴ Para Portal da Legislação, cf. <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Para Câmara, cf. <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao>>. Os relatórios valem-se de sistemas de informação internos como o LEGIN (banco de dados de legislação brasileira da Câmara dos Deputados) e o SILEG (sistema de acompanhamento da tramitação de proposições na Câmara dos Deputados). Para Senado, cf. <<http://www.senado.leg.br/legislacao>>. Acessos: 16.01.2015.

²⁶⁵ Para Congresso em Foco, cf. <<http://congressoemfoco.uol.com.br>>. Para DIAP, cf. <http://www.diap.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21255:producao-legislativa&catid=64:producao-legislativa>. Acessos: 16.01.2015. Embora o relatório do DIAP saia antes do fim do ano civil, com perda da produção de final de ano, os dados agregados anualmente acabam por ajustar a totalização.

²⁶⁶ Cf. <<http://www.lexml.gov.br>>. Acesso: 19.01.2015.

²⁶⁷ Divergências de até 1,5% (para cima) no número total de leis ordinárias por ano foram encontradas.



T1 - Leis Ordinárias

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Total
Leis Ordinárias	198	259	290	191	208	193	1339

Serão utilizados três recortes centrais: (i) um corte temporal; (ii) um corte substantivo; (iii) um corte metodológico em sentido estrito.

O corte temporal tem como premissa apresentar dados recentes, mas também limitar a pesquisa a um espectro factível. O período escolhido cobre um mandato presidencial e parlamentar completo (2007-2010), a permitir que se verifique um ciclo governamental na íntegra, somado a meio ciclo político adicional, com novos mandatários, que possibilita o exame de eventuais alterações de padrão (2011-2012). A seleção é robusta: cobre-se 1/5 do atual período democrático brasileiro.

A opção substantiva, por seu turno, recai sobre as leis ordinárias. Considerando as espécies normativas apresentadas pelo art. 59 da CF/88, a escolha parece ser a mais representativa, visto que seu escopo material é o mais abrangente possível — não existem as limitações implícitas ou manifestas que *a priori* recaem sobre outros tipos normativos, considerados seus requisitos constitucionais.²⁶⁸ Leis complementares, por exemplo, estão materialmente delimitadas pelo requisito da previsão constitucional explícita, e possuem

²⁶⁸ Para requisitos das espécies legislativas cf. especialmente, art. 59-69 da CF/88.

volume muito reduzido.²⁶⁹ Desconsideram-se as leis delegadas devido à sua baixíssima utilização, bem como as resoluções e os decretos legislativos que, em seu regramento constitucional, têm escopo limitado e atores pré-definidos.²⁷⁰

A exclusão das emendas constitucionais ocorre por razões político-jurídicas. Em que pese seja possível nelas detectar a implantação (ou o explícito direcionamento à implantação) de políticas públicas, se adotado um conceito amplo, a alteração do texto constitucional depende de procedimentos específicos e qualificados. Ao menos em tese, o poder constituinte derivado produz normas com detalhamento e densidade normativa diversa daquela positivada na legislação comum.²⁷¹

Propositadamente não são tratados, também, os decretos expedidos pelo Presidente da República (art. 84 da CF/88) — sejam eles regulamentares ou autônomos, numerados ou não numerados.²⁷² Como discutido no capítulo I, sabe-se que algumas *policies* e regimes regulatórios são atualmente introduzidos e modificados via decreto, ou mesmo via legislação infralegal de outra espécie, o que lhes atribui papel relevante. É possível, pois, que a base fática limitada à legislação ordinária esteja, em verdade, incompleta. Considerando, porém, que se almeja mero lastro empírico à matriz teórica, o uso da legislação ordinária parece suficiente. À má-compreensão do papel do decreto pela doutrina, especialmente na estruturação de políticas públicas, caberia estudo próprio.

Note-se que o recorte com foco nas leis ordinárias abarca, de maneira direta e completa, as medidas provisórias. É que MPVs são promulgadas, ao fim e ao cabo, como leis ordinárias.²⁷³ Não há perda, pois, desse importante instrumento. Também incluem-se aqui, a propósito, os PLNs, ou projetos de lei do Congresso Nacional, que se referem a normas orçamentárias (em especial aberturas de créditos). Em suma, como resume Gomes (2012), na via ordinária tramitam ao menos três tipos de projetos de lei. Para além dos PLs

²⁶⁹ Entre 2007 e 2012, foram promulgadas apenas 18 leis complementares.

²⁷⁰ Em verdade não há nenhuma lei delegada dentro do recorte proposto. Para resoluções e decretos legislativos, cf. especialmente art. 49, 51 e 52 da CF/88.

²⁷¹ Existe um importante debate acadêmico sobre as características supostamente peculiares das emendas constitucionais, bem como sobre a questionável aura de momento fractal que paira sobre o poder constituinte derivado. Cf., para o tema, DYZENHAUS (2012); KUMM (2013).

²⁷² Para debate sobre decretos, em especial decretos autônomos e seus limites, cf. LOIS *et alli* (2009).

²⁷³ As MPVs são ao final promulgadas como leis ordinárias após seu trâmite parlamentar em suas duas hipóteses: quando transformadas em projetos de lei de conversão, e quando não alteradas pelo Congresso Nacional.

propriamente ditos, há as MPVs e os PLNs, ambos de competência exclusiva do Executivo.²⁷⁴

Finalmente, sob a ótica metodológica em sentido estrito, o plano de voo do trabalho é um exame de superfície, em nível horizontal. Isso significa, essencialmente, que não se irá a fundo na análise de cada ato normativo. Propõe-se apenas a verificação de características centrais, com vistas a detectar se o documento legislativo é ou não, *a priori* e em análise perfunctória, candidato à avaliação legislativa. A opção é simplificadora e assume-se instrumental.

Como se verá, a montagem de categorias legislativas materiais é bastante difícil, por vezes artificial, com inúmeras divergências entre as propostas disponíveis. Ademais, o processo legislativo brasileiro tem permitido que, na prática, um mesmo diploma trate de temas absolutamente diversos, em que pese a vedação legal.²⁷⁵ Isso inviabiliza, claro, qualquer qualificação temática segura ou consensual. Como enquadrar adequadamente uma lei que, de uma só vez, (i) autoriza a aquisição de determinado controle acionário por uma empresa estatal, (ii) institui um programa de fortalecimento de instituições de ensino superior, (iii) autoriza a doação de alimentos a outros países, (iv) altera hipóteses de aplicação de um regime de contratações públicas e, pra finalizar, (v) altera regras previdenciárias de servidores públicos?²⁷⁶ A opção pelo foco apenas nas características centrais da lei auxilia, em suma, a catalogação, assumindo-se que ela por certo deixa de fora parte da complexidade existente.

6.1.2. Questões conceituais: categorias e amplitude terminológica

Com universo de pesquisa e recortes definidos, três novos temas dificultam a tarefa: (i) a definição das categorias; (ii) os conceitos de política pública e de marco regulatório; (iii) as diferentes funções exercidas pela lei e o conseqüente parâmetro avaliativo.

²⁷⁴ Vale lembrar a relevância e o enorme volume de emendas parlamentares em MPVs, que enfraquecem significativamente o argumento da exclusividade do Executivo nesse tipo de proposição.

²⁷⁵ A Lei Complementar 95/98 prevê que cada lei terá apenas um objeto (art. 7º, I), e veda, em seu art. 7º, II, que a norma contenha "*matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão*". Vale lembrar da já citada decisão do STF na ADI 5127, em outubro de 2015, que, em tese, pode reduzir tal prática.

²⁷⁶ Cf. Lei 12.688, de 18 de julho de 2012.

De início, há uma enorme variação de categorias legais conjugada com a ausência de motivação frente às opções tomadas. O Senado Federal, por exemplo, opta por uma classificação enxuta: (i) administrativo, (ii) econômico, (iii) honorífico, (iv) jurídico ou (v) social.²⁷⁷ Já a Câmara dos Deputados utilizava em seus Anuários Estatísticos do Processo Legislativo nada menos que 27 critérios, com base na divisão temática da Constituição Federal.²⁷⁸ Em 2011, sob a égide de um novo projeto de base estatística, o rol foi ampliado para 41 itens. Entre os conjuntos podem ser encontrados, por exemplo, (i) administração pública, (ii) arte e cultura, (iii) desenvolvimento regional, (iv) direito civil e processual civil, (v) educação, (vi) meio ambiente e (vii) recursos minerais, hídricos e energéticos, dentre outros. Por seu turno, levantamentos do DIAP apresentam mais de 30 grupos normativos em seus relatórios. Finalmente, o Centro de Estudos Jurídicos da Presidência da República abandonou, recentemente, a divisão temática, por entender que a classificação é demasiado custosa e arbitrária, gerando informações incorretas.

Ressalte-se que a dificuldade classificatória não é um problema exclusivamente nacional. A criação de tipologias legislativas não é simples em lugar algum. Rizek Jr (2009) mostra que a consolidação temática é adotada em vários países, oficial ou officiosamente, mas com critérios invariavelmente distintos. Em caso bastante peculiar, a Suíça possui uma classificação oficial em nove grandes áreas, posteriormente destrinchadas em subtemas e classificadas mediante o uso de um sistema decimal. Ainda assim, as áreas são bastante amplas, e congregam em um único grupo temas completamente diversos como saúde, emprego e segurança social.²⁷⁹

Alie-se a isso, em um segundo eixo, a já debatida divergência doutrinária relativa aos diversos tipos ou papéis de normas existentes em um mesmo ordenamento — às vezes em um mesmo ato normativo —, bem como à diversidade de seus papéis. Embora esse debate se coloque em plano teórico prévio, ele também impacta as tentativas de qualificação.

²⁷⁷ Cf. por exemplo, relatório da Presidência do Senado sobre atividade legislativa em 2011 <http://www.senado.gov.br/relatorios_sgm/RelPresi/2011/014-SF-REL2011-PLS.pdf>, ou em 2013 <http://www.senado.gov.br/relatorios_sgm/RelPresi/2013/014-Parte%20I-J.2_PLS.pdf>. Acesso: 19.01.2015.

²⁷⁸ Cf. <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/anuario-estatistico-do-processo-legislativo>>. Acesso: 19.01.2015. Ressalva-se expressamente que alguns atos podem estar em mais de uma categoria. Para ressalva de dupla contagem cf., por exemplo, o anuário de 2008, p. 16. Os anuários pararam de ser produzidos em 2008, em detrimento do projeto de base estatística.

²⁷⁹ Cf. *Systematic Collection of Swiss Law*: <<http://www.admin.ch/bundesrecht/00566/index.html?lang=en>>. Acesso: 12.01.2015. Para outros exemplos internacionais, cf. RIZEK JR (2009).

Definições rigorosas poderiam regredir, por exemplo, à clássica divisão entre normas primárias e secundárias de que tratam, de forma diferente, Kelsen (1996) e Hart (1994), ou propor uma forte separação entre normas substantivas, organizacionais e processuais. Há autores que separam normas de competência de normas instrumentais (AGUILLAR 2014),²⁸⁰ ou que avançam propostas específicas como a separação entre normas de impulsão (ações governamentais, flexíveis e transitórias) e de arbitragem (relações entre agentes, mais estáveis), como faz Ferreira Filho (2007). Morgan e Yeung (2007), por seu turno, enxergam ao menos dois papéis diferentes para o ato normativo — facilitativo (lei como ameaça) e expressivo (lei como árbitro). Em suma, boa parte dos textos de teoria jurídica contemporânea traz suas próprias percepções e pressupostos. E eles são raramente coincidentes.

Após infrutíferas tentativas de montagem de tipologias legislativas, será aqui mobilizada uma separação simples, em cinco grandes grupos, detalhada abaixo. A base do enquadramento reside não em critérios binários (de sim ou não), mas sim em uma linha contínua e decrescente de proximidade com as aludidas características finalístico-instrumentais da norma. O grupo 01 é o que mais se aproxima da imagem de lei introdutora ou modificadora de políticas públicas, ou de regimes regulatórios que instrumentalizam o ato normativo; os grupos 04 e 05, conseqüentemente, são por certo os mais distantes.

Importa também notar que, devido às previsões da Constituição Federal de 1988 e, especialmente, à interpretação que lhes é dada, muitos atos individuais, concretos ou assemelhados a atos de gestão governamental são realizados por lei.²⁸¹ É o caso das frequentes aberturas de crédito em quaisquer de suas modalidades (especiais, suplementares ou extraordinários), que embasam atividades estatais corriqueiras ou ações excepcionais; também é o caso da criação de cargos, dos ajustes remuneratórios e de algumas doações de bens.

²⁸⁰ A proposta é feita especificamente no âmbito do direito econômico.

²⁸¹ Trata-se, em certa medida, da tradicional lei de efeitos concretos. Cf. COELHO (2007, p. 104).

São ainda recorrentes as leis que denominam trechos de viário federal, que designam datas comemorativas e que prestam homenagens a indivíduos ou municípios.²⁸² Sem juízo valorativo a respeito da relevância de algumas das modalidades legais citadas, o fato é que tal desenho infla, fortemente, o número total de leis ordinárias aprovadas. A situação merece, claro, balizamento próprio, a ocorrer nos grupos 04 e 05.

Quanto ao conceito de política pública, que por sua presença no debate brasileiro guiará o estabelecimento da nomenclatura das categorias, já se mostrou que há definições mais ou menos amplas, ao sabor do autor escolhido (SOUZA 2006).²⁸³ Acepções variam conforme o enfoque — ora atribuído aos atores, ora aos processos, ora às finalidades da atividade.²⁸⁴ De um lado, conceitos demasiado abrangentes são pouco operacionais: toda e qualquer lei sobre datas comemorativas pode ser inserida em uma definição larga de política cultural, toda lei de crédito orçamentário pode ser enquadrada na política de gestão pública, toda doação de aeronaves a países em desenvolvimento pode ser vista à luz da política externa. De outro, o afinilamento exagerado da formulação restringe a análise a aspectos meramente econômicos ou financeiros: deixa-se de lado objetivos outros, às vezes explicitamente expressas e almejadas pelo legislador.

Para os fins deste trabalho, a base está na definição de Dallari Bucci (2006, 2013) apresentada no capítulo I, emprestada com pequenos ajustes. Aceita-se como política pública o programa ou a ação governamental, resultante de um processo minimamente regulado, que visa coordenar meios para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Embora amplo, ele é útil à definição dos grupos legislativos (em especial grupos 01 e 02), por carregar implicitamente algumas das funções da lei propostas por Coutinho (2013a, 2013b): direito como objetivo, direito como arranjo institucional, direito como ferramenta. Há destaque ao elemento de coordenação das ações,

²⁸² Veja-se o caso do § 2º do art. 215 da CF/88, que prevê: *"A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais."* Embora exista previsão legal com critérios específicos (Lei 12.345, de 9 de dezembro de 2010), a interpretação corrente — e a mobilização do princípio de que lei especial e posterior sobrepõe-se à lei geral — dá base para centenas de leis específicas, que criam datas comemorativas caso a caso.

²⁸³ Considerando que a gramática relativa ao uso instrumental da lei na estruturação de políticas públicas é a mais comum no Brasil, as categorias foram estabelecidas seguindo a nomenclatura desse eixo explicativo. Isso não significa, porém, que estão ausentes da análise as intervenções regulatórias que se utilizam da ferramenta normativa.

²⁸⁴ Cf. LIMA (2012); SOUZA (2006).

bem como ao elemento temporal. Apenas entram no recorte as políticas — em verdade, as leis que as estruturam — observáveis enquanto processos, não meros eventos episódicos.

Assim, se a lei ordinária cumpre alguns dos quatro papéis centrais detectados por Coutinho (2013a, 2013b), ela é selecionada para o grupo 01. São elegíveis, portanto, aquelas que, ao inovarem ou alterarem o ordenamento, preencham ao menos dois dos seguintes requisitos: (i) exposição explícita de objetivos ou finalidades da política; (ii) apresentação de ferramentas à política — estabelecimento e formatação de meios de mecânica regulatória a serem empregados, em suas diversas modalidades —; (iii) definição de arranjo institucional mínimo — estruturação de competências, procedimentos ou ritos —; (iv) previsão de mecanismos de vocalização de demandas, criando condições de participação democrática ao longo do ciclo.²⁸⁵

Vale notar que, em inúmeros momentos, objetivos e arranjos podem ser facilmente pressupostos. É o caso de alterações legais que apenas modificam critérios de seleção de beneficiários em certas políticas públicas, ou que reajustam valores de referência.²⁸⁶ Também parece ser o caso de boa parte das normas penais, em que o arranjo institucional de sua operacionalização está previamente posto, ou mesmo o de leis ordinárias que conjugam elementos penais e administrativos.²⁸⁷ Tais instrumentos poderiam ser incluídos no grupo 01, mas se opta, metodologicamente, pela inserção no grupo 02.²⁸⁸ Não obstante, sob a ótica da presente tese e aceitos os critérios acima, ambos os grupos 01 e 02 possuem atos aptos, *a priori*, a um exercício avaliativo.

Serão ainda incluídos nos grupos 01 e 02 as leis ordinárias que, por suas características, pareçam configurar verdadeiros marcos regulatórios que se adequem ao conceito exposto por Black (2002, 2005), ou que possuam os elementos centrais apontados por Koop e Lodge (2015). Como debatido anteriormente, concepções amplas de regulação aproximam-se, em grande medida, de definições de políticas públicas, ou mesmo da

²⁸⁵ Por definição metodológica, o último elemento é utilizado na matriz teórica, mas só é examinado caso apenas um dos três primeiros critérios esteja preenchido. Ele é pouquíssimo operativo, visto serem extremamente raras as normas que trazem tal tipo de previsão específica.

²⁸⁶ Assim, por exemplo, os ajustes na política de moradia — Programa Minha Casa Minha Vida —, que atingem o valor máximo da unidade habitacional sem alterar os objetivos e os arranjos da *policy*. Cf. Lei 11.977, de 7 de julho de 2009, bem como suas alterações posteriores.

²⁸⁷ É o caso da chamada Lei Seca e de seus ajustes (Lei 11.705, de 19 de junho de 2008; Lei 11.760, de 20 de dezembro de 2012), em que são alteradas normas administrativas do Código Nacional de Trânsito.

²⁸⁸ O recorte redutor tenta evitar, ao máximo, uma ampliação artificial em prol do que aqui se almeja detectar.

descrição da própria ação governamental em sentido amplo. Há, pois, uma enorme sobreposição com o grupo detectado sob a lupa das *policies*. Não obstante, isso não é problemático sob o ponto de vista metodológico para esta tese: o que se busca, reiterar-se, são atos finalístico-instrumentais, que criem ou alterem substancialmente o *marco geral da política*, seja ela de atuação estatal direta ou de forte componente regulatório.

Finalmente, resta saber sob quais parâmetros se está verificando a “avaliabilidade” da lei. Defini-los significa estabelecer o paradigma frente ao qual se defende que uma lei é, *a priori*, examinável. Mobilizando elementos já discutidos, tem-se em vista, claro, a *função instrumental* (ou finalístico-instrumental) de que trata Voermans (2009a), em quaisquer das modalidades trazidas por Morgan e Yeung (2007) ou por Lodge e Wegrich (2012). Ela é verificada fundamentalmente sob o aspecto da *qualidade regulatória* (grau de sucesso em sua implantação), não sob seu enquadramento legal-constitucional. Está em causa não a legalidade, mas fundamentalmente o desempenho.

Os recortes não são exatos. O encaixe da legislação caso a caso, a amplitude dos conceitos de *policy* e de marco regulatório, bem como o efetivo enquadramento das leis nos papéis normativos sugeridos podem, sim, ser colocados em causa. A opção pelo preenchimento de apenas dois dos quatro eventuais encargos da lei na estruturação de uma política pública também é arbitrária, em que pese ela pareça razoável. Há ainda o já mencionado problema das leis de múltiplos temas (essencialmente MPVs convertidas em lei, recheadas de emendas parlamentares), com partes enquadráveis em mais de um grupo, cuja qualificação final acaba por carregar a íntegra do ato normativo.²⁸⁹

Ainda assim, o risco metodológico envolvido parece aceitável, especialmente dado o tamanho da amostra. Um amplo desacordo sobre, diga-se, 50 enquadramentos específicos, coloca em causa menos de 4% do volume legislativo total classificado. Não se altera substancialmente o resultado. No mais, reiterar-se que não se almeja definir uma tipologia normativa estanque; quer-se apenas verificar se existe lastro fático mínimo a embasar a premissa teórica desenvolvida.

²⁸⁹ No caso de múltiplos temas, o foco recairá sobre os aspectos centrais da norma; havendo claro ajuste em políticas públicas, terá preferência o enquadramento nos primeiros grupos (essencialmente grupo 02).

A resumir os elementos acima discutidos, é esta a matriz de critérios e categorias a ser utilizada, bem como seus componentes mais recorrentes:²⁹⁰

Grupo	Categoria	Crítérios	Componentes
1	Atos Finalístico-Instrumentais — sentido estrito	Criam ou alteram substancialmente o marco geral da política. (1) Criam ou alteram políticas públicas — programas ou ações governamentais, resultantes de processos minimamente regulados, que visam coordenar meios para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (2) Contêm forte conteúdo regulatório, definem marcos regulatórios.	Políticas e planos nacionais; políticas setoriais (educação, habitação, assistência social, segurança pública etc); marcos regulatórios; ações governamentais concretas aptas a se prolongarem no tempo.
2	Atos Finalístico-Instrumentais — sentido amplo	Criam ou alteram políticas públicas e /ou marcos regulatórios sem preencher os requisitos do grupo 01. Criam ou alteram um dos papéis do direito em <i>policies</i> cujos demais papéis da lei podem ser pressupostos. Criam ou alteram políticas ou regimes regulatórios transversais, em especial regimes tributários setoriais específicos.	Ajustes pontuais em políticas públicas; política econômica e tributária (em regra); subvenções econômicas e regras de financiamento público (em regra); fundos setoriais (em regra); direito penal e execução penal (em regra).
3	Leis Gerais - outros	Criam ou alteram previsões normativas específicas ou microsistemas jurídicos que não se enquadram em conceitos restritos de <i>policy</i> , embora possam ser inseridas em conceitos mais amplos. Regem relações processuais, relações entre privados, regulamentação profissional, sem o uso sistemático e orientado de ferramentas ou modalidades regulatórias. Criam ou alteram legislação relativa à garantia e proteção de liberdades públicas. Abrange grupo residual de legislação em variadas áreas do direito.	Direito civil e processual civil; direito processual em geral; direito notarial; direito eleitoral; regulamentação de profissões (em regra); ajustes de legística; direito ambiental (áreas de conservação ambiental); outros.
4	Administração Pública - estrutura e funcionamento	Criam ou alteram normas relativas à organização e ao funcionamento da máquina pública em todas as suas esferas. Relacionam-se com o quadro de servidores (carreiras, cargos e salários), com os aspectos orçamentários, com a estrutura administrativa e com outras ações administrativas.	Leis orçamentárias; aberturas de crédito em todas as suas variantes; estruturação de carreiras e criação de cargos (PE, PL e PJ); ajustes de competências não vinculadas a políticas públicas específicas; ajustes salariais; criação de autarquias e autorização de criação de empresas públicas; prorrogação de contratos temporários; outras ações administrativas.

²⁹⁰ Há situações-limite de recortes ainda mais difíceis. Caso relevante refere-se à legislação ambiental, internacionalmente conhecida pelo seu avanço em ferramentas e modalidades regulatórias alternativas. Para os fins do presente estudo, normas concretas como criação de áreas de proteção foram incluídas no grupo 03, enquanto que normas de conteúdo regulatório foram incluídas no grupo 02.

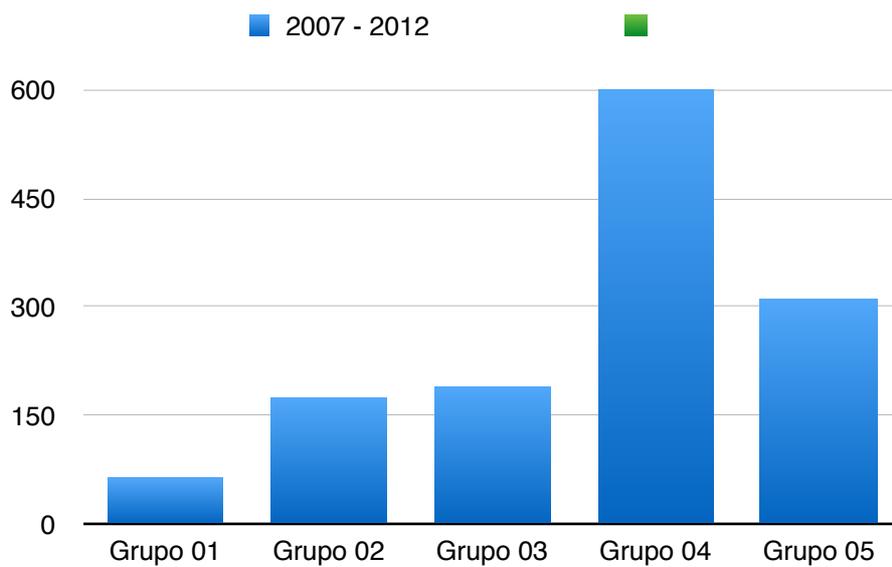
Grupo	Categoria	Cr�terios	Componentes
5	Leis Concretas	Leis de finalidades e efeitos espec�ficos e concretos, que s� se enquadram em conceitos demasiado amplos de <i>policy</i> . Denomina�es, homenagens, comemora�es, anistias e indeniza�es.	Leis honor�ficas; inclus�o de nomes no livro de her�is da p�tria; datas e semanas comemorativas; cria�o de comendas; inclus�es no plano nacional de via�o; indeniza�es; revoga�o de MPs rec�m publicadas; autoriza�o de doa�es e aux�lios.

6.2. Leis Ordinárias e Políticas Públicas no Brasil (2007-2012)

Ao observar o quadro geral, de plano emerge uma constata o bastante relevante: pouco mais de 2/3 (68%) de todas as leis ordinárias produzidas no Brasil no período são normas administrativas ou de efeitos concretos (grupos 04 e 05), voltadas essencialmente para o funcionamento da máquina pública, para denomina es ou para homenagens. Quase 45% de toda a legisla o do período   composta por atos essencialmente gerenciais como aberturas de crédito, cria o de cargos (em especial no Poder Judiciário, com a chamada interioriza o da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho), ajustes remuneratórios e de estrutura (grupo 04). Pouco mais de 23% das normas têm baixíssimo potencial político e conflitivo, referindo-se a datas comemorativas, denomina o de viadutos ou trechos de rodovias federais, homenagens e inclusão de nomes no Livro de Heróis da Pátria (grupo 05).

Veja-se a totaliza o dos dados do período na tabela e no gráfico abaixo:

	Grupo 01	Grupo 02	Grupo 03	Grupo 04	Grupo 05	Total
Total	65	174	189	599	312	1339
2007 - 2012	4,85%	13%	14,1%	44,75%	23,3%	100%



Veja, agora, os resultados anuais:

	Grupo 01	Grupo 02	Grupo 03	Grupo 04	Grupo 05	Total
2007	12	31	24	100	31	198
	6%	15,7%	12,1%	50,5%	15,7%	100%

	Grupo 01	Grupo 02	Grupo 03	Grupo 04	Grupo 05	Total
2008	6	32	33	133	55	259
	2,3%	12,4%	12,7%	51,4%	21,2%	100%

	Grupo 01	Grupo 02	Grupo 03	Grupo 04	Grupo 05	Total
2009	8	32	56	127	67	290
	2,8%	11%	19,3%	43,8%	23,1%	100%

	Grupo 01	Grupo 02	Grupo 03	Grupo 04	Grupo 05	Total
2010	10	17	31	78	55	191
	5,25%	8,9%	16,25%	40,8%	28,8%	100%

	Grupo 01	Grupo 02	Grupo 03	Grupo 04	Grupo 05	Total
2011	11	31	23	86	57	208
	5,35%	14,9%	11%	41,35%	27,4%	100%

	Grupo 01	Grupo 02	Grupo 03	Grupo 04	Grupo 05	Total
2012	18	31	22	75	47	193
	9,3%	16,05%	11,4%	38,9%	24,35%	100%

Tal constatação é em certa medida ambivalente, e precisa ser bem entendida. De um lado, ela refuta a hipótese de que a maioria da legislação contemporânea está voltada para a criação ou o ajuste de políticas públicas, ou para a criação de seu marco geral; por outro, tal tipo de legislação também não se enquadra no conceito tradicional, de cunho liberal-formalista, a que se fez referência no primeiro capítulo. Dito de outra forma: mais de 2/3 da legislação ordinária não introduzem *policies* em sentido estrito, ou não respondem a anseios sócio-econômicos mediante previsão de atividades estatais diretas ou de fortes mecanismos regulatórios em quaisquer de suas modalidades; entretanto, também não positivam normas gerais e abstratas voltadas à relação entre Estado e indivíduo, ou ao tradicional mecanismo de comando e controle, enquadrando-se em um sistema fechado e coerente, plenamente apto a raciocínios dedutivo-legalistas.

As leis em questão assemelham-se, em sua grande maioria, a atos gerenciais, de mero expediente administrativo. Mesmo conhecendo a clássica separação entre atos legislativos, judiciais e administrativos, com alguma ressalva é possível afirmar que tais atos normativos se assemelham, materialmente, mais aos últimos do que aos primeiros. Contudo, por força de previsão constitucional e de sua interpretação, têm na lei ordinária seu vetor principal.

É possível defender que o volume total de leis ordinárias brasileiras acaba inflado por esse enorme número de atos concretos. E que, embora nem artificial nem arbitrária, visto sua base constitucional, tal amplitude confunde e obscurece algumas análises. Gomes (2012), por exemplo, defende que problemas metodológicos como o em questão explicam

algumas divergências no seio da ciência política brasileira, mostrando o impacto que o volume dos projetos de lei de crédito (PLNs), de competência do Executivo, têm nas análises de autoria, de taxa de sucesso e de taxa de dominância no Brasil.²⁹¹ A predominância e o alto desempenho do Executivo também são inflados pelas elevadas taxas de sucesso em MPVs (2012, p. 931), o que, como visto, ignora a figura de trem de cargas com portas abertas e a aceitação das mais diversas emendas de origem parlamentar.²⁹²

Assim, a contabilidade total da legislação do período pode ser assumida de duas formas distintas. Em uma análise seca, sem ponderações de conteúdo, a produção de normas relativas a políticas públicas e a fortes marcos regulatórios é relativamente baixa, embora volumosa em números absolutos. Menos de 5% das leis cumpririam os requisitos do grupo 01 (65 normas), e pouco menos de 18% de todas as leis ordinárias estariam nos grupos 01 e 02, como aptas, *a priori*, a atividades avaliativas (239 normas). Se, porém, em um exame mais ponderado, for considerado apenas o volume de legislação que desconsidera as normas administrativas e concretas (grupos 04 e 05), o percentual de leis avaliáveis sobe para impactantes 56% (239/428).

A adoção de uma ou outra linha de análise altera a percepção frente às expectativas iniciais. Sob a primeira linha argumentativa, em que o percentual de leis finalístico-instrumentais é relativamente baixo (17,8%), a demonstração dos novos paradigmas legislativos como válidos também para a legislação primária não tem a força pretendida. Se, contudo, adota-se o universo legislativo após a redução metodológica, o que parece

²⁹¹ De forma incisiva: “*a literatura, ao considerar valores agregados de leis produzidas, termina por adicionar, inadvertidamente, todo esse volume de leis derivadas do PLN às evidências que justificariam a predominância do Executivo, o que não parece ser adequado*”. (2012, p. 938-9). Entre 1988 e 2010, em que a média anual de leis ordinárias ficou em 204, foram editados em média 93 PLNs por ano (46%).

²⁹² No período entre 2007 e 2014, A. Almeida detecta que 47% das propostas parlamentares referem-se a algumas das leis aqui enquadradas no grupo 05: “*a média anual de leis parlamentares que prestam homenagens, instituem datas simbólicas ou comemorativas etc. cresceu extraordinariamente no mesmo período, de 6,3 para 38,1, compreendendo 47% da produção parlamentar dos últimos oito anos.*” (2015a, p. 49). O autor defende, a propósito, a ocorrência de um recente deslocamento de protagonismo legislativo do Executivo para o Legislativo, com números robustos.

Todavia, não há alinhamento completo às suas conclusões. Dois pontos parecem aqui relevantes: (i) em que pese o autor também cite o aumento de leis de conteúdo meramente concreto, crê-se aqui que tal dado não é lateral, e sim de absoluta centralidade para o entendimento de toda a produção legislativa — assim como as leis orçamentárias, tal grupo tem o condão de distorcer parte das análises contemporâneas (o Legislativo pode ter crescido apenas no que se refere a propostas de menor interesse ou divergência); (ii) fundamentalmente, a análise apresentada desconsidera toda a grande participação do Executivo ao longo do processo de produção de atos normativos que, ao final, na análise fria relativa à autoria, é considerada como oriunda do Poder Legislativo. O segundo tópico será desenvolvido abaixo.

aceitável, o percentual de normas com características finalístico-instrumentais que estruturam *policies* aumenta substancialmente, passando a compor a maioria da produção ordinária (56%).²⁹³ Estaria evidenciada a importante participação contemporânea deste tipo de ato normativo.

	Grupo 01	Grupo 02	Total	Avaliáveis
Total 2007 - 2012	65	174	1339	239
Interpretação 01	4,85%	13%	100%	17,85%

	Grupo 01	Grupo 02	Total*	Avaliáveis
Total 2007-2012	65	174	428	239
Interpretação 02	15,2%	40,6%	100%	55,8%

Não obstante a diferença significativa entre as interpretações, o debate não altera um dos elementos de seu resultado final. É que, ao fim e ao cabo, detectam-se 239 leis ordinárias em um período de apenas seis anos, compondo, *a priori*, um conjunto avaliável. Há uma média anual de 13 normas que introduzem políticas públicas em sentido estrito (grupo 01), e uma média anual de quase 40 normas que as criam ou as alteram em sentido amplo (grupos 01 e 02). Como será visto no capítulo seguinte, um dos principais entraves ofertados às políticas de qualidade regulatória são seus custos. Por isso, critérios de escolha das leis a serem efetivamente avaliadas têm absoluta centralidade. A média anual do conjunto existente aponta um volume bastante adequado à tarefa, justificando o debate sobre o incremento da política legislativa no Brasil.

6.3. Ainda Sobre os Dados: a questão da iniciativa legislativa

²⁹³ Em sua proposta normativa para a aplicação do RIA à legislação brasileira, Sampaio também usa proposta similar, dispensando do uso do AIR hipóteses de atos de efeitos meramente concretos. (2010, p. 58).

Há um último elemento bastante importante para o que foi exposto neste capítulo. Trata-se da detecção da participação originária do Executivo no conjunto legislativo finalístico-instrumental, que cria ou altera substancialmente políticas públicas (grupos 01 e 02).

Como visto, as taxas de dominância do Executivo tradicionalmente observadas são bastante altas, mesmo aceitando-se a crítica relativa ao uso das leis de crédito ou orçamentarias no cômputo geral das leis ordinárias (GOMES 2012) e a recente diminuição desse controle (ALMEIDA 2015a). Conjugando tal leitura à hipótese bastante plausível de que os tipos legislativos dos grupos 01 e 02, por envolverem forte atuação estatal, deveriam apresentar participação ativa do Poder Executivo em sua origem, esperava-se um percentual bastante elevado de leis originárias de iniciativa do Executivo, seja qual fosse seu instrumento (projeto de lei, medida provisória etc).

A expectativa original não foi atingida plenamente. Dos 239 atos finalístico-instrumentais, relativos a políticas públicas ou a marcos regulatórios, 52,7% são originários do Executivo.²⁹⁴ Trata-se de número bastante expressivo; porém, ele é menor do que se esperava.

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Totais
Grupos 01 e 02	43	38	40	27	42	49	239
Grupos 01 e 02- Origem P Exec	29	21	14	7	28	27	126
Pertentuais	67,4%	55,3	35%	25,9%	66,7%	55,1%	52,7%

Não obstante, é importante destacar alguns elementos que permeiam esse resultado. Ao menos três situações exercem influência direta nesse quadro e pedem análise mais apurada.

De início, como apresentado ao longo do item 3, é bastante comum que Ministérios atuem diretamente no Congresso Nacional, com vistas a fugir da centralização da Casa

²⁹⁴ Agradeço ao Centro de Estudos Jurídicos da Presidência da República, em nome de Paula Leal, pela obtenção e separação dos dados legislativos por iniciativa.

Civil ou a dar celeridade a temas não centrais — ou não consensuais — ao governo. Ao instruírem parlamentares com propostas de alteração legislativa, buscam avançar projetos setorialmente prioritários que, eventualmente, são secundários sob o ponto de vista global da máquina pública, ou que, na visão de seus protagonistas, não podem esperar a tramitação interna dita normal.

Alie-se a isso algo de bastante relevo para partidos e parlamentares, que é a questão da autoria legislativa. É que embora importe ao governo constar como autor original de determinadas medidas em alguns casos, o carimbo de paternidade legislativa é indubitavelmente mais importante para os parlamentares. Boa parte das campanhas eleitorais e do relacionamento com bases de apoio é permeada pela demonstração da “autoria” de projetos.

O quadro leva a uma disputa bastante conhecida, que não passa despercebida pelos atores governamentais. Minutas legislativas são discutidas e literalmente entregues a parlamentares, para que eles as apresentem originalmente em seu próprio nome. Isso pode ocorrer pelos mais variados motivos: celeridade de tramitação, relevância pública do parlamentar no setor (e conseqüente maior facilidade para a aprovação do projeto) ou, até mesmo, puro elemento de manutenção de coalizão, inerente à caixa de ferramentas.

Por fim, de se notar que a participação do Poder Executivo ao longo do processo legislativo é intensa e perene. Seja por intermédio do trabalho da Secretaria de Relações Institucionais ou de quem lhe fizer as vezes, seja via atuação paralela de órgãos e entidades de governo no Congresso, seja via o auxílio do *staff* das lideranças de governo na Câmara e Senado, o Executivo opina em quase todos os projetos relevantes. Ajustes são frequentemente realizados e textos são completamente reconstruídos a partir de ponderações de atores governamentais, a permitir que o projeto vá à votação com o apoio da Presidência ou, ao menos, com grau reduzido de conflito. Em outras palavras: ao longo dos debates legislativos, o Executivo atua e transforma uma importante parcela dos projetos de lei que, ao final, no frio cômputo da iniciativa legislativa, será atribuída não a ele, mas sim ao Poder Legislativo.

Os exemplos de leis consideradas como de iniciativa parlamentar, mas que, na realidade, tiveram em sua construção o esforço, o apoio e os ajustes vindos do governo, são inúmeros. A importante Lei de Acesso à Informação, por exemplo, envolveu trabalhos

intragovernamentais intensos, mas, ao final, é de iniciativa parlamentar.²⁹⁵ Políticas setoriais como a Lei de Cooperativas de Trabalho, fortemente acompanhada e defendida pela Secretaria de Economia Solidária do Ministério do Trabalho e Emprego,²⁹⁶ as mudanças no Estatuto do Torcedor, essencialmente construídas por um grupo com representantes de Ministério da Justiça e pelo Ministério do Esporte,²⁹⁷ ou ainda a chamada Lei do Vale Cultura, central à política do Ministério do Cultura à época,²⁹⁸ ilustram bem esse processo. Alterações no setor de educação e de justiça, como por exemplo a lei de remição de pena pelo estudo ou a criação do sistema nacional de informações de segurança pública, seguiram a mesma lógica.²⁹⁹

Os três argumentos apontam, em suma, para o mesmo norte: o Executivo atua, muito fortemente, em toda a produção legislativa, não apenas na fase de iniciativa. Percebe-se portanto que, na fotografia numérica exposta, pode existir uma relevante distorção. Os 52,7% de participação original não captam a participação substantiva do governo em todas as frentes. Por óbvio que em muitas vezes o governo perde debates, não é ouvido, ou é simplesmente derrotado. São incontáveis os projetos contrários ao governo apreciados, aprovados e, se custoso ou inviável o veto, sancionados. Todavia, repise-se: a participação do Executivo na criação e ajuste de textos, ainda que de (suposta) origem puramente parlamentar, é frequente e recorrente, e não deve ser esquecida.

De um lado, isso não invalida os números obtidos: aceitos os recortes metodológicos da presente tese, o Executivo é responsável por pouco mais da metade das leis finalístico-instrumentais entre os anos de 2007 e 2012 no Brasil. De outro, eles precisam ser lidos de forma adequada. As ponderações podem demonstrar, simplesmente, que a avaliação dos números relativos à origem dos projetos esconde muito do que acontece no *law in action* do processo legislativo. A atuação governamental pode estar deveras subestimada.

Em resumo, compreender que a participação do Executivo na produção legislativa é mais ampla do que aquilo que aparece nas contabilizações de iniciativa legislativa é

²⁹⁵ Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011.

²⁹⁶ Lei 12.690, de 19 de julho de 2012.

²⁹⁷ Lei 12.299, de 27 de julho de 2010.

²⁹⁸ Lei 12.761, de 27 de dezembro de 2011.

²⁹⁹ Lei 12.433, de 29 de junho de 2011, e Lei 12.681, de 4 de julho de 2012, respectivamente.

fundamental. Auxilia na adequada compreensão da relação institucional entre os poderes que envolve os esforços de uma política legislativo-regulatória.

7. Conclusões Parciais

Apresentado o quadro, é possível estabelecer algumas conclusões parciais do trabalho, a permitir seu avanço. Em apertada síntese, há três grandes percepções que merecem destaque.

A primeira delas refere-se, indubitavelmente, ao abismo existente entre a legislação vigente que dá corpo a uma espécie de *meta policy* e a prática da política legislativo-regulatória brasileira. Expostos os mecanismos formais e informais que cercam a produção legislativa no Brasil, com ênfase no procedimento interno ao Poder Executivo Federal, viu-se que a *meta policy* existente ao menos desde 2002 é relativamente reconhecida, mas que seus instrumentos, em especial os relativos a elementos materiais, são raramente considerados ou utilizados.

Tanto sob a ótica teórica quanto, fundamentalmente, a partir de elementos da prática legislativa e de dados colhidos com importantes atores governamentais, viu-se que há baixa influência da política legislativo-regulatória no trabalho de construção da lei. Há descrédito em relação às previsões normativas, cumprimento mecânico-formal de suas exigências, e alto grau de desconhecimento de componentes mais recentes. Há foco nas questões formais e baixo apego à obrigatoriedade de pensar e avaliar alternativas. É ainda possível especular que existe, pelo lado dos órgãos centrais, um baixo grau de *enforcement*, e, pelo lado dos órgãos setoriais, um conseqüente baixo grau de *compliance* frente à política. Como elemento positivo, observou-se haver bastante espaço para reformulação e modernização.

Em um segundo ponto, viu-se que o ciclo de vida da elaboração normativa por parte do Poder Executivo no Brasil possui características próprias, derivadas essencialmente do modelo relacional ente Executivo e Legislativo previsto na Constituição e (re)desenhado ao longo das últimas décadas. Sob a alcunha do presidencialismo de

coalizão, viu-se que o instrumento legislativo pátrio, em especial as medidas provisórias, também precisa ser compreendido como componente de uma caixa de ferramentas à disposição do Executivo, cujo uso e cujas regras moldam e são moldadas pela dinâmica institucional que os envolve.

Assim, a implementação e a execução de políticas de qualidade legislativa enfrentam constrangimentos institucionais e contextuais, bem como limites específicos, que precisam ser entendidos desde o início. Isso vale, especialmente, para os instrumentos normativos primários que dependem de aprovação em um arranjo de co-legislação para a produção perene de efeitos.

Finalmente, em um terceiro momento, buscou-se substrato prático que desse base aos elementos teóricos mobilizados no capítulo anterior. Partiu-se do exame de toda a legislação federal ordinária brasileira elaborada no período entre 2007 a 2012, com vistas a confirmar se existem atos com características finalístico-instrumentais na produção contemporânea. Com algumas ressalvas e surpresas, é possível afirmar que os resultados avalizam o prosseguimento do debate sobre avaliação legislativa no Brasil, visto existir montante legislativo conveniente para tal.

Se à primeira vista o percentual de leis qualificadas como introdutoras ou alteradoras de *policies* pareceu baixo, o ajuste metodológico que retirou do cômputo total as leis de características concretas e de organização administrativa fez com que as normas que engendram *policies* (ou que definem marcos regulatórios) ganhassem relevância na participação total da produção. Todavia, ainda que não se aceite a adaptação, em números absolutos a edição de leis finalístico-instrumentais é robusta e, ao considerar os limites técnicos e econômicos que cercam a atividade avaliativa legislativa, adequada para a tarefa.

Cabe, pois, verificar como é possível avançar. Importa ver quais são os campos em que há espaço para ajustes, bem como quais os elementos que podem remodelar a política legislativa brasileira. Para tanto, é preciso compreender qual o estado para da arte, bem como quais os contornos, as dificuldades e os resultados das experiências internacionais mais relevantes no tema. É esse o passo a ser dado no próximo capítulo.

CAP. 03 - AS EXPERIÊNCIAS

POLÍTICA LEGISLATIVO-REGULATÓRIA CONTEMPORÂNEA: EXEMPLOS, RESULTADOS E CRÍTICAS

1. Introdução

No capítulo I, discutiu-se a característica finalístico-instrumental do ato normativo contemporâneo, que dá base teórica à presente tese. No capítulo II, literatura e prática relativas à produção legislativa brasileira foram exploradas, com foco nas peculiaridades do desenho e na inobservância de boa parte da política legislativa vigente. Cabe agora apresentar criticamente o estado da arte das políticas legislativo-regulatórias.

A função do presente capítulo reside, portanto, em trazer referências contemporâneas relativas à elaboração normativa, em especial por parte do Executivo ou de quem lhe faça às vezes. A partir da análise crítica dos instrumentos em utilização, busca-se verificar eventuais oportunidades de avanço da política legislativa brasileira.

Contudo, alguns pressupostos precisam ser esclarecidos. Primeiro, a idéia de que tais referências devem ser consideradas especialmente em seu contexto específico. Como não se almeja a mera emulação de modelos que não se encaixam no desenho político-institucional brasileiro, importa ter em mente que cenários nacionais importam. Nada garante que uma medida que funciona bem em determinada conjuntura vá ter o mesmo êxito em outra, e vice-versa.

Depois, importa destacar questionamentos e falhas que lhes são atribuídos. É que, em certa medida, a difusão regulatória verificada ao longo dos últimos 20 anos tende a esterilizar e pré-selecionar opções. Ao fomentar determinada agenda, o *quasi* consenso amaina pressupostos político-ideológicos e esfumaça contextos político-jurídicos de surgimento e utilização, que, aos olhos desta tese, são centrais a uma adequada compreensão.

Como adiantado, o contexto de emergência e evolução das políticas legislativo-regulatórias precisa ser exposto. Por decisão metodológica, o foco recairá sobre o desenho e a prática dos Estados Unidos e da União Européia, e será guiado por elementos de aproximação e afastamento entre os modelos. Referências a outros países serão recorrentes, mas não estruturarão a análise.

Após tal retrato, será sugerida uma readequação analítica de boa parte das ferramentas disponíveis para a composição de políticas legislativo-regulatória. A proposta tem razão estritamente metodológica, voltada aos fins da presente tese: não se almeja redefinir o debate, mas sim o reorganizar. Quatro grandes categorias serão definidas e exploradas.

A partir de então, ferramentas e mecanismos em espécie serão detalhados e avaliados.³⁰⁰ Práticas, experiências e ocorrências recentes, que trazem resultados positivos ou aspectos inovadores, serão apresentados. Os retratos tangenciarão, sempre que possível, os seguintes tópicos: (i) exposição da ferramenta; (ii) formas de uso e resultados; (iii) críticas. Dada sua centralidade, as análises de impacto regulatório (RIA) e sua principal ferramenta metodológica, a análise custo-benefício (CBA), terão destaque. O mesmo valerá para os recentes avanços da chamada economia comportamental, bem como para experiências e testes legislativos.

Às ferramentas e mecanismos seguirá breve debate a respeito de avaliações *ex ante* e *ex post*, com foco na tendência de se fomentar, cada vez mais, a avaliação de políticas e de intervenções legislativas já em curso. À essa discussão seguirá, enfim, tópico conclusivo.

Por fim, afirme-se que aqui se adota perspectiva novamente similar às de Lodge e Wegrich (2012) e de Morgan e Yeung (2007). Por um lado, não se fará uma discussão filosófica de base a respeito das ferramentas; por outro, não se proporá uma perspectiva essencialmente prática, pautada pelo *como fazer*. Emprega-se visão jurídico-analítica que

³⁰⁰ Por decisão metodológica, alguns instrumentos terão mais ênfase do que outros. Não é central à presente tese, como adiantado, o debate sobre participação e democratização do processo de elaboração normativa, em que pese seja ele elemento essencial aos desenhos contemporâneos. Também não serão esmiuçados tópicos tradicionais de legística formal, pelos motivos expostos ao longo do presente capítulo. Finalmente, instrumentos relativos à mecânica legislativo-regulatória detalhados no capítulo I não serão aqui replicados.

se coloca no caminho do meio, apresentando os objetos em suas linhas centrais e mobilizando suas principais dificuldades.³⁰¹

2. O Avanço das Políticas Legislativo-regulatórias

Ao menos ao longo das últimas duas décadas, uma importante difusão de idéias, modelos, ferramentas e mecanismos de intervenção legislativo-regulatória tem ocorrido. Propostas de meta-regulação — acolhidas aqui como políticas legislativas —, que enxergam a tarefa interventiva de forma não setorial, espalham-se rapidamente. Isso se dá, especialmente, com a difusão de informações e análises realizada pela OCDE, e há razões para acreditar que essa difusão continuará (WIENER 2013).

As análises de impacto regulatório (RIAs) têm papel central nesses desenhos, embora a expressão seja polissêmica e agregue desenhos bastante distintos entre si. Ademais, quase todos os países da OCDE já possuem, embora com importantes variações de forma e função, unidades de supervisão legislativo-regulatórias (os chamados *regulatory oversight bodies* - ROBs). Todavia, como apontado no capítulo I, ainda é possível afirmar que há muitas diferenças entre os modelos — tanto do ponto de vista de desenho institucional quanto, fundamentalmente, do de implementação e execução. Instrumentos, resultados e efetivação variam de forma extrema, em decorrência tanto de elementos políticos quanto econômicos (DE FRANCESCO, RADAELLI & TROEGER

³⁰¹ A abordagem também pressupõe a centralidade estatal no processo regulatório, em que pese existam inúmeras alternativas baseadas em processos descentralizados. Para críticas à visão centrada no Estado e abordagens alternativas, cf. MORGAN & YEUNG (2007, cap. I) que, todavia, adotam a visão estatista: “(...) *a perspective that builds upon a dominant strand of regulatory scholarship that views the law as an instrument used by the state to achieve the community’s chosen collective goals.*”. (2007, p. 4). A autora mais proeminente no que se refere ao tema da regulação descentralizada é J. Black.

2012). Tem-se, como aponta Radaelli (2005), uma difusão sem convergência, em que o contexto doméstico tem papel extremamente relevante.³⁰²

2.1. De *Better Lawmaking a Smart Regulation*

De início, importa trazer breve apresentação da evolução histórica das *meta-políticas* não setoriais. Ao se aplicarem a todo o ciclo — desde a formulação até a implementação e avaliação —, e a todos os setores, tais políticas ficaram ao final caracterizadas por sua abordagem integral (*whole of government approaches*).³⁰³ A exposição é válida porque há recorrentes rótulos, usados em diferentes recortes de tempo e espaço, que precisam ser conhecidos e melhor entendidos.

Os debates a respeito de políticas de qualidade legislativo-regulatória emergiram com maior força a partir das recomendações da OCDE de 1995 e de 1997. A partir daí, diferentes fases podem ser detectadas. Importa dizer que tal desenvolvimento não foi linear, nem se deu por substituição completa de desenhos anteriores. O desenho escalonado apenas auxilia o entendimento. Nomenclaturas apareceram, frequentemente, de forma

³⁰² Cf., especialmente, ALEMANNO & MEUWESE (2013); DE FRANCESCO, RADAELLI & TROEGER (2012); LODGE & WEGRICH (2012, cap. X); MEUWESE & SENDEN (2009); RADAELLI (2005, 2007b, 2009a, 2010); RADAELLI & MEUWESE (2009); WIENER (2006, 2013); VOERMANS (2009b, 2013b); WIENER (2006, 2013); WIENER & ALEMANNO (2010). No Brasil, para aproximação e influência entre EUA e UE, cf. PECI (2009); SOARES (2007).

Há um importante debate pertinente à (in)existência dos chamados estilos regulatórios nacionais, na lógica proposta por Vogel (1986). Apontar a existência de muitas diferenças entre modelos não significa, necessariamente, apontar a sua presença. Cf., para críticas, WIENER (2013). Todavia, como mostraram De Francesco, Radaelli e Troeger (2012), há fatores externos e internos que influenciam fortemente a velocidade e a forma de adoção de políticas legislativo regulatórias: "*The three stages of adoption and implementation of RIA are driven by different factors: economic integration largely determines whether a country endorses RIA, political constraints and institutional factors influence the decision of governments to issue formal guidance for RIA and establish a central oversight body; domestic economic factors and budgetary pressures strongly determine whether the central unit is staffed sufficiently and a large-enough budget is allocated to oversee RIA activities of the bureaucracy; and finally, administrative efficiency and the influence of interest groups exerts a strong impact on the probability that RIA results are produced and made publicly available*" (2012, p. 507). Radaelli também detectou ao menos quatro diferentes tipos de abordagem na Europa, atacando problemas diferentes: "*in a garbage-can fashion, RIA is a solution to different problems. In Germany, Sweden, and Italy RIA is perceived as a possible solution to the problem of simplification, in the Netherlands it is associated with the issue of competitiveness, in Denmark and Belgium the link is between RIA and the quality of the business environment. At the EU level, RIA is perceived as a response to the problem of legitimacy deficit in the Community's regulatory system.*" (2005, p. 929). No mesmo sentido, salientando a importância de características locais especificamente para o exemplo belga de avaliação de políticas, cf. VARONE, JACOB & DE WINTER (2005). Ou ainda, verificando diferenças nacionais no uso do RIA para o controle da burocracia, RADAELLI (2010). Para esta tese, adota-se a posição de que particularidades políticas, institucionais e culturais importam para a adoção de modelos.

³⁰³ Cf. OCDE (2002, 2005, 2008a).

concomitante, e foram retomadas após períodos de desuso. Também houve enorme ganho de complexidade.

2.1.1. *Better Lawmaking, Better Regulation e Smart Regulation*

Será usado como exemplo o caso da UE, cuja marca inicial era o grande receio de uma sobre-regulação ou de uma sobreposição regulatória comunitária frente às já existentes previsões nacionais. Voermans (2009a) detecta nessa história alguns períodos evolutivos distintos, que podem ser complementados. A proposta coincide, em boa medida, com o que aponta a literatura,³⁰⁴ e há inúmeros documentos oficiais, vinculantes e não vinculantes, que ilustram o processo.³⁰⁵

Entre 1993-2002, haveria uma leitura técnica e despolitizada, focada especialmente no *drafting* e em questões de simplificação textual de leis (*lawmaking*); caminhavam, em paralelo, debates acerca da avaliação de políticas públicas. Depois, entre 2002-2005, a preocupação com a qualidade legislativo-regulatória passou a integrar os debates sobre governança, sendo vista ao longo do ciclo das políticas. A partir de 2005-2006, as *meta policies* voltaram suas ações para elementos mais politicamente orientados como competitividade, crescimento econômico e redução de custos. Crê-se aqui ser possível agregar novos períodos, especialmente a partir de 2010, marcados pelo forte avanço da aplicação das políticas de qualidade ao ciclo completo das *policies* e por preocupações com o reforço e com a legitimidade das medidas.

O alerta relativo às dificuldades postas à legislação e à regulação europeia foi dado pelo *Sutherland Report*, de 1992, que estabeleceu cinco princípios para as atividades normativas: necessidade, escolha da alternativa mais efetiva, proporcionalidade, consistência frente ao ordenamento e participação de interessados.³⁰⁶ O encontro do

³⁰⁴ Para históricos cf. BALDWIN, LODGE & CAVE (2010); DE FRANCESCO (2012); LODGE & WEGRICH (2012); MEUWESE (2008); MEUWESE & SENDEN (2009); MORAIS (2009); RADAELLI (2005, 2007b, 2009a, 2010); RADAELLI & MEUWESE (2009, 2010); WIENER (2006, 2013); XANTHAKI (2013a). Embora apontasse em 2009 apenas 3 fases evolutivas, em recentes apresentações acadêmicas (2016) Voermans ampliou para 5 as etapas da evolução europeia, agregando a sua proposta original preocupações com o *enforcement* e com a legitimidade da atuação legislativa estatal.

³⁰⁵ Cf. <http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/key_docs_en.htm>. Acesso: 05.11.2015. Para debate referente aos reais objetivos das políticas — se racionalizar a produção normativa, se combater a opacidade do regulador tradicional, ou se esconder os reais desejos de desregulação —, cf, por exemplo, LODGE & WEGRICH (2012); RADAELLI (2007b).

³⁰⁶ Disponível em <http://aei.pitt.edu/1025/1/Market_post_1992_Sutherland_1.pdf>. Acesso: 05.11.2015.

Conselho Europeu em Edimburgo, em 1992, reconheceu a questão, e a partir de então uma série de documentos oficiais passaram a tratar de seus aspectos técnicos, com destaque para a luta pela construção de diretrizes legislativas comuns entre os co-legisladores.³⁰⁷

A partir do *Molitor Report* de 1995, em que se criou espécie de *checklist* (ficha de impacto) legislativo, desenvolveu-se uma estratégia paralela de simplificação e de redução de fardos burocráticos para determinados setores no mercado interno, em política conhecida como *Simpler Legislation Internal Market* - SLIM. Nessa primeira fase também foi lançada uma estratégia similar, a *Business Environment Simplification Taskforce* - BEST, relacionada a custos especificamente voltados às empresas.

Com poucos resultados práticos, elas serviram para chamar a atenção ao tema do planejamento de ações com vistas à simplificação. Também em 1995 e 1996 apareceram os primeiros relatórios cunhando a expressão *Better Lawmaking* da Comissão Europeia, voltados à simplificação e aos desafios de proporcionalidade e de subsidiariedade da legislação comunitária.³⁰⁸

O segundo período evolutivo teve como estopim o Conselho de Lisboa, em 2000, em que foi lançada a ambiciosa estratégia para incremento da competitividade europeia. Especialmente a partir do *Mandelkern Report* (2001),³⁰⁹ que assumia explicitamente as características instrumentais da legislação e já falava em “*Better Regulation*”, a UE verificou a limitação das estratégias puramente voltadas à qualidade legislativa formal. Assim, promoveu ações para melhorar sua governança e seu ambiente regulatório, embora tenha continuado a ver na legislação e em seu processo de elaboração os elementos-chave para a mudança. Propôs, em suma, ajustes voltados à qualidade legislativo-regulatória, e deu maior ênfase ao programa (ainda chamado de) *Better Lawmaking*.³¹⁰

³⁰⁷ As tentativas de convergência foram firmadas essencialmente mediante acordos interinstitucionais (IIAs). Cf. o IIA de 1998: *Interinstitutional Agreement on common guidelines for the quality of drafting of Community legislation*, OJ 1999 C 73/1. Cf. <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:31999Y0317\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:31999Y0317(01))>. Acesso: 05.11.2015. Também houve avanços em 2002-2003, com o *Joint Practical Guide*.

³⁰⁸ Cf. <<http://aei.pitt.edu/922/>>; <<http://aei.pitt.edu/924/>>. Acesso: 05.11.2015.

³⁰⁹ Cf. <http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf>. Acesso: 15.08.2015.

³¹⁰ O programa acabou sendo detalhado em um novo acordo interinstitucional de 2003. Os documentos principais estão disponíveis em <http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/key_docs_en.htm>. Cf. especialmente COM (2002) 0275: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0275:FIN:EN:PDF>>. Para o *Interinstitutional Agreement on Better Lawmaking*, OJ 2003 C 321, cf. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV:110116>>. Acesso: 05.11.2015.

As ações englobaram a simplificação do ambiente regulatório e a melhoria dos procedimentos. Foi dada ênfase a questões relativas à transparência, acessibilidade e participação (em especial a padrões mínimos de consultas públicas). Todavia, seus elementos mais relevantes por certo recaíram sobre a exigência de avaliações *ex ante* e de análises de impacto (RIA) para novas propostas normativas, com foco no exame de alternativas regulatórias, legislativas ou não-legislativas, especialmente se menos intrusivas. Também se deu ênfase à sistematização dos procedimentos daqui decorrentes.

Os IAs (RIAs), definidos como integrais por captarem impactos econômicos, sociais e ambientais, substituíram as inúmeras avaliações prévias setoriais existentes e, a partir de 2005, passaram a ser obrigatórios para todas as propostas normativas que constassem do programa legislativo anual da Comissão Europeia (CLWP). Na prática, sua adoção alterou o modo de funcionamento da Comissão e o próprio procedimento de elaboração normativa.³¹¹ Suas diretrizes de elaboração foram alteradas em 2002-2003, 2005-2006 e 2009 (recentemente, novamente em 2015), com a inclusão do *standard cost model* enquanto método de mensuração de custos administrativos.

A terceira etapa de avanços das políticas legislativo-regulatórias europeias emergiu a partir de 2005, com o lançamento da estratégia *Better Regulation*, solidificada em 2006.³¹² Embora parte das medidas já estivesse em uso, a mudança tem como pano de fundo o fracasso da ideia de Constituição Europeia e a virada para um viés fortemente econômico, ainda mais fortemente ligado à agenda de Lisboa (2000). Passou-se a um plano ainda mais pragmático e instrumental, voltado ao crescimento econômico e à geração de empregos.³¹³ A qualidade cedeu à quantidade, em espécie de retorno político-ideológico aos elementos de desregulação (RADAELLI 2007b, 2009a).

³¹¹ Radaelli e Meuwese (2009) enxergam, a partir daqui, uma aproximação entre políticas de *Better Regulation* e o *New Public Management*.

³¹² Cf. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:110103>>. Acesso: 05.11.2015. Em novembro de 2006 o *Better Lawmaking* é abandonado em prol do *Better Regulation*.

³¹³ Segundo Voermans (2009a, p. 91): "*The EU's Better Lawmaking initiative (2002-2006) — its standards and policies — seems to reflect and emphasise the constitutional, democratic, bureaucratic and instrumental functions of EU legislation, whereas the Better Regulation initiative (2006-...) seems to favour the instrumental and political functions.*"

A propósito, Xanthaki vê aqui o esgotamento das políticas de melhoria legislativa e de incremento do *drafting*: "*The flurry of action aimed at the achievement of legislative quality in the EU ends somewhere in 2003. Numerous policy documents continued to refer to Better Regulation, which continued to be at the forefront of the EU's governance debate, but a closer look at them shows beyond doubt a transfer from legislation as an autonomous product to legislation as a regulatory tool. This is of course exceptionally insightful as legislation is indeed a tool for regulation. But, unfortunately, in the EU, this conceptual move led to a notable ignorance of legislation altogether at least from a drafting perspective.*" (2013a, p. 74).

As exigências de simplificação da legislação (codificação, redução de estoque e repulsa à legislação obsoleta) e de diminuição do *red tape* — em especial após o sucesso de Holanda, Bélgica e Grã-Bretanha no uso de ferramentas como o SCM ou similares — foram acentuadas. Também se reforçaram pedidos por RIAs mais sistemáticos e confiáveis, e por melhores resultados em termos de benefícios líquidos. Incluiu-se o requerimento por sua aplicação a emendas substantivas feitas pelo Parlamento às iniciativas legislativas. Finalmente, elementos do ciclo de vida regulatório como *compliance* e *enforcement* passaram a ser mais frequentemente debatidos.

Em pequeno parênteses, veja-se que, a essa altura, políticas de qualidade regulatória já tinham se espreado por muitos Estados-membros europeus e países da OCDE. Porém, essa difusão não significou convergência na abordagem. Casos de sucesso passaram a conviver com episódios de fracasso ou de implantação incompleta. A alegada maleabilidade de objetivos do *Better Regulation* que, ao abarcar todas as alternativas possíveis, fomentou diferentes discursos legitimadores e variadas formas de adoção. Há quem perceba, a partir daqui, uma gradativa perda de credibilidade.³¹⁴

Seja como for, ainda sob a nomenclatura de *Better Regulation* já era possível detectar elementos que constituiriam o avanço para a chamada *Smart Regulation*. A nova etapa, oficializada sem se sobrepor às demais em 2010 (COM (2010) 0543), consolidou o mote do *whole of government approach*. Sua idéia central residia no afastamento de abordagens exclusivamente voltadas a novas propostas e na aplicação de ferramentas em todo o ciclo de vida da elaboração da *policy* e da lei que a estrutura, sem abrir mão dos

³¹⁴ Cf. DE FRANCESCO, RADAELLI & TROEGER (2012); RADAELLI (2005, 2007b, 2009a).

avanços na avaliação de qualidade das normas e no fomento à participação.³¹⁵ Apregoou-se maior autonomia ao IAB (RSB) e maior peso às avaliações *ex post*.³¹⁶

Recentemente, a Comissão Europeia renovou seu compromisso com os ideais de *Better Regulation*. Ainda é cedo para análises profundas, mas a ação parece visar congregação, de maneira mais organizada, grande parte dos elementos até então vigentes, com a adição de alguns tópicos novos. Foi lançado um novo pacote de documentos (COM(2015) 111; COM(2015) 215), em que fica claro esforço de se afastar de

³¹⁵ Nos termos do comunicado da Comissão Europeia: *"The better regulation agenda has already led to a significant change in how the Commission makes policy and proposes to regulate. Stakeholder consultations and impact assessments are now essential parts of the policy making process. They have increased transparency and accountability, and promoted evidence-based policy making. This system is considered to be good practice within the EU and is supporting decision-making within the EU institutions. The Commission has simplified much existing legislation and has made significant progress in reducing administrative burdens. (...) Better regulation must become smart regulation and be further embedded in the Commission's working culture. (...) First, smart regulation is about the whole policy cycle - from the design of a piece of legislation, to implementation, enforcement, evaluation and revision. We must build on the strengths of the impact assessment system for new legislation. But we must match this investment with similar efforts to manage and implement the body of existing legislation to ensure that it delivers the intended benefits. This requires a greater awareness by all actors of the fact that implementing existing legislation properly and amending it in the light of experience is as important as the new legislation we put on the table. Second, smart regulation must remain a shared responsibility of the European institutions and of Member States. These actors have made varied progress, and the Commission will continue to work with them to ensure that the agenda is actively pursued by all. This must be accompanied by a greater recognition that smart regulation is not an end in itself. It must be an integral part of our collective efforts in all policy areas. Third, the views of those most affected by regulation have a key role to play in smart regulation. The Commission has made great strides in opening its policy making to stakeholders. This can also be taken a step further and the Commission will lengthen the period for its consultations, and carry out a review of its consultation processes to see how to strengthen the voice of citizens and stakeholders further. This will help to put into practice the provisions of the Lisbon Treaty on participatory democracy."*

³¹⁶ Para crítica, apontando um equivocado jogo de palavras entre legislação e regulação que minaria os avanços em qualidade legislativa propriamente dita, cf. XANTHAKI: *"one cannot possibly perceive regulatory quality without, in cases where legislation is the appropriate regulatory tool, legislative quality. To me, this is the great error of the EU's current strategy. By turning the focus of attention from legislation to regulation, the EU seems to have forgotten about legislation altogether, somehow trying to simply wish away the continuing problems of legislative quality."* (2013a, p. 79). No mesmo sentido, da mesma autora: *"there is one further gap which has even eluded the OECD: drafting style as a means of achieving quality of legislation has not been touched upon by the Better Regulation initiative* (2013b, p. 69).

pressupostos político-ideológicos frequentemente criticados.³¹⁷ Reforçou-se o ideal de um tratamento adequado ao corpo legislativo europeu, com a reiteração da necessidade de normas operacionais, simples, eficazes e realmente necessárias. Na prática, aliou-se o cuidado com as novas normas a um grande esforço de limpeza e organização do estoque vigente.

O novo guia de *Better Regulation* é bastante amplo e congrega inúmeras ferramentas. Há referência explícita ao uso de evidências e à base científica das informações (sob a responsabilidade dos RIAs). Ele põe novamente em foco a densificação dos mecanismos participativos, bem como os recortes para pequenas empresas. Ainda, menciona a necessidade de maior aceitação por parte do Parlamento e do Conselho Europeu do *fitness check*, instrumento por excelência do *Regulatory Fitness and Performance Programme* - REFIT, que busca evitar sobreposições legislativas desnecessárias.³¹⁸

³¹⁷ Para pacote completo, cf. <http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/key_docs_en.htm>. Acesso: 05.11.2015. Para fuga das críticas político-ideológicas, por exemplo: “*Better regulation is not about favouring certain policies or objectives over others. It is about being clear on the objectives, whatever they are. It is about ensuring that the policy solution is the best and least burdensome way to reach those objectives and it is about being honest about how well solutions are working. All significant impacts – whether positive or negative, quantifiable or not – should be analysed and considered.*” (COM(2015) 215, p. 6). Cf. <http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/com_2015_215_en.pdf>. Acesso: 04.11.2015. Ou ainda, em resumo do que a estratégia significa atualmente: “*'Better Regulation' means designing EU policies and laws so that they achieve their objectives at minimum cost. Better Regulation is not about regulating or deregulating. It is a way of working to ensure that political decisions are prepared in an open, transparent manner, informed by the best available evidence and backed by the comprehensive involvement of stakeholders. This is necessary to ensure that the Union's interventions respect the overarching principles of subsidiary and proportionality i.e. acting only where necessary and in a way that does not go beyond what is needed to resolve the problem. Better Regulation covers the whole policy cycle – policy design and preparation, adoption; implementation (transposition, complementary non-regulatory actions), application (including enforcement), evaluation and revision. For each phase of the policy cycle, there are a number of Better Regulation principles, objectives, tools and procedures to make sure that the EU has the best regulation possible. These relate to planning, impact assessment, stakeholder consultation, implementation and evaluation.*” Cf. <http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/ug_chap1_en.htm>. Acesso: 03.11.2015.

³¹⁸ O REFIT, criado em 2012, congrega ferramentas voltadas à redução dos fardos administrativos e à simplificação legislativo-regulatória a partir da detecção de sobreposições legislativas. “*The Regulatory Fitness and Performance Programme (REFIT) is the Commission's programme for ensuring that EU legislation remains fit for purpose and delivers the results intended by EU law makers. REFIT is not about deregulation but rather about regulating better. It aims to unlock the benefits of EU law for citizens, businesses and society as a whole in the most efficient and effective way, while removing red tape and lowering costs without compromising policy objectives. REFIT is not a one-off review: it is a lasting commitment to keeping the body of EU law lean and healthy.*” (cit, p. 10). O *fitness check*, basicamente, “*is a comprehensive evaluation of a policy area that usually addresses how several related legislative acts have contributed (or otherwise) to the attainment of policy objectives. Fitness Checks are particularly well-suited to identify overlaps, inconsistencies synergies and the cumulative impacts of regulation.*”. Cf. <http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/ug_chap1_en.htm>. Acesso: 03.11.2015.

Finalmente, a Comissão volta a reforçar o pedido de análises de impacto sobre emendas substantivas feita pelo Parlamento e pelo Conselho às propostas legislativas, propondo um novo acordo interinstitucional.³¹⁹ A medida, embora prevista desde 2005, aparentemente nunca se deu de forma sistemática (MEUWESE 2008). O novo pacote também reforça o cuidado com o *drafting* e, em tópico central, acentua a importância das avaliações *ex post*, que ganham proeminência.³²⁰

2.1.2. *Smart Regulation*: um conceito polissêmico

A fechar o ponto, cabe ainda uma breve ressalva terminológica. É que falar em *Smart Regulation* pressupõe a estabilização de seu conceito, visto a enorme heterogeneidade de percepções envolvidas, tanto em teoria quanto na prática.

A idéia de uma produção normativa “*smart*” remete inicialmente a cinco características dos atos ou das ações regulatórias propriamente ditas. Eles devem ser específicos, mensuráveis, realizáveis, realistas e temporalmente definidos.³²¹ No entanto, como visto, a utilização europeia mais recente da expressão é espécie de novo rótulo atribuído ao conjunto de princípios, ferramentas e mecanismos de políticas legislativo-regulatórias efetivas e transparentes. Tem-se em causa a aplicação de toda a caixa de ferramentas da *meta-policy* ao ciclo elaborativo e avaliativo da política pública e do ato normativo que a estrutura, com foco em resultados e em construção participativa.³²²

Há quem lembre, entretanto, que a expressão tem matriz canadense, sendo lá utilizada, também, como sinônimo de política legislativo-regulatória, já no início dos anos 2000. Em maio de 2003 foi criado um comitê consultivo externo ao governo com o objetivo de propor uma *meta-policy* sob tal alcunha.³²³

³¹⁹ COM (2015) 2016. Cf. <http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/com_2015_216_en.pdf>. Acesso: 13.11.2015.

³²⁰ Em texto bastante claro: “*The natural tendency of politicians is to focus on new initiatives. However, the EU is judged not just on new political initiatives, but on the benefits and the burden of existing EU legislation. As such, actively managing existing EU legislation is just as important politically as preparing new initiatives.*” (cit, p. 10).

³²¹ *Specific, measurable, achievable, realistic, time-dependent* - SMART.

³²² Cf., por exemplo, COLETTI & RADAELLI (2013); VOERMANS (2013a); XANTHAKI (2013a).

³²³ Seu relatório final data de setembro de 2004. Cf. <<http://publications.gc.ca/collections/Collection/CP22-78-2004E.pdf>>. Acesso: 07.11.2015. Cf. MEUWESE & SENDEN (2009, p. 173).

Tem conotação similar, mas não idêntica, a proposta apresentada por Gunningham e Grabowski (1998), voltada especificamente à área ambiental. Para os autores, a idéia de *smart regulation* refere-se à busca por misturas ótimas de intervenções voltadas a políticas eficientes e eficazes. Na maioria dos casos seria importante montar um conjunto de soluções conjugadas, que interagem entre si, a serem gradativamente utilizadas de modo a obter melhores resultados a baixo custo.³²⁴ Tal sugestão de conjugação de alternativas iluminou, em certa medida, as demais leituras da expressão, embora com elas não se confunda.

Finalmente, em referências recentes é possível detectar a expressão apresentando, especialmente, a visão calcada nos novos elementos trazidos pela economia comportamental.³²⁵ Como se verá, um dos pressupostos desta última acepção reside na percepção de que os incentivos materiais tradicionalmente apresentados pelas teorias econômicas são fortemente afetados pelo ambiente e pelas normas sociais, e que alguns padrões de comportamento podem ser antevistos e utilizados na construção de políticas. Dada a novidade das ferramentas regulatórias daqui decorrentes, o conceito de *smart regulation* tem sido alargado para as acolher.

2.2. Estados Unidos e União Européia: proximidade e diferenças

Interessam particularmente os elementos de aproximação e afastamento entre os modelos norte-americano e europeu. De início, é verdade que a experiência norte-americana deu base à parte dos avanços europeus nos últimos 20 anos, e que os laços bilaterais no tema têm continuamente se estreitado.³²⁶ De maneira geral, ambos apresentam em seu discurso legitimador ideais democráticos e tecnocráticos. Apontam em sua defesa a ampliação da *accountability* e da responsabilização, bem como a melhoria de qualidade da intervenção pública.

³²⁴ Cf. GUNNINGHAM, GRABOSKI & SINCLAIR (1998).

³²⁵ Cf, por exemplo, SUNSTEIN (2013a, p. 27, p. 50 etc).

³²⁶ Fala-se aqui da União Européia e não de seus membros, em que pese vários exemplos de relação bilateral com o EUA também possam ser aqui encontrados. Para contínuo estreitamento de relações veja-se, por exemplo, a *Executive Order* 13.609, de 1 de maio de 2012; também, em específico, acordo EUA-UE: *EU-US High-Level Regulatory Cooperation Forum, Review of the Application of EU and US Regulatory Impact Assessment Guidelines on the Analysis of Impacts on International Trade and Investment, Final Report and Conclusions*, apud MEUWESE & SENDEN (2009, p. 143).

Todavia, apesar da aproximação, há relevantes diferenças procedimentais, bem como divergências de fundo que não podem ser ignoradas.³²⁷ Tradicionalmente destacam-se contrastes quanto (i) às origens, (ii) à função e (iii) ao desenho, cabendo examiná-los separadamente. Finalmente, em movimento pendular, textos bastante recentes chamam atenção para novos elementos de afinidade e proximidade.³²⁸

2.2.1. Origens

As origens ou motivos da instituição das políticas legislativo-regulatórias nos EUA e na UE, bem como seus princípios basilares, são diversos. O modelo americano, por exemplo, ganha contornos mais próximos aos atuais a partir do final da década de 70, embora seu desenho encontre raízes já no ato relativo a procedimentos administrativos de 1946.³²⁹ Especialmente dado o momento de aguda depressão econômica, ferramentas de análise de impacto, com metodologia de viés marcadamente econômico (análise custo-benefício), tinham como objetivo melhorar a qualidade do gasto público e garantir benefícios líquidos.

Segundo boa parte da teoria tradicional, os esforços também almejavam controlar politicamente a burocracia em sua tarefa de produzir legislação secundária. Assim, haveria espécie de foco duplo. De um lado, uma sólida tradição de revisão qualitativa e de uso de informações empíricas. De outro, auxílio ao Congresso (enquanto principal) no controle da

³²⁷ Para mandatos, tarefas e regras de procedimentais, cf. WIENER & ALEMANNI (2010).

³²⁸ Para detalhes dos modelos norte-americano e europeu, bem como para diferenças e aproximações, em especial sobre o uso de análises de impacto regulatório e das funções institucionais de suas unidades centrais, há farta literatura. Cf., com focos em elementos distintos, ALEMANNI & MEUWESE (2013); CARRIGAN & COGLIANESE (2011); COGLIANESE (2009); HAHN & TETLOCK (2008); HOPPE (2009); LODGE & WEGRICH (2012); MEUWESE & SENDEN (2009); RADAELLI (2005, 2007, 2010); RADAELLI & MEUWESE (2009, 2010); SUNSTEIN (2013a, 2013b, 2013c); VOERMANS (2009a, 2009b, 2013b); WEST (2005); WIENER (2006); WIENER & ALEMANNI (2010); XANTHAKI (2013a). Em português, PECI (2009); SOARES (2007); VALENTE (2010).

³²⁹ Segundo Hoppe (2009), as avaliações *ex ante* nos EUA começaram na década de 60 e início da década de 70 (governo Nixon), avançando a partir de então. Wiener e Alemanni (2010) mostraram que o governo Carter montou um grupo de revisão de análises regulatórias (*Executive Order* 12044, de 23 de março de 1978) e criou a OIRA. Seu desenvolvimento deu-se fundamentalmente a partir do Governo Reagan (*Executive Order* 12291, de 17 de fevereiro de 1981).

atuação das agências executivas (enquanto agentes) frente aos limites da delegação de competência que lhes era legalmente atribuída.³³⁰

O avanço dos debates e o incremento qualitativo das ferramentas fez com que uma extensão de propósitos, ou uma nova função, fosse percebida nos últimos anos. Sob chave interpretativa complementar, percebeu-se o relevante papel da Presidência da República nesse jogo, especialmente a partir do fortalecimento do *Office for Information and Regulatory Affairs* - OIRA, vinculado ao *Office of Management and Budget* - OMB, que supervisiona e escrutina as sugestões setoriais.³³¹ As ferramentas de análise e revisão de propostas regulatórias passaram a servir também como forte instrumento de controle interno da burocracia ou, ao menos, a ter essa faceta explicitada e melhor compreendida. Há quem enxergue, pois, uma centralização do fluxo regulatório por parte do núcleo do governo federal, que o utiliza para controle e organização.³³²

A emergência das políticas regulatórias em âmbito europeu, em contrapartida, deu-se com objetivos relativamente distintos. A união de Estados-membros independentes, a partir da aceitação de objetivos e condições previstas por tratados que se sucedem desde a década de 1950, aliada a uma crescente complexidade institucional, trouxe consigo outras preocupações. Nos últimos 25 anos esteve em causa, fundamentalmente, o receio de sobreposição de normas em plano supranacional.

Preocupações legislativo-regulatórias desenvolveram-se em ao menos duas frentes. A primeira esteve vinculada às idéias de subsidiariedade e de proporcionalidade das medidas. Por subsidiariedade entenda-se estar a regulação europeia vinculada a hipóteses efetivamente necessárias, em que sua ação fosse potencialmente mais eficaz do que a

³³⁰ A literatura referente ao desenho agente-principal aponta diferentes mecanismos disponíveis para o controle dessa atuação. Ele pode residir, por exemplo, em uma supervisão contínua à base de audiências, investigações e revisões (*police patrol*), mas também se pode basear em mecanismos episódicos de alarme de incêndio (*fire alarms*). Cf., CARRIGAN & COGLIANESE (2011); DAMONTE, DUNLOP & RADAELLI (2014); RADAELLI (2010).

³³¹ O OMB, por sua vez, é vinculado ao gabinete do Presidente. Cf. <<https://www.whitehouse.gov/omb>>. Acesso: 29.10.2015. Para competências, cf. SUNSTEIN (2013a, 2013b, 2013c); WIENER & ALEMANNI (2010).

³³² O desenho é conhecido como “Executivo unificado”. Em que pese a tradicional idéia de delegação de poderes e controle do agente por parte do Congresso (principal), o debate sobre quem efetivamente controla a burocracia norte-americana — se o Legislativo ou o Executivo — é bastante forte. Também há questionamentos sobre a atuação do Judiciário no que tange à produção normativa das agências, bem como à chamada “ossificação” da atividade. Cf., CARRIGAN & COGLIANESE (2011); COGLIANESE (2009); RADAELLI (2010); em certa medida, comparando com o desenho brasileiro, PRADO (2010). Vale notar que, para Radaelli (2010), o argumento do controle da burocracia por parte do Congresso enquanto principal falharia nos testes empíricos.

atividade unilateral de um Estado-membro. Por proporcionalidade entenda-se, de maneira geral, não poder a regulação europeia ir além do estritamente adequado e necessário.³³³

A segunda frente, já citada, relacionou-se com o peso da regulação estatal e com o fardo burocrático-administrativo. As políticas regulatórias europeias nasceram com forte apelo à desregulação e à diminuição da atuação do Estado, sendo grande o receio de uma sobre-regulação (LODGE & WEGRICH 2012; RADAELLI 2007b). Apenas com o tempo avançaram em direção a outros elementos substantivos, com objetivos mais amplos de qualificação regulatória.

Importa notar que, a partir do redirecionamento europeu para a competitividade — que se inicia com o estabelecimento da estratégia de Lisboa (2000) e se intensifica com os resultados animadores obtidos especialmente pela Holanda em programas de simplificação administrativa —, as políticas voltaram a apostar na redução do fardo burocrático indevido e da regulação exagerada (guerra ao *red tape* e ao *overregulation*). Retornam os anseios de diminuição da intervenção estatal e de legitimação estritamente econômica, em movimento pendular (RADAELLI 2007b).

2.2.2. Funções Básicas

No que tange às suas funções principais, também existem diferenças. Como adiantado, nos EUA a *meta-policy* regulatória e sua principal ferramenta, o RIA, são utilizadas basicamente para avaliar os atos normativos delegados produzidos pelas agências executivas. Já na União Europeia os RIAs atingem, fundamentalmente, propostas legislativas de primeira ordem, é dizer, projetos de lei produzidos pela Comissão Europeia e enviados ao Parlamento Europeu.³³⁴ Enquanto no modelo norte-americano a ferramenta examina a qualidade regulatória de atos constrangidos por uma autorização legal

³³³"The primary goal of EU IA is to ground the decision as to whether (subsidiarity) and how (proportionality) to intervene in effective analysis". (MEUWESE & SENDEN 2009, p. 143).

³³⁴ O RIA (ou IA, como é comumente chamado pela literatura europeia), surge fortemente na UE a partir do chamado Relatório Mandelkern (2001-2002), em um desenho que se coloca entre o fomentado pela OCDE e o que era praticado nos Estados Unidos. Seu primeiro guideline surge já em 2002, mas será efetivo apenas com sua alteração em 2005. Cf. MEUWESE & SENDEN (2009). Vale notar que o ato, depois de aprovado pelo Parlamento, ainda precisa ser aprovado pelo Conselho Europeu. Para desenho legislativo em âmbito europeu, cf. VOERMANS (2009b); RADAELLI & MEUWESE (2009, 2010). Para desenho simplificado e elucidativo, cf. EUROPEAN UNION (2013).

(*rulemaking*), na União Europeia a avaliação *ex ante* estrutura a preparação de leis e de políticas, embasando e acompanhando os projetos de lei (*lawmaking*).

Vale breve explicação sobre a UE. Inserido no modelo de co-responsabilidade legislativa da União Europeia, o processo legislativo ordinário estabilizado nos últimos anos garante à Comissão Europeia, seu braço executivo, a iniciativa privativa das leis.³³⁵ A cada ano é editado um programa legislativo, baseado nas estratégias definidas pelo Conselho Europeu. Cabe à Comissão realizar os estudos de impacto que darão base às propostas legislativas. Os estudos são revisados por um órgão criado em 2006, o Impact Assessment Board - IAB, recentemente transformado em Regulatory Scrutiny Board - RSB, que examina a qualidade das análises (e não, em tese, seu mérito). Embora o RSB possa solicitar ajustes e esclarecimentos, seu parecer técnico não é vinculante.³³⁶ A minuta legal, o estudo de impacto (IA, na sigla usada na Europa) e a opinião do RSB seguem para o Parlamento, que só então discutirá a proposta legislativa.

Como será desenvolvido ao se tratar especificamente do RIA, os resultados oriundos da diferença na aplicação dos instrumentos de avaliação de impacto *ex ante* à legislação não é trivial. Nos EUA, em que as ferramentas da política legislativo-regulatória assumiram o exame de legalidade da delegação legislativa, cresceram as funções de controle interno e de supervisão de qualidade pelo centro de governo. Na União Europeia, a ferramenta acabou tendo forte peso organizacional, mas também foi explicitamente mobilizada no jogo político. Mediante o fluxo estabelecido, elementos supostamente técnicos da avaliação *ex ante* acabam envolvidos no debate legislativo, em uma relação de

³³⁵ Antes das mudanças que definiram o procedimento padrão, em 2009, havia ao menos 15 tipos de instrumentos e 50 procedimentos diferentes (VOERMANS 2009b). Agora, salvo previsões excepcionais, há um procedimento ordinário previsto no art. 294 do Tratado de Funcionamento da União Europeia - TFEU. Há poucas exceções à iniciativa privativa da Comissão, como as relacionadas a temas como segurança, justiça e liberdades (art. 76 do TFEU).

³³⁶ A transformação ocorreu em julho de 2015, ampliando competências do órgão. Nos termos da comunicação da Comissão Europeia, "*Compared to the Impact Assessment Board, the Regulatory Scrutiny Board functions will be widened to include major retrospective evaluation and fitness checks of existing Union policies and legislation. Its composition and capacity will also be strengthened. The new functions of the Board will be phased-in to reflect the time needed to recruit its new members, during which time the members of the Impact Assessment Board will continue to work for the Regulatory Scrutiny Board*". Cf. C(2015) 3262. De acordo com seu artigo 2º, "*The Board shall assess the quality of draft impact assessment reports, fitness check reports and major evaluation reports ("reports"). It shall issue an opinion on each report that has been submitted to it. Where necessary, the Board shall make recommendations on how the quality of a draft report should be improved.*" Cf. C(2015) 3263 final. Disponível em < http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/iab/iab_en.htm>. Acesso: 29.10.2015.

mão dupla — influenciaram e puderam ser influenciados pela dinâmica político-legislativa.³³⁷

2.2.3. Institucionalização: os *Regulatory Oversight Bodies* - ROBs

Já deve estar clara a terceira diferença tradicionalmente apontada pela doutrina, qual seja, a de desenhos institucionais. Há divergências que partem das regras formais e informais de fluxo de informações e atingem as competências dos revisores. O maior foco de debates recai sobre os ROBs, cujas diferenças entre EUA e UE seriam marcantes (WIENER & ALEMANNI 2010).

Em acepção contemporânea, ROBs podem ser qualificados como unidades de supervisão legislativo-regulatória. São marcados pela tensão entre alto grau de *expertise* e *accountability* política, bem como pela tensão entre autonomia frente à micro-política e proximidade do poder para ser efetivo.³³⁸ Nasceram da percepção de que a regulação também gera efeitos indesejados, a demandar uma atividade institucionalizada de revisão que busque minorar as falhas de regulação. Sua difusão também foi marcante, especialmente a partir dos anos 90, mas novamente com inúmeras diferenças de desenho, origem e funcionamento.³³⁹

Nos EUA o ROB confunde-se, em grande medida, com a própria OIRA. Nascida em 1980 com o *Paperwork Reduction Act*, teve suas funções de supervisão bastante

³³⁷ Radaelli e Meuwese (2009, 2010) são explícitos ao mostrar como o procedimento do RIA passa a ser utilizado politicamente, frequentemente tomando o lugar dos debates de mérito. Retoma-se aqui a idéia, defendida no capítulo anterior, de que regras inerentes ao processo legislativo podem alterar a dinâmica político-parlamentar, e vice-versa. Importa notar que também pode existir, aqui, uma espécie de re-aproximação entre os modelos. A partir do momento em que os estudos norte-americanos são publicados, nada impede que eles também seja inseridos no debate parlamentar rotineiro.

³³⁸ Wiener define-os como “a centralized government unit atop the executive hierarchy that uses expertise to supervise regulatory action by agencies. ROBs provide both expertise (through expert staff and analytic methods) and political accountability (such as to the president or prime minister); these objectives may be mutually reinforcing but may pose tensions at times.” (2013, p. 124).

³³⁹ Em tese, a função pode ser exercida por diferentes atores: legisladores, cortes, auditores, servidores do executivo, corpos consultivos, comissões, entidades não governamentais. Isso faz com que os desenhos sejam bastante diferentes entre si. Wiener (2013) também aponta outras importantes variações: pouco mais da metade dos ROBs podem rever RIAs; nem todos revisam atos legislativos em sentido estrito etc. Para outros exemplos de ROBs como o *Regulatory Impact Unit* (depois *Better Regulation Executive* e *Better Regulation Commission*) no Reino Unido, o ACTAL na Holanda, o *Treasury Board Secretariat* (TBS) no Canadá ou o COMEFER no México, cf. HOPPE (2009); RADAELLI (2010); VOERMANS (2013); WIENER (2013); WIENER & ALEMANNI (2010).

ampliadas já a partir do governo Reagan, em 1981.³⁴⁰ Ela está inserida dentro do próprio governo, legitimada pelo seu centro, com forte aval técnico, político e jurídico para questionar e revisar propostas originais e análises de impacto produzidas pelas agências executivas governamentais.³⁴¹

Conforme prevêm as regras gerais da *Executive Order* 12.866, de 30 de setembro de 1993, e da *Executive Order* 13.563, de 18 de janeiro de 2011, estão sujeitas a análises de impacto regulatório em sentido estrito propostas com “ação regulatória significativa”, entendidas como aquelas cujo impacto econômico anual é maior do que US\$ 100 milhões. Há algumas outras hipóteses em que o uso do RIA é exigido; em outros casos, estudos simplificados relativos a custos e benefícios são requeridos.³⁴²

Como mostra Sunstein (2013b, 2013c), a análise custo-benefício não esgota e nem domina as tarefas do departamento.³⁴³ Ademais, há críticas à qualidade dos estudos econômicos (detalhadas abaixo). Mesmo assim, dados oficiais mostram importantes benefícios líquidos resultantes do trabalho da unidade.³⁴⁴ Além disso, o altíssimo

³⁴⁰ Embora a OIRA tenha nascido sob a égide da redução do trabalho burocrático e da quantidade de papel, no início do governo Reagan foi estabelecida competência para a OMB (e, por sua vez, para a OIRA) rever e aprovar medidas das agências executivas sob uma ótica de custo-benefício (*Executive Order* 12.291, de 17 de fevereiro de 1981). Note-se que outros departamentos também fazem avaliações de custo-benefício ou similares dentro do Poder Executivo, como o *National Economic Council*, o *Domestic Policy Council* e o *Council of Economic Advisers*. Há ainda órgãos técnico-científicos de consulta, como o *Office of Science and Technology Policy*. Assim, seria possível falar em um rol de entidades envolvidas na supervisão, a despeito da centralidade da OIRA. Cf. SUNSTEIN (2013a, 2013b, 2013c); WIENER & ALEMANNI (2010).

³⁴¹ Atente-se para o fato de que a OIRA não revisa, em regra, os atos das agências regulatórias independentes, em que pese algumas delas aceitem voluntariamente alguns princípios indicados nas *Executive Orders* relativas à supervisão (PECI 2009). Alguns autores afirmam que, na prática, o Executivo tem avançado nesse controle (COGLIANESE 2009). Cf. ainda MORGENSTERN, POLGA-HECIMOVIČ & ROSENFELD (2013). Veja-se, a título de exemplo, a *Executive Order* 13.579, de 11 de julho de 2011, que “obriga” a revisão dos estoques legislativos por parte das agências independentes.

³⁴² Nos termos da EO 12.866, Sec 3, (f) “*Significant regulatory action*” means any regulatory action that is likely to result in a rule that may: (1) Have an annual effect on the economy of \$100 million or more or adversely affect in a material way the economy, a sector of the economy, productivity, competition, jobs, the environment, public health or safety, or State, local, or tribal governments or communities; (2) Create a serious inconsistency or otherwise interfere with an action taken or planned by another agency; (3) Materially alter the budgetary impact of entitlements, grants, user fees, or loan programs or the rights and obligations of recipients thereof; or (4) Raise novel legal or policy issues arising out of legal mandates, the President’s priorities, or the principles set forth in this Executive Order.”

³⁴³ Ao menos entre 2009 e 2012, apenas 20% das propostas passaram por um RIA efetivo com CBA: “*In most periods, fewer than twenty percent of rules reviewed by OIRA count as economically significant. One implication is that over eighty percent of such rules will not have a Regulatory Impact Analysis, which is a careful and detailed account of the costs and benefits of economically significant rules*” (2013b, p. 1851).

³⁴⁴ Segundo Sunstein (2013b, 2013c), nos três primeiros anos do Governo Obama (2009-2012) os benefícios líquidos atingidos pelo trabalho coletivo chefiado pela OIRA chegariam a US\$ 91,3 bilhões, superando em 25 vezes os resultados do Governo anterior. Para dados anteriores (1996-2006), cf. HAHN & TETLOCK (2008), que criticam a qualidade dos estudos apresentados. HARRINGTON (2006) detecta alguma distorção dos números, visto que eles apenas consideram as normas de alto impacto econômico. Para todos os dados, cf. relatórios anuais publicados em < <https://www.whitehouse.gov/omb>>. Acesso: 04.11.2015.

percentual de revisão das propostas recebidas pela OIRA (76%) mostra sua centralidade no processo regulatório do Poder executivo norte-americano.³⁴⁵

Na União Européia, cuja complexidade institucional é patente, a posição entre agentes e principais, ou entre centralizadores e proponentes originais, é menos clara. Como dito, o responsável pelos estudos *ex ante* é a própria Comissão Européia, também titular da iniciativa legislativa, que desde 2002 os elabora mediante o trabalho técnico de suas diretorias gerais. O RSB (até julho de 2015, IAB), a quem compete a revisão metodológica dos estudos, seria, para Wiener e Alemanno (2010), a mais próxima contraparte européia da OIRA.³⁴⁶

Segundo a própria Comissão Européia, entre 2006-2015 o RSB/IAB avaliou quase 700 estudos de impacto. Após início claudicante, de baixa qualidade técnica e de construção de suas competências, o órgão solidificou-se. Nos últimos anos sua participação cresceu e seu escrutínio foi mais rigoroso: foram pedidos ajustes em quase 40% das propostas originais.³⁴⁷ Segundo Wiener e Alemanno (2010), o RSB/IAB original seria mais frágil do que a OIRA; não obstante, é inegável que seu papel tem sido ampliado, e a recente alteração de sua composição com a ampliação de funções indica claro fortalecimento institucional.³⁴⁸

2.2.4. A proximidade contemporânea

Foram expostas as diferenças mais tradicionais entre os modelos. Contudo, importa notar que desenhos e políticas legislativo-regulatórias são bastante dinâmicos. Algumas

³⁴⁵ “The vast majority of rules proceed through the process within the ninety-day period, and they are generally changed (and improved) as a result. For example, OIRA reviewed 2304 regulatory actions between January 21, 2009, and August 10, 2012. In that period, 320 actions, or about 14%, were approved without change; 161 actions, or about 7%, were withdrawn; and 1758 actions, or about 76%, were approved “consistent with change.” (SUNSTEIN 2013b, p. 1847). Em 2006, o número era bastante similar (69%). Cf. HAHN & TETLOCK (2008).

³⁴⁶ “The IAB’s location in the Commission is on its face similar to the location of US OIRA within the executive branch, but the European Commission’s distinctive role as the sole institution empowered to introduce legislation gives its IA process oversight of legislative, rather than exclusively administrative, action. Thus, the Commission has created an internal, quasi-specialized, executive/legislative ROB to oversee effective compliance by the Commission with IA requirements.” (2010, p. 318-319). Vale lembrar que o RSB (IAB) teve, ao menos até meados de 2015, competências mais enxutas.

³⁴⁷ Cf. <http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/c_2015_3262_en.pdf>. Acesso: 03.11.2015. Meuwese e Senden (2009) viram uma melhora da atuação do IAB após grande fragilidade em seu estágio inicial. As alternativas regulatórias, por exemplo, que por definição deveriam estar presentes, não eram na prática avaliadas. No mesmo sentido WIENER (2013, p. 124 e ss.); MEUWESE (2008, p. 77 e ss.).

³⁴⁸ Para dezenas de outros ROB’s nos países da OCDE, cf. OCDE (2008a, annex II).

distinções têm sido alteradas e, em alguns aspectos, reduzidas, com os modelos agregando características que originalmente não lhes eram peculiares. Há uma espécie de fertilização cruzada, que aparenta ser bastante frutífera (WIENER 2013).

Sunstein (2013a, 2013b) — o “czar regulatório” que chefiou a OIRA entre 2009 e 2012 —, por exemplo, vê novas funções na atual atividade do departamento. Sua recente atuação não se resumiria à supervisão frente à limitação da delegação legislativa ou à revisão das análises custo-benefício produzidas pelas agências governamentais. Teriam sido agregados ao seu mister importantes elementos de organização administrativa.

Segundo o autor, grande parte de sua tarefa contemporânea residiria no fomento e na coordenação de manifestações dos envolvidos em determinada proposta regulatória. Sua função mais marcante seria a de agregar informações relevantes, bem como a de zelar pelo fluxo procedimental que cerca o *rulemaking*.³⁴⁹ Reforçam-se, assim, características administrativo-procedimentais e de aprendizagem, que em certa medida marcaram o avanço original do desenho europeu. Há ainda a assunção de outros elementos que se destacaram sob a UE, como os esforços de redução de custos e fardos regulatórios.³⁵⁰ Há, pois, perceptível aproximação.

Do outro lado, recentes leituras do contexto europeu mostram vetores no caminho inverso. A título de exemplo, atos delegados à própria Comissão (*rulemaking*) e atos de mera implementação e execução pertinentes a Estados-membros têm crescido de forma vigorosa após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, demandando maior controle frente aos limites da delegação. Embora o escopo seja bastante diferente, ele também pode ser

³⁴⁹ Em resumo conclusivo do autor: “*While OIRA’s own views may be significant and will be conveyed, OIRA is the convener of an interagency process that draws on the specialized competence of experts throughout the federal government. In many cases, the vast majority of the comments that OIRA transmits come from other agencies, not from OIRA itself. To be sure, costs and benefits are an important and sometimes critical part of the review process, especially for economically significant rules. But most rules do not qualify as economically significant, and in most cases, costs and benefits are not the central issue. One of OIRA’s most important missions is to increase the likelihood that rulemaking agencies will benefit from dispersed information inside and outside the federal government. OIRA sees itself as a guardian of a well-functioning administrative process. Federal officials, most of them nonpolitical, know a great deal, and the OIRA process helps to ensure that what they know is incorporated in agency rule-makings. In addition, those outside of the federal government often have indispensable information, and OIRA understands one of its crucial tasks as encouraging the receipt and careful consideration of that information. In these respects, OIRA does not so much promote centralized direction of regulatory policy as incorporation of decentralized knowledge. Of course OIRA plays an important role in the process of White House oversight of executive branch rulemaking. What I have emphasized here is that a key part of that role is the function of information aggregator.*” (2013b, p. 1874-1875).

³⁵⁰ Cf. *Executive Order* 13.610, de 10 de maio de 2012 - *Identifying and Reducing Regulatory Burdens*.

exercido mediante o uso de ferramentas de análise de impacto.³⁵¹ Os últimos passos das políticas legislativo-regulatórias também apontam para a acentuação e a melhoria de seu viés econômico (tanto nas metodologias quanto ferramentas), aproximando-se do desenho de seu par norte-americano.

Em suma, no que tange à relação entre os modelos, dois elementos complementares precisam ser bem compreendidos. Primeiro: ainda existem diferenças entre as políticas legislativo-regulatórias de ambos, em que pese seja necessário revisar a visão tradicional. Quiçá o ponto distintivo mais relevante ainda seja a aplicação em propostas legislativas em sentido estrito: nos Estados Unidos, propostas legislativas não se sujeitam, em tese, a RIAs governamentais; na Europa, projetos de lei enviados ao Parlamento necessariamente passam pelo teste.³⁵² Segundo: há uma cada vez mais forte aproximação entre os desenhos, mediada pelas peculiaridades e pelos constrangimentos políticos, institucionais e culturais locais.

Para o que interessa à presente tese, há percepções importantes. Sob a ótica da aplicação das ferramentas legislativo-regulatórias à legislação primária, bem como sob a ótica da complexidade institucional, a experiência europeia apresenta-se como mais próxima da realidade brasileira.³⁵³ Já sob a ótica do funcionamento interno das unidades de supervisão e revisão, é a mecânica federal norte-americana apresentada por Sunstein (2013b) que apresenta maiores semelhanças com o descrito no capítulo anterior.

³⁵¹ Cf. art. 290 e 291 do TFEU. A mudança foi recebida como importante alteração no desenho de "comitologia" que marcava o quadro anterior. Alemanno e Meuwese (2013) mostram que após uma inicial relutância em aplicar o RIA aos atos delegados, especialmente sob o argumento formal de que tais atos não constavam do programa legislativo anual, seu uso tornou-se corrente a partir de 2009. Cf ainda VOERMANS (2009b).

³⁵² Em resumo: *"Thus, the silent differences between OIRA in the US and IAB in Europe derive in part from the different US and EU constitutional contexts, and from the different purposes of their respective IA systems. Impact assessment in the US and the EU is conducted and reviewed at different stages in the process, with different powers and limitations, and for different purposes. In the US, Congress instructs agencies to regulate; the President then requires agencies to conduct IAs to accompany proposed rules, and empowers OIRA, a body created by statute, to oversee the rules and to review the regulatory IAs. In the EU, IAs are conducted on a voluntary basis by the Commission, on all its policy and legislative proposals, and largely for its internal use; the IAs are then reviewed by the IAB within the Commission. As a result, whereas IA serves as an executive branch check on the exercise of legislative delegated powers in the US system, it functions as a support for proposed legislation in the EU"*. (WIENER & ALEMANNI 2010, p. 331).

³⁵³ No mesmo sentido cf. PECI (2009).

3. Elementos de Política Legislativo-regulatória: uma proposta funcional de readequação analítica

A literatura referente à política legislativo-regulatória enquanto *meta-policy* voltada à qualidade da norma traz uma quantidade infindável de elementos e categorias. Não há muita precisão na definição daquilo que se qualifica como ferramentas, instrumentos, mecanismos ou modalidades. Não é para menos. Os componentes e as tarefas aqui envolvidas estão inerentemente imbricados, tangenciando-se e sobrepondo-se a todo momento, sendo difícil dar clareza à matriz que os retrata.

As abordagens frequentes são bastante distintas. Os tratamentos mais correntes destinam-se, em regra, a um pequeno recorte da política (como os instrumentos redacionais), ou a alguma de suas ferramentas centrais (como a análise de impacto regulatório). A opção dá densidade às categorias e faz avançar as fronteiras do conhecimento específico. Contudo, é insuficiente para quem procura uma compreensão mais ampla acerca do fluxo de produção normativa e das políticas de qualidade regulatória.

Sua principal variação são os guias legislativos que, como em um *checklist*, apresentam passos a serem observados pelo elaborador normativo. Embora úteis ao dia-dia, pecam no sentido oposto: não problematizam categorias, não percebem intersecções e deixam de fora alternativas não previamente selecionadas. Apresentam o ciclo (essencialmente dinâmico) em uma fotografia de tarefas lineares e sequenciais (em certa medida, estático).

Está-se aqui em uma situação intermediária: não se vai ao detalhe ou ao respaldo filosófico de cada elemento, mas também não se almeja propor um mero guia legislativo, uma receita de como fazer. Importa conhecer as alternativas relativas à construção normativa em seus principais contornos e, fundamentalmente, as dificuldades e críticas comumente expostas.

Assim, propõe-se uma readequação analítica dos elementos envolvidos. Trata-se de apresentar uma nova matriz, voltada aos objetivos desta tese, que busca organizar e facilitar a visualização dos itens. Sabe-se que ela está sujeita a questionamentos. Tem-se em mente que os componentes se relacionam entre si e com o próprio processo específico

de produção legislativa de formas diversas, o que inviabiliza, na prática, a percepção de uma separação estanque.

A proposta gira em torno de quatro grandes categorias. Sua definição tem como base menos o momento de sua utilização, que lastreia a clássica definição entre avaliação *ex ante* e *ex post*, e mais a função exercida por cada grupo. Importa essencialmente a que servem, ao menos em sua característica central. Não há qualquer escalonamento de importância ou temporalidade entre elas, embora algumas, em regra, precedam temporalmente as demais.

Em resumo, as categorias sugeridas são as seguintes:

Categoria 01: Aspectos Internos de Qualidade Normativa

Assumindo apenas e tão-somente as abordagens regulatórias que dependem da criação ou da alteração normativa (*standard setting*), a categoria 01 congrega as ferramentas voltadas ao incremento da qualidade do texto normativo propriamente dito ou, também, à sua emissão e publicação.³⁵⁴ Não têm centralidade, nesse momento, o diagnóstico ou o prognóstico da intervenção, mas sim a melhor forma de reduzir a proposta ao texto escrito. Considerada a sugestão de Mader (2001, 2006a, 2006b) quanto às disciplinas que compõem o campo da legística ou da legisprudência, aproxima-se aqui da técnica legislativa.

A categoria constitui-se, pois, de elementos tradicionais voltados à melhoria redacional, que englobam a busca por clareza, objetividade e acessibilidade de textos normativos. Todavia, há outros itens envolvidos. O debate contemporâneo acerca da simplificação da linguagem e da chamada *plain language* coloca-se de forma bastante forte (BARNES 2006; XANTHAKI 2013b). No mais, alguns elementos da economia comportamental importantes, como a visibilidade de pontos-chave da norma (*salience*), devem ser aqui incluídos, dando nova conotação ao debate. Finalmente, algumas sugestões recentes como o uso de figuras, fluxogramas ou mesmo de anexos digitais, também podem ser enquadradas nesta série.

³⁵⁴ Embora se qualifique a categoria como aspectos internos, importa notar que algumas abordagens clássicas falam em elementos de técnica legislativa tanto internos quanto externos. No último grupo estariam os aspectos relativos à preparação, emissão e publicação de atos. Cf., por exemplo, MEEHAM (2006), cujo texto original data de 1976.

Categoria 02: Aspectos de Mecânica Legislativo-regulatória

Nesta categoria estão em causa as chamadas modalidades legislativo-regulatórias, as variantes de propostas relativas à mecânica de causa e efeito entre ação regulatória e resultados práticos. Também estão abarcados elementos que atuam nesse contexto, ou seja, que almejam qualificar ou ampliar as possibilidades de produção de efeitos dada a intervenção regulatória. Trata-se, em suma, de categoria voltada especialmente ao *como fazer*.³⁵⁵ Atribui-se centralidade não à qualidade do texto em si ou à abertura em sua criação, mas sim à forma de produzir os efeitos esperados frente ao problema concreto.

Inserem-se nesse grupo os mecanismos tradicionais de comando e controle (vedação ao comportamento inadequado, frequentemente aliado a sanções), bem como as demais alternativas que envolvem ações normativas apontadas no capítulo I (incentivos econômicos financeiros, publicização de informações, realocação de direitos e responsabilidades etc). Discute-se aqui, por exemplo, se estratégias de persuasão são melhores do que estratégias de proibição explícita.

Ademais, também se inserem aqui ferramentas mais recentes que influenciam o debate acerca do *como fazer*, como o uso de elementos da economia comportamental como os empurroezinhos regulatórios (*nudges*), a redução de opções ao influenciado pela norma, a definição adequada de regras-padrão, a consideração da tendência à inércia e à procrastinação etc. Tais elementos voltam-se, ao final do dia, a melhorias na relação mecânica entre ação e efeito. Podem, assim, estar inseridos nesta categoria, e merecerão tratamento específico.

Categoria 03: Aspectos Metodológicos *Stricto Sensu*

Trata-se do grupo heterogêneo de ferramentas que auxiliam a organização do fluxo decisório, a avaliação de alternativas e a tomada de decisão governamental. Almejam racionalizar o *policy-making* e a estrutura jurídica que a engloba. Valem-se das informações coletadas, das alternativas de mecânica legislativo-regulatórias disponíveis e

³⁵⁵ Como já ficou claro, os resultados da mecânica regulatória também dependerão da qualidade dos desenhos de *enforcement* e do grau de *compliance* existente. Afirma-se apenas que os elementos que envolvem a definição dessa mecânica podem estar aglutinados em uma única categoria analítica.

do processo de construção do texto ou da *policy* para, então, apresentar *inputs* ou apontar soluções mais apuradas.

Sem dúvidas, o mais conhecido elemento metodológico relativo à produção normativa atual, que tem absoluta centralidade nas políticas legislativos-regulatórias, é a análise de impacto regulatório. A ferramenta será discutida em detalhes, mas desde já importa dizer que ela, cada vez mais, apresenta-se como gênero, englobando diferentes espécies de métodos e de passos analíticos.

Embora por inúmeras vezes seja o RIA confundido ou equiparado a uma análise custo-benefício, este é apenas um de seus elementos ou formatos metodológicos. Métodos como análises de custo-efetividade, de risco, multi-critérios, ou mesmo o modelo do *standard-cost* podem estar aqui inseridos (assim como podem ser empregados de maneira autônoma). Merecerão, pois, tratamento específico.

Categoria 04: Aspectos Construtivos e de Coleta de Informações

Por fim, há os *aspectos construtivos e de coleta de informações*, que englobam elementos muito diferentes entre si. Não estão ligados por se envolverem diretamente com a construção do texto, nem com o mecânica de causa e efeito que baseia intervenções legislativo-regulatórias, nem com métodos de racionalização e de avaliação de alternativas regulatórias. Relacionam-se, fundamentalmente, com a forma de embasamento e de construção da decisão e do texto que a engloba. Envolvem o grau de abertura à participação, bem como os meios de coleta de informações inerentes à elaboração ou ao ajuste em causa.

Colocam-se aqui três grandes grupos. O primeiro diz respeito ao método de decisão e de elaboração normativa em sentido estrito. Desenhos herméticos de produção normativa (a portas fechadas, em pequenos grupos técnico-políticos) dividem espaço com modelos de construção colaborativa — real ou virtual —, *crowdsourcing* ou quaisquer outros mecanismos que ampliem os partícipes que opinam ou que constroem a solução legislativo-regulatória. Aqui, a função exacerbada é a de democratização do processo legislativo-regulatório.

Também se inserem neste tópico, na linha do que propuseram Hood *et alli* (2001), os elementos de captação de informações. Como adiantado no capítulo I, são eles componentes inerentes às políticas regulatórias, servindo como produtores de *inputs*, mas que, em essência, são externos à construção do texto e do mecanismo regulatório propriamente dito. A coleta de informações exerce função central à elaboração da norma e à definição das intervenções; todavia, com elas não se confunde.³⁵⁶

Finalmente, também podem ser aqui alocados os chamados testes e experimentos legislativos. É que embora tangenciem outras categorias, ao fim e ao cabo sua função é a de coletar dados que permitam, em momento oportuno e geralmente pré-definido, uma decisão esclarecida acerca da manutenção ou da alteração da abordagem legislativo-regulatória. Embora adotem mecanismos típicos de intervenção, seu fim último é o de produzir ou coletar informações para avaliação de efeitos.

Componentes reputados como relevantes serão explorados separadamente. Considerando, porém, o recorte metodológico do presente trabalho, não serão abordados a fundo debates acerca da democratização do processo legislativo-regulatório e de formas diversas de captação de informações — os temas pedem tratamento próprio, dada sua importância e abrangência. Também não serão discutidos em detalhe os elementos formais tradicionais que compõem os aspectos internos de qualidade normativa (clareza, objetividade etc), com o fito de permitir um olhar mais apurado sobre questões emergentes nesse âmbito.³⁵⁷ Finalmente, assume-se que boa parte dos aspectos de mecânica regulatória já foi ao menos apresentada no capítulo I, a permitir tratamento menos aprofundado.

Adicionalmente, note-se que algumas ferramentas não se encaixam com perfeição nas categorias. Abordagens de racionalização do estoque legislativo, como práticas de *one-in, one out* ou de controle quantitativo de atos, não se adequam plenamente a nenhuma delas, por exemplo. Não interferem diretamente na qualidade da norma, na mecânica de produção de efeitos, na forma de construção ou mesmo nos instrumentos de avaliação de uma proposta. Para tais casos, haverá tópico específico.

³⁵⁶ A construção do ato normativo deve considerar, inclusive, qual a melhor forma de captar informações durante a execução da atividade.

³⁵⁷ Isso não significa afirmar inexistirem controvérsias nesse campo. Cf. LODGE & WEGRICH (2012, p. 47-60).

4. Aspectos Internos de Qualidade Normativa

O relativo baixo peso atribuído nesta tese aos elementos formais, que compõem boa parte da categoria dos aspectos internos de qualidade normativa, deriva de duas percepções centrais. Em primeiro lugar, ele é certamente o tópico mais trabalhado e desenvolvido no Brasil. Há, portanto, baixo espaço para inovações efetivas.

Em segundo lugar, por muitas vezes os debates afastam-se — menos no discurso, mais nas propostas concretas de atuação — do pressuposto de que a participação do jurista-legislador deve ocorrer ao longo de todo o ciclo de vida da *policy* e da norma que a engloba, que é aqui adotado. O foco excessivo nos aspectos formais acaba ampliando a aura de tecnicidade que cerca a atividade, conforme explicitado no capítulo anterior. A abordagem faz um pouco mais de sentido em desenhos em que o chamado *drafter* é bastante especializado, como é caso do Reino Unido.³⁵⁸ No entanto, ela talvez não seja tão apropriada, nem desejada, para todas as experiências.

Feita a ressalva, note-se que a visão tradicional da técnica legislativa analisa os princípios norteadores e as fases da elaboração legislativa. Ao discutir o tema, por exemplo, Lodge e Wegrich (2012) resgatam um habitual rol de princípios a serem considerados, como precisão, clareza, transparência e consistência, não os livrando de uma série de controvérsias.³⁵⁹ Xanthaki (2013b), por seu turno, põe luz nos passos da atividade redacional. Concebe a técnica legislativa como espécie de razão prática, e apresenta cinco estágios para o *drafting*: (i) compreensão da proposta, (ii) análise, (iii) desenho da lei, (iv) desenvolvimento da minuta e (v) revisão. Cada um deles possuiria componentes próprios e tarefas específicas.

Colocam-se em um primeiro eixo de debates problemas de natureza distinta. Há questões inerentes à linguagem, como a ambiguidade e a imprecisão quase necessária de determinadas previsões. Mas há também questões diretamente relacionadas com o estilo

³⁵⁸ Críticas às políticas regulatórias recentemente feitas por autores ingleses como Xanthaki (2013a) talvez tenham aqui um de seus principais elementos explicativos.

³⁵⁹ Para princípios cf. MADER (2001, 2006a, 2006b); MEEHAM (2006); XANTHAKI (2013a). Em português, MENDES (1993); MORAIS (2009).

das previsões normativas, como vagueza, compreensibilidade e complexidade. Um enorme e desenvolvido campo prático-acadêmico tem tais temas com cerne de suas preocupações.

Em um segundo eixo, há elementos inovadores a serem explorados. Em primeiro lugar, há uma tendência recente, inequivocamente vinculada ao avanço da característica finalístico-instrumental da norma, do retorno à previsão explícita de metas e objetivos legislativos. Se a norma contemporânea tem como lastro de legitimidade o alcance de determinados propósitos, ter clareza de quais são eles volta a ter relevância.³⁶⁰

Ademais, a simplificação retomou sua importância.³⁶¹ A idéia de que os atingidos pelo ato normativo não se enquadram na figura do *homo economicus* tradicional, que possui informações completas e é capaz de ponderar alternativas de modo a definir com clareza suas preferências, dá base a novas abordagens. Aceitando que o indivíduo recorrentemente erra em suas avaliações, propostas com vistas a induzir melhores escolhas e facilitar o entendimento das regras emergiram.

Destaca-se o debate trazido pelo movimento chamado *plain language*, ou linguagem simples, bastante forte na literatura dos anos 90. Dentre outras ações, como a redução de considerandos e de palavras desnecessárias, a corrente pleiteava textos mais limpos e diretos. Também se requeria que documentos normativos fossem sistematicamente re-escritos em prol de maior inteligibilidade e compreensão.

Em revisão de literatura realizada por Barnes (2006), há interpretações diferentes acerca dos objetivos desse movimento. De um lado, assumida a relação intrínseca entre lei e audiência, discutiam-se formas de tornar o ato normativo mais acessível (inclusive fisicamente), de incrementar a disseminação de suas informações e, fundamentalmente, de facilitar sua compreensão. De outro, em linha mais envolvida com o processo elaborativo, discutiam-se os problemas inerentes à linguagem e à heterogeneidade de percepções e

³⁶⁰ “The recent calls for a return of purpose or objectives clauses in legislation, provided that the latter list the factors to be taken into account when tangible and measurable effectiveness is monitored at the pre and post-legislative scrutiny exercises are a wonderful mechanism to express the link between policy choices and legislative expression, and to address regulation as a full circle beginning with policy formulation and ending with the juxtaposition of legislative objectives against the achievement of tangible policy aims.” (XANTHAKI 2013b, p. 14). Também MOUSMOUTI (2014).

³⁶¹ A simplificação, aqui vista sob aspectos internos da norma, também tangencia o conjunto voltado à mecânica regulatória. Cf. SUNSTEIN (2013a).

entendimentos dos agentes normativos que, ao fim e ao cabo, filtram os objetivos da norma.³⁶²

Também se inserem nesse debate propostas como a adoção de guias ou de estruturas pré-definidas de criação normativa. De um lado, a padronização valer-se-ia do estado da arte e da experiência dos envolvidos na atividade normativa. De outro, tais sugestões tolheriam, em certa medida, a autonomia dos autores normativos, bem como reduziria a flexibilidade de procedimentos que marca parte dos desenhos colaborativos contemporâneos.

Há algumas críticas ao movimento, tanto sob o ponto de vista teórico quanto sob o ponto de vista prático. Alguns resultados insatisfatórios na Austrália, onde o tema esteve bem desenvolvido, fizeram com que o ímpeto inicial no uso de suas estratégias arrefecesse (BARNES 2006). No campo teórico, discutiu-se até que ponto seria válido apresentar uma interpretação inicial, única e planejada, que vinculasse os atores — incluindo cortes e tribunais. Para alguns haveria conflito entre poderes; para outros, a sugestão seria inócua — não se perceberia a inerente incompletude da lei, nem a imanente dependência da interpretação frente a valores e objetivos do próprio intérprete. A proposta não resolveria as questões interpretativas, que têm variadas e imprevisíveis fontes; ao contrário, agregaria novo elemento complicador.

Em eixo bastante inovador e pouco observado na literatura, também tem sido estudado o uso de elementos não textuais enquanto mecanismos auxiliares à tarefa interpretativa. Parte-se do pressuposto de que o texto duro e seco não é capaz de clarificar todos os elementos regulatórios atuais.³⁶³ Em que pese alguns questionamentos por parte das colunas jurídicas tradicionais, gráficos, fluxogramas, exemplos, tabelas e guias de leitura têm gradualmente aparecido em textos normativos, ou como anexos do texto

³⁶² O autor mostra que divergências cercam o campo de estudo. Elas partem da falta de evidências suficientes que embasam o problema, passando por debates acerca da real audiência das normas (alguns autores, como Bennion, defenderiam que as leis são direcionadas a poucos, devendo sempre ser mediadas para a interpretação geral).

³⁶³ “*The increasing use of explanatory materials in the introduction of legislative drafts in the Commonwealth is attributable to the need for additional clarifications of the policy and text, which are deemed too detailed to be accommodated in the modern, dry, short style of legislation.*” (XANTHAKI 2013b, p. 70). Note-se que na fase de planejamento legislativo há ferramentas, como a modelização causal e a cadeia de fontes, que já se baseiam em gráficos e fluxogramas. Cf. SOARES (2007).

escrito.³⁶⁴ O que é usualmente produzido com o fim de auxiliar as áreas de comunicação governamental passa a acompanhar os próprios documentos normativos. O próprio uso de sumários executivos, que reduzem os objetivos da lei e os comportamentos requeridos a desenhos bastante simplificados, tem sido exigido em alguns países, como nos Estados Unidos.

Finalmente, em um outro eixo instrumental, importa notar que as recentes abordagens regulatórias baseadas na economia comportamental também atingem este grupo. Tal linha teórica será desenvolvida abaixo, mas para já se note que, segundo alguns autores, a forma pela qual determinada regra é transmitida importa — e muito — para a efetividade das medidas e para seu cumprimento. Assim, o modo de apresentar informações precisaria ser depurado.

Thaler e Sunstein (2008) apontam que, em alguns casos, informações vívidas e salientes, que chamem a atenção, produzem mais efeitos nos comportamentos do que aquelas tratadas de modo corriqueiro. Dado que a atenção é um bem bastante escasso (KAHNEMAN 2011), dar ênfase aos aspectos centrais da intervenção, inclusive no próprio texto normativo, pode produzir resultados mais positivos (SUNSTEIN 2011, 2013a, 2013b).³⁶⁵ A idéia de “saliência de informações” deu base, por exemplo, a reforços como gráficos contra o fumo ou os símbolos de carga perigosa.

5. Aspectos de Mecânica Legislativo-Regulatória

Ao se falar de mecânica legislativo-regulatória, está em questão o *como fazer* regulatório, ou seja, o debate sobre a melhor opção interventiva ou sobre suas características para a produção de determinados resultados. Ela envolve diferentes instrumentos, inclusive legislativos. Para este ponto da tese, importa dizer que o cardápio

³⁶⁴ Em interessante exemplo, um magistrado australiano insurge-se contra documento explicativo que continha exemplos: *"For my part, I have to say that [the Commonwealth style] represents a lack of confidence in the purported plainness of the communication. If the language is accurate and plain why explain? Moreover, 'examples' may create more uncertainty than simply leaving the words to be understood themselves because they raise doubts that the plain meaning is the one intended!"* (BARNES 2006, p. 114).

³⁶⁵ *"Information that is vivid and salient is likely to have a much larger impact on people's behavior than information that is statistical and abstract."* (SUNSTEIN 2013a, 86). Ressalva o autor, no entanto, que tais observações não valem para todas as situações.

de alternativas precisa estar ao alcance dos agentes na caixa de ferramentas da política legislativa, e ser devidamente considerado na análise das possíveis soluções.

5.1. Alternativas Legislativo-Regulatórias

Boa parte dos aspectos e das opções de mecânica legislativo-regulatória foi apresentada no capítulo I, quando discutida a percepção finalístico-instrumental da norma. Como visto, a abordagem tradicional repousa no chamado (i) comando e controle, em que comportamentos são dirigidos via sanções, em regra penais, às condutas desviantes. Não obstante, há quase uma dezena de outras soluções aptas a serem mobilizadas, readequadas, conjugadas ou justapostas.

É possível, por exemplo, (ii) mobilizar incentivos econômico-financeiros, (iii) atuar na (re)estruturação dos mercados, ou (iv) realocar direitos e responsabilidades. Em linhas que têm recebido mais atenção recentemente, cabe ainda optar por (v) ferramentas de publicização e transparência, sob as mais diversas espécies, bem como por (vi) por “empurroezinhos comportamentais” ou definições arquitetônicas de escolha, de modo a influenciar comportamentos individuais. Em muitas delas, embora não em todas, a instrumentalização do ato normativo está presente.

Todas as estratégias possuem indicações específicas, mas também limitações. Veja-se, como exemplo, as abordagens de incentivos financeiros: vistas como mais flexíveis, de maior liberdade gerencial e, em regra, mais baratas, são acusadas de criarem dependência, de retirarem o símbolo da reprovação de condutas indesejadas (perda do peso normativo do direito), de produzirem efeitos com muita variação individual e de potencialmente gerarem importantes problemas distributivos.

Propostas de uso público e transparente de informações com fins regulatórios, como *rankings* ou premiações que se baseiam na percepção do usuário, por seu turno, são aplaudidas pelo baixo grau de intervenção direta e pelo baixo custo. Todavia, também enfrentam dificuldades: podem ser manipuladas, pressupõem cidadãos plenamente informados e racionais, põem em risco a confidencialidade de informações negociais e aparentemente não são aplicáveis a situações em que há altos riscos envolvidos. Em suma,

apresentações similares de prós e contras podem ser elaboradas para todas as alternativas expostas no cap. I.³⁶⁶

Tudo considerado, importa reafirmar que o debate contemporâneo não está centrado apenas na seleção da melhor opção regulatória. O foco recente recai, fundamentalmente, sobre os limites e as possibilidades de combinar métodos, ou de utilizá-los de forma gradativa. Autores como Gunningham e Grabosky (1998), que desenvolveram a idéia de *smart regulation*, ou como Aires e Braithwaite (1992), que desenvolveram a idéia de regulação responsiva (com forte apelo à participação dos atores privados), por exemplo, apostam em inícios mais leves e *a priori* menos intrusivos, com crescente escalada em prol de ações mais severas e sancionatórias.

Note-se, ainda, que a escolha do melhor instrumento e da melhor estratégia também se baseia em outros elementos que não a mera definição das regras legislativas. Ela deve considerar a capacidade de agregar informações, os custos de *enforcement*, o nível esperado de *compliance*, e a estrutura institucional já existente ou a ser criada. Do mesmo modo, deve ponderar os riscos envolvidos e, a depender da teoria básica que dê lastro à atuação estatal, questões distributivas e de justiça social. Por fim, tal definição depende, fundamentalmente, de circunstâncias políticas, institucionais e culturais específicas de cada localidade, como tem se defendido ao longo desta tese. É esse contexto que, ao fim e ao cabo, molda as circunstâncias acima descritas.

Embora não haja novidade em se perceber a existência de diferentes opções relativas à mecânica entre intervenção legislativo-regulatória e resultados, abordagens recentes têm voltado atenções, especialmente, para as novas possibilidades trazidas com o advento da internet e com o avanço do conhecimento da teoria comportamental.³⁶⁷ Sob a primeira linha, debatem-se os ganhos com a abertura de dados e informações; sob a

³⁶⁶ Para rol de alternativas, cf. cap. I. Para indicações e críticas em espécie cf. em especial, BALDWIN, LODGE & CAVE (2012, cap. VI). Também LODGE & WEGRICH (2012), que oferecem bom resumo de sua posição: “*In short, the attempts to perform as smart regulation through the intelligent combination of different alternatives to regulation needs to consider the inherent limitations of any of the approaches (such as side effects through adjusting behavior to regulatory strategy, and administrative costs to operate the specific regulatory regime), and it needs to consider the likelihood of special interest perverting the intentions of the initial regime.*” (2012, p. 119).

³⁶⁷ A despeito da tradicional preferência pelo comando e controle, as abordagens ditas alternativas já existem há tempos, embora com avanços desiguais. Isso não significa, claro, que foram ou que são utilizadas sistematicamente.

segunda, novos rumos para direcionamentos mais baratos e menos intrusivos. Dada a sua originalidade, cabe desenvolver o segundo ponto.

5.2. A nova abordagem comportamental: *nudges* e *codes* (*architecture choice*)

A abordagem comportamental é originária de estudos psicossociais e tem influenciado modelos econômicos. Também atingiu as demais ciências sociais e os debates sobre a construção de políticas públicas e de seus atos normativos. Seu recente, porém rápido, desenvolvimento, especialmente nos Estados Unidos e na Inglaterra, tem contribuído para a busca de políticas mais efetivas, de baixo custo, que preservem a autonomia de escolha dos cidadãos.³⁶⁸ Para tanto, coloca sob foco central o que se conhece sobre o comportamento humano, destacando o papel da informação empírica, e sugere novos pressupostos e ferramentas a serem considerados pelo decisor.

5.2.1. Base teórica

Em sua faceta mais visível, o chamado “*behavioral law and economics*” — em uma de suas inúmeras possíveis caracterizações³⁶⁹ — emerge dos trabalhos econômicos de Daniel Kahneman (2011), de Richard Thaler e, para o direito, é desenvolvida especialmente por Cass Sunstein (2011, 2013a; THALER & SUNSTEIN 2008). A nova linha, calcada em uma série de descobertas da psicologia e da teoria social, parte dos limites da racionalidade neoclássica do chamado *homo economicus* e se propõe a mostrar uma série de falhas, equívocos e vieses nos processos de escolha dos indivíduos.³⁷⁰

³⁶⁸ Nos EUA, em especial, a partir de 2008. No Reino Unido, fundamentalmente, a partir da criação do *Behavioral Impact Team*, em 2010. Para ausência de debates na Europa continental, cf. SIBONY & ALEMANNI (2015).

³⁶⁹ Para debate a respeito da nomenclatura para o eixo de pesquisa, avaliando propostas como “*law and psychology*”, “*behavioral analysis of law*”, “*behavioral economics*” ou “*law and emotions*”, cf. SIBONY & ALEMANNI (2015).

³⁷⁰ “*Economicus respond primarily to incentives. If the government taxes candy, they will buy less candy, but they are not influenced by such ‘irrelevant’ factors as the order in which options are displayed. Humans respond to incentives too, but they are also influenced by nudges. By properly deploying both incentives and nudges, we can improve our ability to improve people’s lives, and help solve many of society’s major problems. And we can do so while still insisting on everyone’s freedom to choose.*” (THALER & SUNSTEIN 2008, p. 8). Para outras críticas à racionalidade assumida pelas teorias econômicas tradicionais, cf. SUNSTEIN (2013a).

Os autores desenvolvem a tese de que a mente humana tem, em verdade, dois sistemas distintos de decisão.³⁷¹ O sistema 1, mais ágil e rápido, tem acionamento automático ou de pouco esforço; permite-nos decisões céleres e intuitivas, que não dependem da listagem de inúmeras alternativas e do sopesamento de custos e benefícios. Contudo, são elas às vezes irrefletidas ou baseadas em atalhos mentais enganosos. O sistema 2, mais lento e deliberativo, é acessado em raciocínios complexos, em que avaliações acerca do melhor ou do mais benéfico são exigidas. Não obstante, a relação entre ambos gera frequentes enganos, visto que o sistema 2 depende de crenças e impressões detectadas pelo seu par.³⁷²

Considerada essa interrelação, os autores apontam que realizamos opções seguidamente equivocadas — seja enquanto cidadãos, seja enquanto agentes públicos responsáveis por produzir políticas públicas. Por inúmeras vezes respondemos intuitivamente questões mais simples no lugar de questões complexas, baseamos nossa argumentação em associações lógico-causais duvidosas ou em lembranças ilusórias, ou ficamos cegos frente a obviedades (inclusive frente ao próprio fato de que não enxergamos o óbvio).³⁷³ Tais equívocos também decorrem, em especial, da influência do meio, das normas sociais e de nossas próprias emoções, que atuam sobre o funcionamento dos sistemas e sua conexão.

Estabelecido o ponto de partida, Thaler e Sunstein (2008) oferecem ao universo do direito e das políticas públicas uma linha teórica a que qualificam como "paternalismo libertário". Em que pese a aparente contradição, baseiam-se na idéia de que a liberdade de escolha do indivíduo deve ser preservada, mas que é legítimo ao Estado tentar influenciá-las. Consideram que os *insights* comportamentais interessam não apenas à compreensão da ação humana, mas fundamentalmente, sob o aspecto jurídico, à sua regulação.

³⁷¹ A percepção estaria presente nas teorias comportamentais há ao menos 30 anos. Cf. KAHNEMAN (2011, cap. I).

³⁷² “*In summary, most of what you (your System 2) think and do originates in your System 1, but System 2 takes over when things get difficult, and it normally has the last word. The division of labor between System 1 and System 2 is highly efficient: it minimizes effort and optimizes performance. The arrangement works well most of the time because System 1 is generally very good at what it does (...). System 1 has biases, however; systematic errors that it is prone to make in specified circumstances. (...) It sometimes answers easier questions than the one it was asked, and it has little understanding of logic and statistics. One further limitation of System 1 is that it cannot be turned off.*” (KAHNEMAN 2011, p. 28-29).

³⁷³ É famoso o experimento em que um enorme gorila passa em meio a um jogo de basquete e que o observador, estimulado a contar quantos passes são realizados pelos times, simplesmente não o vê.

Defendem, dessa maneira, uma intervenção regulatória leve, menos intrusiva e de baixo custo, mas que não abra mão de re-direcionar comportamentos considerados ruins ou indesejáveis. A atuação seria relevante, em especial, para proteger aqueles com menos condições ou conhecimento para avaliar corretamente determinadas opções de escolha.³⁷⁴ Seria possível conduzi-los a soluções melhores, evitando os equívocos decisórios recorrentes, ampliando as chances de respostas definidas como publicamente mais adequadas.

Os elementos das ciências comportamentais e o direito tocam-se, em verdade, em ao menos duas frentes. A primeira ocorre quando a influência de comportamentos se dá por atores não-governamentais — empregadores, vendedores, setor privado —, direcionando escolhas de consumidores e empregados. Esse tipo de ocorrência, extremamente comum, importa para o fenômeno jurídico. Já que dificilmente evitáveis, podem exigir efetiva regulação (uma contra-atuação, um *contra-nudge* ou um *anti-nudge*).³⁷⁵ Esse aspecto foge ao escopo da presente tese, embora não se deva olvidar que ele, por si só, justifica a atenção dos governos ao tema.

A segunda linha, intimamente relacionada com o ciclo de vida de elaboração normativa, é a proposta, defendida por Sunstein, de se aceitar o uso dos elementos comportamentais para a própria atuação pública. Ao assumir que tais influências são inerentes à convivência em sociedade, caberia ao poder público compreendê-las e empregá-las de modo a reduzir o nível de escolhas ruins e de induzir melhores resultados, desencadeando políticas públicas mais efetivas.

5.2.2. Descobertas e pressupostos

Em apertado resumo, seriam quatro as principais descobertas da economia comportamental com impacto direto nos modelos regulatórios. Todas possuem nuances e exceções, pois variam conforme o grau de informação ou de familiaridade da população

³⁷⁴ “People will need nudges for decisions that are difficult and rare, for which they do not get prompt feedback, and when they have trouble translating aspects of the situation into terms that they can easily understand.” (THALER & SUNSTEIN 2008, p. 72). Para debate sobre características e limites do paternalismo, cf. também SUNSTEIN (2013a).

³⁷⁵ Por vezes tais direcionamentos não se enquadram perfeitamente ao conceito de *nudge* proposto por Thaler e Sunstein, visto que recorrentemente não são de fácil afastamento. A alternativa, sob a ótica de Sibony e Alemanno (2015), seria uma adequada regulação.

em causa com a questão, ou conforme a relevância política do tema. Elas também podem se colocar em clara oposição em casos concretos, o que mostra não serem pertinentes a todas as situações. De maneira geral podem ser assim descritas:³⁷⁶

(i) *forte tendência à inércia e à procrastinação*. Isso acarretaria, dentre outras coisas, uma tendência do indivíduo a aceitar regras padrão (*default*) que lhe são colocadas e que não dependem de sua ação para produzir efeitos (por isso nos sujeitamos a regras de contratos de adesão, ou a regras sobre doação de órgãos, sejam elas quais forem). Também significaria uma predileção por benefícios de curto prazo, ainda que outras opções tragam maiores benefícios líquidos no longo prazo, acentuando a chamada “visão de miopia” (por isso corriqueiramente deixamos os exercícios físicos ou o plano de previdência para a próxima segunda-feira).

(ii) *alto grau de influência e sensibilidade à forma pela qual uma informação é apresentada*. Como citado no debate sobre componentes formais, e considerando a atenção como um ativo bastante escasso, informações vívidas e salientes gerariam mais efeitos do que informações não destacadas. Assim é que campanhas baseadas em elementos que se diferenciam, como figuras ou selos de performance (ao invés de textos corridos), trazem, com frequência, melhores resultados.

(iii) *baixa capacidade em compreender e lidar com probabilidades*. Indivíduos cometeriam frequentes equívocos em seus exames de probabilidade e risco, devido a uma série de influências sociais e emocionais. Eventos recentes mentalmente acessíveis, por exemplo, serviriam como atalhos analíticos, alterando por completo nossa avaliação probabilística.³⁷⁷ O envolvimento de emoções no julgamento também deslocaria nossa atenção para os resultados, deixando de lado as probabilidades. Existe ainda o chamado *efeito do acima da média*, em que indivíduos tenderiam a mostrar um otimismo irreal, subdimensionando riscos à saúde e utilizando o viés de confirmar expectativas positivas. Finalmente, ao aliarmos ao debate a chamada *aversão à perda* — a satisfação em se obter

³⁷⁶ Para inúmeros exemplos de pesquisas empíricas que justificam cada um dos tópicos, aqui não detalhadas dadas as limitações do trabalho, cf. KAHNEMAN (2011) e SUNSTEIN (2011, 2013a).

³⁷⁷ Segundo a teoria, é por isso que se crê haver mais risco de acidentes logo após o contato com ocorrências recentes.

certo ganho é menor do que o incômodo de uma perda equivalente —, apresentar as perdas de determinada decisão traria mais efeitos do que mostrar os respectivos ganhos.³⁷⁸

(iv) *o contexto social importa*. As chamadas "*cascatas informacionais*" produziriam efeitos de imitação, alterando a capacidade do indivíduo de tomar decisões melhores.³⁷⁹ Elementos reputacionais frente ao grupo também influenciariam fortemente as opções individuais. Assim é que o comportamento dos demais sobre alimentação ou uso de drogas seria capaz de influenciar nossa percepção sobre custos e riscos envolvidos.

Vale ressaltar que os autores não defendem tais observações como deterministas, ou que devam dominar as decisões relativas a políticas públicas. Todavia, propõem que as relacionar e embasar com fundamentos empíricos pode ser bastante útil a gestores e produtores legislativos. Uma série de ferramentas aplicáveis sob o ponto de vista legislativo-regulatório decorreriam dessa abordagem. Elas se relacionam tanto com a forma do texto normativo quanto com seleção da solução.³⁸⁰

5.2.3. Ferramentas comportamentais

As fronteiras da relação entre *insights* comportamentais e uso da legislação ainda não estão claras. Como adequá-los aos textos normativos, ou como avaliá-los sob o ponto de vista da legalidade, são novos campos para pesquisa. Ademais, parte das sugestões da ciência comportamental não depende de lei para sua implementação — ao menos, nem sempre —, o que não significa dizer estarem, *a priori*, legalmente autorizadas.

Seja como for, parece correta a ressalva feita por Sibony e Alemanno (2015). Quando há uma relação mais clara entre o pressuposto comportamental e o uso de ferramentas legislativas — caso da publicização de informações, das regras-padrão ou da saliência de informações nos textos normativos, por exemplo —, em regra não é necessário

³⁷⁸ Segundo os estudos, afirmar que em determinada aposta o indivíduo tem chance de perder R\$ 50,00 teria mais impacto do que afirmar que ele pode ganhar a mesma quantia. Teste realizado no Distrito de Columbia mostrou que taxar em US\$ 0,05 o uso de sacolas plásticas no supermercado teve muito mais efetividade do que bonificar com os mesmos US\$ 0,05 aqueles que não as utilizaram. Cf. SUNSTEIN (2013a, p. 89).

³⁷⁹ Cf. SUNSTEIN (2013a, p. 10-12).

³⁸⁰ "*The argument is instead that such an understanding can help to inform the design of regulatory programs.*" (SUNSTEIN 2013a, p. 18).

alterar a caixa de ferramentas legislativas já existente. Trata-se de incremento de componentes a serem considerados, e não de substituição por novos instrumentos.

Fechados os parênteses, vale adiantar que muitas das ferramentas, embora não todas, podem ser aglutinadas sob a figura do *nudge* ou do “empurrãozinho”.³⁸¹ Para Sunstein (2013a, p. 54), *nudges* são “*approaches that influence decisions while preserving freedom of choice*”. Ou, em conceito que já os relaciona com o desenho das escolhas, “*a nudge (...) is any aspect of the choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives*” (THALER & SUNSTEIN 2008, p. 6). Para qualificar-se como mero empurrãozinho sob a ótica do paternalismo libertário, a intervenção precisa ser leve e, fundamentalmente, fácil de ser voluntariamente desconsiderada.³⁸²

Podem ser considerados *nudges*, por exemplo, esforços de informação pública que tentem passar mensagens mais claras, simples e concretas. O aumento da saliência de determinada informação — seja no próprio texto normativo, seja em outro tipo de informação ao público, como indicadores gráficos de economia de energia, de consumo de combustíveis ou de qualidade nutricional de alimentos — seria boa alternativa regulatória, baseada na sensibilidade dos indivíduos ao modo de apresentação das regras. Lembretes aos indivíduos sobre determinada obrigação, que pressupõem a atenção como elemento escasso, também teriam efeitos bastante positivos.

Outra alternativa difundida é o uso de regras padrão como forma de induzir escolhas melhores. O foco está em automatizar as opções, desde que elas sejam facilmente reversíveis. A ferramenta tem lastro na tendência à inércia e à procrastinação. Também se assume que, para parte dos indivíduos, a adequação da decisão já foi avaliada por alguém ao se definirem as regras padrão e ao se estabelecer a referência decisória.

Inúmeros estudos empíricos trazidos por Sunstein (2013a, cap. V) afirmam que pequenos ajustes na regra *default* alterariam significativamente os resultados de ações públicas. Pense-se, por exemplo, na inversão da regra básica relativa a planos de

³⁸¹ Para crítica, SIBONY & ALEMANNI (2015).

³⁸² Como adiantado, *nudges* seriam diferentes de incentivos econômicos fundamentalmente por considerarem, em sua mecânica, o contexto social e o prévio regramento dessas normas. “(...) *apart from material incentives, two other things have independent importance. The first is the social environment; the second is the set of prevailing social norms.*” (SUNSTEIN 2013a, p. 96). Também THALER & SUNSTEIN (2008, p. 8). Para o que se caracteriza ou não se caracteriza como um *nudge* - como uma sanção penal ou um aumento substantivo de imposto etc, cf. SUNSTEIN (2013a, p. 54 e ss.).

previdência de funcionários: se a inscrição no plano de previdência privada passa a ser automática, aumenta muito o grau de adesão, ainda que o funcionário possa livremente, se quiser, falar não. O mesmo vale, em hipótese mais corriqueira, para matrículas em escolas: se a ocorrência automática passa a ser a da re-matrícula (os pais podem, se desejarem, cancelá-la), o número de eventuais ausências e os problemas daí decorrentes tende a cair consideravelmente. Vislumbra-se ainda a inversão da regra padrão do tamanho dos alimentos: a decisão automática pode ser a da quantidade menor (o consumidor, querendo, solicita seu aumento), contribuindo para a redução da obesidade. Finalmente, sob a ótica da política judiciária, é possível prever impactos com pequenos ajustes no direito processual e contratual.³⁸³

Sob o mesmo lastro empírico colocam-se os esforços de simplificação. Formulários mais simples, com respostas automáticas, com menor ambiguidade e direcionamento de questões conforme suas escolhas prévias, reduzem o tempo gasto: isso evitaria que a tendência à inércia influencie a escolha. Tal solução valeria tanto para formulários tributários (o imposto de renda de pessoas físicas, por exemplo) quanto para a solicitação ou renovação de licenças, autorizações ou concessões de benefícios.

Finalmente, como ficará explícito ao se discutirem os testes legislativos, a percepção de que as normas sociais importam também pode auxiliar a construção de políticas. Exemplos internacionais mostram que informar o percentual de vizinhos que já pagou seus impostos ou a média de gastos de determinada comunidade em setores regulados (por exemplo, água ou luz) impacta fortemente o pagamento por parte dos até então inadimplentes.

Em breve parênteses, note-se que a idéia dos empurroezinhos tem relação direta com a chamada arquitetura das escolhas (*architecture choice* ou para alguns, *code*). A arquitetura das escolhas refere-se, grosso modo, ao ambiente social no qual tomamos a decisão. O “arquiteto” é responsável por organizá-lo, direcionando, com frequência, a hierarquia entre as opções.³⁸⁴ Parte-se do pressuposto de que não há desenho neutro, e que

³⁸³ Como todas as demais ferramentas decorrentes dos elementos comportamentais, há nuances e ressalvas. No caso das regras *default*, tanto Sunstein (2013a) quanto Sibony e Alemanno (2015) mostram que elas não são interessantes em ao menos dois casos: (i) quando quero que todas as informações sejam de fato conhecidas; (ii) quando há grande diversidade de opções. Ademais, algumas escolhas ativas podem minorar os efeitos da inércia e promover diversidade.

³⁸⁴ Cf. THALER & SUNSTEIN (2008); SUNSTEIN (2013a, p. 18).

por isso ele precisa ser incorporado aos debates legislativo-regulatórios. O “arranjo arquitetônico” pode simplificar ou complicar a tomada de uma decisão, aproximando ou afastando o indivíduo de determinada alternativa. Seus exemplos vão desde a inclusão de catracas físicas até a disposição dos alimentos nas gôndolas, passando pela acessibilidade e pela simplicidade dos formulários e requerimentos *on line*.

Thaler e Sunstein (2008, cap. V) apontam ao menos seis princípios que devem ser considerados para uma boa arquitetura. Replicam, em alguma medida, o que já foi adiantado: é preciso (i) dar atenção às regras padrão, (ii) considerar que os indivíduos reais erram, (iii) facilitar o entendimento das alternativas em jogo, (iv) simplificar escolhas inicialmente complexas, (v) dar *feedback* e (vi) compreender os incentivos.

5.2.4. Críticas

A abordagem comportamental está em franca expansão. Para além dos recentes resultados obtidos no Reino Unido, que serão explorados abaixo, em 15 de setembro de 2015 o governo Obama emitiu nova *Executive Order* encorajando o uso de elementos comportamentais na produção e na experimentação de políticas governamentais, dando poderes ao *The Social and Behavioral Sciences Team* para assessorar os demais departamentos governamentais no tema.³⁸⁵ Seu primeiro relatório já aponta uma série de avanços na facilitação do acesso às políticas e na eficiência governamental.³⁸⁶ Não obstante, a abordagem não escapa de críticas. Elas surgem tanto sob o ponto de vista teórico quanto sob a ótica de suas limitações práticas.

De início são colocados os tradicionais argumentos referentes à legitimidade do objetivo público escolhido, aos limites dessa definição e ao risco de ações cada vez mais intrusivas, que instrumentalizem o ser humano e tolham sua liberdade. A idéia de “paternalismo libertário” é questionável, e a exata compreensão de que alternativas para influenciar comportamentos são voluntária e finalisticamente definidas por agentes estatais pode ser, de fato, preocupante.

³⁸⁵ Segundo a nova OE (até o final de novembro de 2015, ainda não numerada), no campo regulatório tais esforços devem ser expressamente aliados aos esforços de redução de custos administrativos (EO 13.610, de 10 de maio de 2012) e de incremento da qualidade regulatória já vigentes (EO 13.563, de 18 de janeiro de 2011). Cf. <<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/09/15/executive-order-using-behavioral-science-insights-better-serve-american>>. Acesso: 29.09.2015.

³⁸⁶ Cf. <<https://sbst.gov/assets/files/2015-annual-report.pdf>>. Acesso: 21.01.2016.

Muitos dos contra-argumentos já foram mobilizados no capítulo I, em que se mostrou haver certa confusão na crítica entre objetivos e instrumentos. O risco de instrumentalização das ferramentas regulatórias para objetivos indesejáveis, como visto, é inerente à atuação pública de toda espécie e coloca-se no debate sobre a ilicitude ou a ilegitimidade dos fins; não repousa exatamente sobre os meios.

Ademais, como defendem Thaler e Sunstein (2008), as melhores alternativas para a proteção dos cidadãos repousam na transparência das ações (deixar claro que existe uma opção pré-definida) e em seu controle. Finalmente, destacam não haver diferença substancial entre os riscos produzidos pelo público e pelo privado, que se utilizam de tais ferramentas há tempos e de forma corrente.³⁸⁷

Sunstein (2013a) também traz para o debate alguns importantes elementos a serem considerados: (i) se o uso de ferramentas comportamentais é corrente e inafastável, especialmente pelo setor privado, não faz sentido manter o Estado fora do jogo; (ii) as escolhas vistas como “livres” dos cidadãos não têm necessariamente produzido melhoras ou bem-estar, seja para o próprio cidadão, seja para a coletividade; (iii) o uso dos *nudges* tem como pressuposto necessário manter o poder de escolha do indivíduo, sendo facilmente reversíveis; (iv) *nudges* não necessariamente são mais intrusivos ou perigosos do que quaisquer outras alternativas legislativo-regulatórias (para o autor, em verdade, seriam *a priori* mais leves).³⁸⁸

Importa notar, também, que há críticas no sentido oposto. É que tais ferramentas poderiam ser mobilizadas de forma político-ideológica, auxiliando e legitimando discursos de diminuição da regulação estatal e de desregulação. Embora Sunstein seja explícito, inúmeras vezes, ao afirmar que a abordagem não significa e nem quer significar tal redução (2013a), e que o debate não se insere na dicotomia menos ou mais governo, sua

³⁸⁷ “*There are some who think that any decision made by a government official is likely to be incompetent and corrupt. Those who hold this view would want government-sponsored nudging to be kept to a bare minimum - that is, limited to cases in which some nudging is inevitable, such as choosing default options. But for those with less pessimistic views about government, who think politicians and bureaucrats are just Humans, not much likely to be stupid or dishonest than (say) business executives, lawyers, or economists, we can ask whether a situation contains special risks of self-dealing.*” (2008, p. 248).

³⁸⁸ Existem, em alguns desses argumentos, o pressuposto implícito de que os governos servem não apenas para garantir as esferas de liberdade dos indivíduos, mas também para incrementar seu bem-estar. Tal assunção também é, logicamente, passível de críticas. O autor discute o ponto, alegando que tais problemas são bastante reduzidos na prática, em 2013a, cap. IX. Também assume que o argumento da reversibilidade tem certo grau retórico, visto que, como o próprio autor defende, o sistema 1 pode acatar os *nudges* sem maiores questionamentos.

compreensão não inibe nem evita sua mobilização em prol de políticas reducionistas ou de críticas a ela relacionadas.

6. Aspectos Metodológicos em Sentido Estrito

Qualificam-se como aspectos metodológicos em sentido estrito aqueles relativos às ferramentas que auxiliam a produção de informações, a comparação entre alternativas e, ao final, a tomada de decisão. Trata-se de grupo bastante heterogêneo, marcado por discussões eminentemente técnicas relativas às possibilidades e limites de emprego de cada uma de suas espécies.

Em regra, a escolha da metodologia a ser utilizada não deve ocorrer *a priori* — o que não significa dizer, atente-se, que não se deva ter clareza das metodologias que estão disponíveis ou rigor em seus passos metodológicos, nem que não se deva buscar uma uniformização. Ademais, é claro que podem existir orientações prévias, como por exemplo a indução do uso do *standard cost model* - SCM como base de mensuração de fardos administrativos ao setor privado. Não obstante, geralmente são os dados disponíveis que levam à definição da melhor solução metodológica. Assim é que a análise custo-benefício tem maiores chances de uso e êxito para o caso de políticas de múltiplos resultados, e a análise de custo-efetividade coloca-se como alternativa *a priori* mais adequada caso se discuta uma variável única.

Como adiantado, a análise de impacto regulatório (RIA) é peça-chave da imensa maioria das políticas legislativo-regulatórias, e elemento agregador de seu discurso legitimador. Contudo, ela é comumente vista como gênero, e correntemente identificada às análises *ex ante*, no qual se enquadram diferentes espécies. Não se afirma inexistir um desenho padrão ou comum: em regra, o RIA segue um procedimento faseado, é composto por análises custo-benefício e apresenta resultados essencialmente econômicos. Contudo, a prática mostra que ele pode variar em amplitude, ter passos analíticos diversos, e sob sua alcunha utilizar diferentes ferramentas e metodologias — incluem-se avaliações de outro

porte (como de impacto distributivo), buscam-se resultados diversos como impactos sociais e ambientais.

Neste tópico será inicialmente apresentado o RIA, discutindo tais nuances. Depois, assumindo as limitações do recorte, discutem-se as principais ferramentas metodológicas que podem estar nele inseridas — em especial a análise custo-benefício. É claro que tais ferramentas podem ser utilizadas de forma autônoma, não vinculadas ao RIA. A apresentação neste momento visa, apenas, facilitar sua visualização.

6.1. A Análise de Impacto Regulatório - RIA

A análise de impacto regulatório tem sido o carro chefe das ferramentas de melhoria regulatória discutidas pela OCDE e adotadas por dezenas de países, especialmente ao longo dos últimos 25 anos.³⁸⁹ Em muitos casos, ambas se confundem. Não se vislumbra adequada a equiparação: há outros elementos pertinentes aos processos de elaboração normativa e de incremento regulatório que devem receber atenção em uma *meta-policy*, como os aspectos formais (*drafting*) ou o uso de experimentos legislativos. Contudo, é inegável que o exame de políticas legislativo-regulatórias exige a apresentação do RIA em posição destacada.

6.1.1. Conceito

Há inúmeros conceitos similares relativos à ferramenta. Em regra, estão presentes as características de instrumentalidade, de temporalidade — é vista enquanto processo —, de avaliação prospectiva e de mobilização de dados empíricos.

Utilizando elementos de acepções diversas, grosso modo é possível defini-la como o processo de análise sistemática dos possíveis efeitos desejados e indesejados de alternativas para determinada política, proposta legislativo-regulatória ou atuação estatal. Em regra, segue etapas ou possui elementos-chave como (i) definição do problema, (ii) consultas e oitivas, (iii) análise (econômica) de alternativas — tanto legislativas quanto não legislativas —, (iv) levantamento de custos e benefícios, com foco na detecção de

³⁸⁹ Para avanço das adoções, cf. <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ria.htm>>. Acesso: 13.11.2015.

resultados líquidos, e (v) indicação das opções tecnicamente mais apropriadas tendo em vista determinado critério definido *a priori*. Como apontam Alemanno e Meuwese:³⁹⁰

[R]IA can be usefully described as a structured template guiding pre-political decision making with the aim of enhancing the amount and quality of information available on the impacts of various policy options. The template includes fixed analytical steps including a problem definition, a section dedicated to the setting of objectives, the articulation of policy options, the actual assessment of impacts, a comparison of the options on the shortlist and a proposed arrangement for monitoring and evaluation. (2013, p. 76)

Ou nos termos da OCDE:

RIA is a regulatory tool that examines and measures the likely benefits, costs and effects of new or changed regulations. It provides decision-makers with valuable empirical data and a comprehensive framework in which they can assess their opinions and the consequences their decisions may have. (...) RIA is used to define problems and to ensure that government action is justified and appropriate. (2008a, p. 35).

Parte da literatura aborda o RIA de maneira unívoca e estática. Todavia, importa perceber que seus resultados são examinados frente a parâmetros pré-definidos, que não necessariamente são estanques ou padronizados.³⁹¹ Ao contrário: mesmo considerando apenas sua faceta econômico-racional, o fundamento de aferição da qualidade do que está em produção depende da decisão técnico-política que lhe dá base. Um RIA pode perseguir, em suma, diferentes objetivos.³⁹²

³⁹⁰ "IA can be defined as the process of systematic analysis of the likely impacts of a policy or intervention by public authorities." (WIENER & ALEMANNI 2010, p. 310). Ou ainda: "Impact assessment is the common term for ex ante analysis conducted in an early stage of policy and/or legislative processes, with a view to making a more informed decision about the content and the type of the intervention." (MEUWESE & SENDEN 2009, p. 139). Para outras propostas de desenho e faseamento, cf. ALEMANNI & MEUWESE (2013); DE FRANCESCO, RADAELLI & TROEGER (2012); KARPEN (2009); LAROCHE (2009); MADER (2001, 2006a, 2006b); MEUWESE (2008); RADAELLI (2005, 2007, 2009). Em português, cf. GAROUPA (2006); MORAIS (2009, 2010); OGUS (2006); PECI (2009); SAMPAIO (2010); VALENTE (2010). De se notar que o número e os componentes do procedimento faseado também varia. Valente (2010), por exemplo, apresenta um procedimento distinto daquele acima oferecido, com 11 fases.

Note-se que a conceituação aproxima o RIA dos debates sobre as avaliações legislativo-regulatórias *ex ante*. Trata-se certamente, de sua abordagem mais comum, em que pese alguns autores também coloquem sob o gênero RIA avaliações retrospectivas ou *ex post*.

³⁹¹ "RIA is a standard template for the analysis of regulatory proposals. It is a process of problem definition, consultation, definition of alternative feasible options, economic analysis of the options, and a final choice that meets some criteria established ex ante, (...)." (COLETTI & RADAELLI 2013, p. 1058).

³⁹² Tal multiplicidade de fins atinge a política legislativo-regulatória como um todo, e é explicitada essencialmente neste debate. Parte do debate realizado na comparação entre o modelo americano e o modelo europeu pode ser aqui replicado.

Propostas mais consentâneas com visões econômico-rationais estritas almejam que “os benefícios *superem* os custos”, na linha original da *Executive Order* 12.291, de 17 de fevereiro de 1981. Abordagens que compreendem os interesses por vezes contraditórios que cercam decisões governamentais defendem “benefícios que *justifiquem* os custos”, abrindo margem a argumentos de outras ordens. É o que prevê, por exemplo, a legislação norte-americana atual (*Executive Orders* 12.866, de 1993, e 13.563, de 2011). Em suma, é certo que nem todos os critérios são igualmente adequados sob o ponto de vista técnico-econômico. Apenas se alerta para a necessária compreensão de que o uso do RIA depende desta definição prévia.³⁹³

Note-se ainda que, em sua acepção habitual, o RIA relaciona-se fortemente com avaliações de eficiência técnico-alocativa. Não obstante, em sua utilização recente outros elementos têm sido agregados. Os RIAs integrais, como os aplicados pela UE ao menos desde 2005, avaliam tanto impactos econômicos quanto os sociais e ambientais. Há ainda quem agregue ao RIA passos adicionais, que partem da avaliação custo-benefício e perpassam elementos de equidade e justiça social. Como apontam Van Gestel e Menting (2011), os RIAs contemporâneos não se resumem a exames de custos: ao contrário, eles congregam boa parte dos elementos relativos à idéia de regulação baseada em evidências com estimativas de efeitos futuros.

6.1.2. Objetivos: as diferentes funções de um RIA

Conceituar um RIA importa sob o ponto de vista acadêmico, mas em verdade diz pouco sobre seus efeitos práticos. É preciso saber o que ele é, mas também *por quê, para quê, como e para quem* ele é feito.

Viu-se que um RIA pode perseguir diferentes finalidades. É usual a idéia de que as análises servem para qualificar as propostas legislativo-regulatórias e, por conseqüência, as políticas públicas que institucionalizam. Todavia, ao lado ou em conjunto com o (i) ideal racionalista de qualificação da construção da intervenção pública existem outras funções

³⁹³ Muitos autores contestam o uso não estritamente econômico da ferramenta, defendendo que a infecção indevida da metodologia leva à perda de seu principal benefício, qual seja, a objetividade de resultados. Cf., por exemplo, BALDWIN, LODGE & CAVE (2012); GAROUPA (2006). Isso não significa, porém, defender a ausência de outros elementos para a avaliação da decisão final.

que podem ser apresentadas ou perseguidas. Elas relacionam-se ao incremento da organização, do controle, da transparência e da responsabilização do decisores.

Dessa forma é possível listar, como funções ou objetivos adicionais: (ii) o controle técnico-político da burocracia, tanto por atores externos quanto pelo próprio governo central; (iii) a organização e a procedimentalização da administração pública; (iv) a proteção do processo decisório frente a grupos de pressão ou *lobbies* ilegítimos; e (v) o uso como ferramenta de informação e assunção de maior legitimidade à atuação.

O caso norte-americano é exemplar ao apresentar o RIA (enquanto gênero de avaliação *ex ante*) como uma ferramenta de controle burocrático. Como exposto, a ferramenta nasce e é recebida como auxiliar do Parlamento e da própria sociedade civil na fiscalização da atuação das agências frente aos limites da delegação de competências que lhes foi legalmente atribuída. Depois, sob a ótica do governo central, a autoridade da OIRA deixa claro que o instrumento serve, também, para o controle interno do governo.³⁹⁴ No debate europeu, também se compreendeu o potencial do RIA enquanto elemento de controle das atividades burocráticas (MEUWESE 2008, p. 109 e ss.).

Por outro lado, estudos mais recentes sugerem que o RIA também se presta à organização e e à redefinição de fluxos político-decisórios, auxiliando o aprendizado administrativo-institucional. Oferecem maior consistência às decisões, ao servir de espécie de guia procedimental e ao definir procedimentos e bases de trabalho. Também serve, em certa medida, para a redução de assimetrias. Sob a ótica norte-americana, Sunstein (2013a) atribui ao RIA um papel organizativo e de agregador de informações. Sob a ótica da UE, como mostram Radaelli e Meuwese, a ferramenta serviu à estruturação de caminhos

³⁹⁴ Tal chave interpretativa tem sido bastante discutida nos últimos mandatos presidenciais. Cf., exemplificativamente, CARRIGAN & COGLIANESE (2011); COGLIANESE (2009).

decisórios, principalmente dentro da Comissão Europeia.³⁹⁵ É nesse sentido que Meuwese enxerga o RIA mais como um regime do que, propriamente, como uma ferramenta.³⁹⁶

É possível conceber o RIA, ainda, com uma função essencialmente protetiva. A estruturação do ciclo de vida da elaboração legislativo-regulatória e a aposta na decisão baseada em evidências, no mais das vezes com o uso de documentos públicos transparentes, podem blindar a tomada de decisão sem abrir mão da participação. Em certa medida protegem o decisor de intervenções não-convencionais ou não-publicamente passíveis de serem expostas.

Finalmente, em elemento que foge ao tema da presente tese, mas que precisa ser citado, os mecanismos participativos que acompanham um RIA e as formas de publicização de seus resultados também podem servir como instrumentos de incremento de *accountability*, responsabilização e legitimidade. A construção coletiva de alternativas, a utilização efetiva de evidências trazidas de fora do setor público e o grau de confiança gerado pela divulgação do roteiro e das motivações decisórias ampliam a legitimidade das deliberações.

6.1.3. Modelos e visões: os diferentes papéis de um RIA

³⁹⁵ Enquanto instrumento central do maquinário da relação entre co-legisladores, a ferramenta também teria produzido efeitos constitutivos no balanço de poder europeu. Radaelli e Meuwese mostram que, por trás da melhoria do processo de produção de normas, as políticas legislativo-regulatórias da UE almejavam o controle sobre a burocracia da Comissão Europeia, em desenho inspirado no modelo norte-americano. No entanto, a Comissão teria se utilizado do instrumento para moldar a política — seja internamente, com a Secretaria-Geral controlando as diretorias, seja externamente, em sua relação legislativa com o Parlamento. *"In a sense, there has been a virtuous connection between IA as instrument to improve governance processes and as instrument for administrative reform. The external, government-led pressure for more transparency, evidence and accountability in the formulation of EU proposals has encountered the internal organizational dimension of administrative reforms within the Commission. Thus IA is not just a control mechanism imposed from the political environment on the Commission. It also connects, albeit indirectly, with the recent wave of management reforms and new public management ideas within the Commission and beyond."* (2010, p. 146). Ou ainda: *"Looking at both the politics of designing IA and its institutionalization within the Commission, the main conclusion about power relations is that administrative coordination has increased, with more capacity for the General Secretary to coordinate and perhaps steer policy agendas, and an organizational outcome that we have labelled un-intended learning. Interestingly, administrative-organizational change has been achieved by an instrumentation that was not deliberately designed as public management reform or administrative innovation."* (2010, p. 149).

³⁹⁶ *"Yet the reason why EU IA can be characterised as a 'regime' rather than just as a 'procedure' is twofold: a) the fact that IA is used by the European Commission as a policy coordination tool and b) the fact that a common set of standards for EU IA is evolving for all the legislative Institutions, albeit mainly of a procedural nature."* (MEUWESE & SENDEN 2009, p. 143). Cf. também ALEMANN & MEUWESE (2013); RADAELLI (2009a, 2009c, 2010); RADAELLI & MEUWESE (2009). Ainda, para impacto no funcionamento administrativo do *rulemaking* europeu, cf. ALEMANN & MEUWESE (2013).

Assume-se, pois, que diferentes objetivos e finalidades podem ser perseguidos. Mas ainda importa notar que o instrumento os pode perseguir sob os mais diversos formatos, inserido em diferentes desenhos. E isso ocorre mesmo que se assuma apenas o tradicional objetivo de qualificação regulatória sob a ótica estritamente econômica.

Ogus (2006) apresenta, por exemplo, uma escala de três tipos de utilização para o RIA. Ele pode ser (i) o elemento central, servindo como principal guia para elaboração de políticas; também pode ser (ii) alargado e refinado por outros elementos críticos, assimilando algumas dimensões políticas; finalmente, pode apenas (iii) mobilizar informações decorrentes da análise técnico-econômica, reconhecendo que há outras ponderações em jogo.

Já ao analisar a relação entre o RIA e a decisão legislativa na UE, Meuwese (2008) vai mais fundo. Propõe cinco modelos diversos, destacando pontos positivos e negativos:

(i) *speaking truth to power* - a ferramenta é fortemente baseada no ideal sinóptico-racional: avaliam-se benefícios líquidos, comparam-se alternativas e aponta-se a melhor opção possível. No modelo, a avaliação técnica substitui a decisão política, sendo este seu principal ativo e, também, seu maior risco. Pressupõe, implicitamente, o critério técnico-econômico como critério decisório.

(ii) *reason-giving for legislative decisions* - a ferramenta não define, mas gera informações aos políticos decisores. Modelo mais adaptado às contingências governamentais, mas criticado por supostamente agregar pouco às atuais atividades de justificação prévia da decisão. Também pode ser usado de forma simbólica, apenas para legitimar decisões políticas pré-concebidas.

(iii) *providing a forum for stakeholder input* - a ferramenta dá abertura à participação pública na construção dos estudos, o que, em tese, é bastante positivo. Todavia, o modelo poderia servir para canalizar preferências políticas, garantir ainda mais poder a *lobbies* com mais acesso a recursos e contrariar, em certa medida, o ideal de objetividade e de uso de evidências.³⁹⁷

³⁹⁷ A própria ampliação da participação pode ser vista como elemento de coleta de evidências, desde que filtradas com vistas a diminuir a canalização política.

(iv) *highlighting trade-offs* - a ferramenta exerce uma versão mais leve frente ao modelo de “falar a verdade ao poder”, desconfiando das análises custo-benefício como fim último; o decisor, em última análise, pode contrariar os resultados do estudo, responsabilizando-se por tal. De um lado, o modelo pode diminuir o potencial do instrumento, que almeja objetivar escolhas e garantir decisões qualificadas; de outro, nada obsta que se requeiram justificativas por parte dos decisores que optem por contrariar suas indicações.³⁹⁸

(v) *structuring the discourse* - a ferramenta serve para estruturar a discussão preparatória, trazendo à tona a qualidade do argumento. De um lado, o modelo ajuda a procedimentalizar o governo; de outro, novamente perde algo da alegada objetividade, dando pouco peso ao conteúdo dos estudos.

Vê-se, então, que diferentes objetivos de um RIA podem ser instrumentalizados de acordo com os mais diversos modelos ou formatos. Não obstante, isso ainda não é tudo. Também é preciso compreender que a avaliação da qualidade de sua execução se altera conforme o observador.

Por óbvio que as posições relativas dos envolvidos variam muito conforme a teoria regulatória adotada (capítulo I). No entanto, sob generalizações, é possível sugerir algumas visões típicas diferentes sobre o mesmo fato. Para um burocrata padrão (ainda não forjado pelos ideais do Estado gerencial), um bom RIA seria aquele que tenha seguido todos os seus procedimentos e regras adequadamente; já para o ator privado, um bom RIA seria aquele que tenha emplacado a alternativa que mais reduza custos de execução para terceiros. Um político veria positivamente os resultados de um RIA que diminuíssem custos políticos, legitimassem a escolha e dessem boas respostas aos interessados; o especialista tecnocrático, finalmente, veria como adequado o estudo atingiu o melhor grau de eficiência.

Portanto, ainda que normalizados objetivos, funções e modelos, invariavelmente haverá visões distintas sobre sua execução e seus resultados. Depende-se, claro, do ponto

³⁹⁸ Segundo a autora, ao menos até 2008 parecia ser este o modelo que mais se aproximava da visão que a Comissão Européia tinha de seus estudos, embora com importantes ressalvas. (2008, p. 97). Em sua conclusão, projeta que os modelos ii) e iii) são pouco críveis para o futuro, e detecta fortes dificuldades institucionais para o modelo i).

de vista do observador.³⁹⁹ A ressalva importa porque chama a atenção, fundamentalmente, para eventuais comportamentos diferentes frente à mesma ocorrência na aplicação da *meta policy*. Tais leituras destoantes precisam ser consideradas em possíveis tentativas de implementação.

6.1.4. Compreendendo o RIA em sua complexidade e amplitude

Em resumo, é preciso ter clareza de todas as nuances que cercam sua implementação e execução. Antes de se falar em implantação de um efetivo RIA ou de avaliações *ex ante* que lhe façam às vezes, faz-se fundamental entender *porquês, para quês e como*. Há vários objetivos e funções que podem ser almejados, de forma autônoma ou conjunta. Também é preciso ter clareza sobre qual o formato que se pretende a adoção sistemática. Finalmente, importa ter em mente que há lentes diferentes pelas quais o instrumento é observado e examinado.

É certo que as diversas finalidades que podem embasar a ferramenta servem de alento às críticas que o RIA recebe em seu desenho mais tradicionalmente explorado, enquanto instrumento (supostamente objetivo) de qualificação informativo-decisória. Se a ferramenta pode ajudar a estruturar fluxos governamentais, a controlar burocracias e a ampliar a legitimidade decisória de maneira mais transparente, há outros ganhos que merecem ser computados, ainda que seus resultados técnicos não sejam extremamente positivos.

Todavia, em alguns aspectos tais funções podem ser conflitantes e, por isso, precisam ser compreendidas e idealmente definidas de antemão. Como visto, para alguns autores o processo decisório deveria ser informado — e não determinado — pelas informações disponíveis, restando à política a última palavra. Para outros, em linhas mais objetivas e tecnocráticas, uma avaliação política subsequente desnaturaria completamente a ferramenta.

Percebe-se que há, como pano de fundo real do debate, um evidente conflito entre política e tecnocracia, ou entre racionalidade econômico-formal e racionalidade política (BOHNE 2009). Está em causa, ao final do dia, o grau de autonomia da avaliação

³⁹⁹ Cf. HAHN & TETLOCK (2008); LAROCHE (2009); RADAELLI (2005).

supostamente técnica, bem como a instrumentalização de seu ferramental cotidiano. Não obstante, defende-se aqui que, ainda que se tenha como horizonte o desenho mais técnico, ter consciência do papel político que o instrumento pode exercer é fundamental. Quer-se deixar claro que o aspecto político é parte inerente de sua existência: pode auxiliar sua implementação, assim como atravancar seu avanço.

O RIA participa do jogo político de variadas formas. Sua função de contenção e equilíbrio já foi repisada: controla-se a atuação dentro dos limites da delegação legislativa, de um lado; controla-se a atividade da burocracia especializada por parte do governo central, de outro. Um RIA pode ser utilizado, também, no embate entre propostas politicamente conflitantes, de modo a embasar tecnicamente as alternativas em causa.

Não obstante, é possível que ocorram instrumentalizações político-partidárias de seu uso. Ele pode ser mobilizado, por hipótese, para evitar o trâmite ou a aprovação de determinada sugestão legislativa. Grupos divergentes podem se valer de ataques não ao conteúdo, mas sim à metodologia ou ao procedimento dos estudos que embasaram as propostas, atravancando o andamento da sugestão legislativa.⁴⁰⁰ Há, finalmente, o risco de uma guerra de dados produzidos por diferentes fontes, que também politiza em demasia a ferramenta.

Em suma, a complexa relação entre política e avaliação *ex ante* é central ao debate. De um lado, elementos políticos atribuem finalidade, compõem alguns objetivos e condicionam o uso da ferramenta. No vetor oposto, os resultados dos RIAs agregam novos elementos ao debate político, que podem servir a diferentes intuítos. É preciso, pois, compreender o cenário, adequando metas e funções com base nas limitações de contexto.

⁴⁰⁰ Meuwese (2008) aponta, com veemência, o predomínio das questões procedimentais em detrimento do conteúdo no debate europeu.

Também é importante estar alerta para usos desviantes que podem, no limite, desacreditar seu uso por completo.⁴⁰¹

6.1.5. Dificuldades gerais

Para além de desafios decorrentes dos embates entre visões tecnocráticas e políticas, que atingem diretamente objetivos, modelos e percepções sobre o RIA, a ferramenta também enfrenta obstáculos relativos à sua execução e à sua efetividade. Por decisão metodológica, os problemas da prática avaliativa serão discutidos ao longo da exposição das modalidades — especialmente durante o debate sobre a análise custo-benefício, sua opção de maior uso.

Aliás, em breve parênteses, note-se que a confusão entre o RIA e a análise custo-benefício é bastante comum. Embora recorrente, ela é criticada pela literatura especializada: outras metodologias que não o CBA podem ser usadas na análise, desde que ela seja aceita como gênero avaliativo, nos moldes do que aqui se propugna.⁴⁰² Depois, ainda que se assuma o domínio do CBA na prática avaliativa governamental, ele não esgota os estágios dos exames de impacto; pode ser, apenas e tão somente, uma de suas fases. Como mostra, dentre outros, Garoupa (2006), é bastante comum que existam análises econômicas complementares que se ocupem, por exemplo, de aspectos distributivos, de equidade ou de justiça social.⁴⁰³

⁴⁰¹ *"Programme evaluation and its cousin ex ante evaluation of legislation are "inherently and unavoidably political". Even if the ex ante evaluation is conducted in a non-partisan manner, its results may be used to support or prevent certain legislative actions. Consequently, already the conduct of the evaluation study can be drawn into the political process by relevant actors who provide no, false, misleading or incomplete information. Furthermore, the public authority which commissions an ex ante evaluation study has certain ideas and expectations about the need for specific legislative actions and their practicability, and will convey them to the evaluator. If he ignores them, the study is likely to be discarded as irrelevant. If he accepts them, he has become part of the political process. Finally, evaluation studies are often used as a political instrument to justify preconceived legislative actions. This complaint has frequently been made of RIAs on the European level. These political characteristics of ex ante evaluation of legislation must not be dismissed as accidental shortcomings of poor evaluation research. They are "inherent and unavoidable" and reflect conflicts between formal and political rationality"* (BOHNE 2009, p. 65).

⁴⁰² Como em uma correia de transmissão ideológica, existe recorrente identificação entre política legislativa e RIA e, por sua vez, entre RIA e CBA. Nesse sentido Garoupa, que afirma: *"não confundo análise econômica da legislação e análise custo-benefício como de forma abusiva e tecnicamente errada se faz muitas vezes"* (2006, p. 85). A crítica também é feita por outros autores como, por exemplo, OGUS (2006).

⁴⁰³ Está-se diante de um problema eminentemente terminológico. Mesmo entre os que defendem a realização de avaliações de efeitos distributivos, há divergências quanto ao seu enquadramento. Para muitos, elas fazem parte do RIA, aceito de maneira mais ampla; para outros (OGUS 2006), elas devem ser complementares e vir depois do RIA, aceito de maneira mais restrita.

Não obstante, algumas críticas ao uso do RIA são transversais e independem da modalidade escolhida. A primeira, claro, diz respeito a custos. A elaboração de análises de impacto não é exatamente barata, embora fique cada vez mais acessível e, a depender de seus resultados, justifique-se plenamente. Há custos diretos e indiretos que envolvem material humano qualificado, gastos administrativos, desenvolvimento e aquisição de ferramentas para levantamento e tratamento de dados, bem como tratamento de informações oriundas de consultas. Por certo que, quanto mais completa, mais custosa a análise.⁴⁰⁴

A percepção de que RIAs não são triviais nem baratos justifica algumas alternativas. A primeira delas é a criação de escalas de complexidade de estudos com base no impacto projetado da medida. Assim, criam-se diferentes tipos de RIAs (a dizer, tipos 1, 2 e 3), com densidade e custos crescentes, conforme a profundidade de estudo exigida. Ademais, também são bastante recorrentes cortes mínimos para o uso da ferramenta, com base em diferentes critérios pré-definidos como impactos financeiros iniciais, número de pessoas afetadas ou repercussão geral da intervenção.⁴⁰⁵

Note-se ainda, como apontam De Francesco e seus co-autores (2012), que o volume de recursos envolvidos nos estudos varia muito entre os adotantes. Diferenciam-se conforme o tempo de adoção da ferramenta (quanto mais consolidada, mais pressão por recursos orçamentários) e conforme a situação econômica momentânea. Também variam de acordo com elementos como o grau de centralização do arranjo institucional.

Em segundo lugar, há problemas relativos ao momento de seu emprego. A crítica mais usual refere-se ao ingresso tardio no ciclo de vida da política, quando uma série de definições já foram realizadas sem o devido controle de qualidade.⁴⁰⁶ Há reiterados requerimentos para que o instrumento integre, desde logo, o processo de formulação de

⁴⁰⁴ Em 2009, Karpen (2009) estimava custos médios de €30.000,00 para exames simples, e de até €300.000,00 para desenhos mais complexos. Para custos, cf. DE FRANCESCO, RADAELLI & TROEGER (2012); KARPEN (2009); LODGE & WEGRICH (2012); MADER (2001).

⁴⁰⁵ Inserem-se aqui os cortes baseados no impacto econômico estimado da medida prevista na legislação norte-americana (ao menos US\$ 100 milhões por ano), já adiantada, bem como os diferentes cortes de complexidade na elaboração de RIAs adotados no Brasil, por exemplo, pela ANVISA. Em sua proposta de aplicação do RIA à produção legislativa brasileira, Sampaio (2010) fala em “decisões de repercussão geral”, pregando a existência de um certo grau de flexibilidade de enquadramento.

⁴⁰⁶ Subjaz aqui o problema do descasamento entre gestores públicos e atores jurídicos, que em regra entram apenas ao final do processo, adiantado no capítulo II. Muitos autores salientam o ponto do ingresso tardio e propugnam a utilização do RIA tão logo seja possível. No Brasil, cf. por exemplo SAMPAIO (2010); VALENTE (2010). A última autora traz, inclusive, raro rol de críticas à ferramenta encontrado na literatura brasileira.

objetivos e opções: “*ex ante evaluations [RIA] should start early in the decision-making process, when all relevant policy options are still open*” (VERSCHUUREN & Van GESTEL 2009, p. 271).

Todavia, apesar da voz uníssona da literatura especializada, a questão não parece tão simples. É verdade que o início das avaliações tem maiores chances de sucesso se ocorrerem o mais cedo possível no ciclo de vida normativo; não obstante, as análises dependem da construção de boas alternativas, que surgem e se desenvolvem ao longo do processo, com base em debates e em novas informações. Uma retroalimentação frequente, com a readequação dos estudos, pode se contrapor às exigências políticas de respostas rápidas aos problemas postos. Levar o argumento ao extremo significaria devolver a minuta a novos exames a cada ajuste significativo, com todos os custos financeiros e temporais aqui envolvidos.

Além disso, há enormes dúvidas a respeito de quem deve empreender a tarefa. Como visto, nos EUA são as agências executivas que produzem as avaliações preliminares, revisadas, posteriormente, pelo órgão de supervisão OIRA. Na UE, a tarefa cabe à própria Comissão Europeia (em verdade, às suas diretorias), em trabalho posteriormente escrutinado pelo RSB. A própria previsão de controles duplos gera debates a respeito da amplitude revisional — se meramente metodológica, ou se também de mérito.

Há, em verdade, uma profunda divergência a respeito da melhor alocação da prática avaliativa dentro da máquina pública e, no limite, de seu melhor arranjo institucional. Lodge e Wegrich (2012, p. 215) sugerem ao menos cinco modelos distintos de institucionalização, com variedades entre centralização e afastamento, com pontos positivos e negativos para cada arranjo. No Brasil, o debate sobre centralização ou descentralização, aliado ao da necessidade de um órgão de supervisão, é corrente.⁴⁰⁷

É importante observar a procedência dos estudos, a forma com que tais tarefas são recebidas e produzidas pela burocracia tradicional, bem como seus procedimentos efetivos. Opções mais próximas ao decisor, que apostam em unidades centrais com forte apoio político e mecanismos institucionais de revisão, acarretam alguma perda de conhecimento técnico e de aprendizagem institucional. Há baixo incentivo à disseminação das ferramentas e à coordenação positiva. Também se colocam, aqui, dificuldades de

⁴⁰⁷ O tema será retomado no próximo capítulo.

assimetrias informacionais inerentes a desenhos complexos, como o da grande maioria dos arranjos da administração pública.⁴⁰⁸ Finalmente, sob o ponto de vista da cultura burocrática, um núcleo empoderado a rever as decisões técnicas setoriais encontra, com frequência, resistências internas.⁴⁰⁹

Na outra ponta, que defende a produção descentralizada, é sabido que treinamentos horizontais em larga escala, de forma a capacitar todos os atores, enfrenta limites evidentes. Para além de importantes custos financeiros e temporais, Radaelli (2009b) mostra que as escolhas relativas a programas de treinamento em RIA não são fáceis. Soluções emuladas ou pré-definidas não produzem, em regra, os efeitos esperados. É preciso compreender adequadamente as subculturas burocráticas, detectar quem de fato deve ser treinado — *drafters* ou gestores —, assim como o melhor modelo a ser adotado — se *top-down* ou *bottom up*. Ainda, é necessário atentar-se para os desenhos procedimentais, de modo a fazer com que unidades isoladas passem a trabalhar de forma integrada.

Existem ainda, como visto ao se tratar dos ROBs, os que apontam para a necessidade do uso de avaliadores independentes. Eles podem ser utilizados de forma originária (produzindo estudos) ou como espécie de instância revisora. Desenhos institucionais duplos ou triplos, em que há unidades especiais de avaliação do emprego da metodologia, são hoje bastante utilizados — vide UE (RSB), Holanda (ACTAL) e Alemanha (*Normenkontrollrat*).⁴¹⁰ Seja como for, ainda há muita divergência frente aos resultados relativos aos desenhos institucionais (DE FRANCESCO, RADAELLI & TROEGER 2012).

Em outro tópico que tangencia as dificuldades, inúmeros questionamentos surgem em situações de co-responsabilidade legislativa. É que, em que pese sejam absolutamente compreensíveis sob a ótica político-democrática e do desenho constitucional de poderes, as emendas parlamentares podem desnaturar completamente o balanço de custos e benefício

⁴⁰⁸ Em parênteses, note-se que, para Bohne (2009), avaliações *ex ante* não servem para lidar com assimetrias de informação, mas apenas e tão somente com déficits informacionais.

⁴⁰⁹ Radaelli (2009) mostra, entretanto, que há desenhos práticos mais cooperativos e menos adversariais. Segundo o autor, seriam exemplos o caso holandês e o caso dinamarquês.

⁴¹⁰ Segundo a literatura, as unidades de avaliação ou de revisão podem ser tanto unidades institucionais especificamente desenhadas para tal quanto universidades ou centros de pesquisa. Cf. GAROUPA (2009); KARPEN (2009); LODGE & WEGRICH (2012); Van GESTEL (2011); WIENER & ALEMANN (2010). Para dezenas de exemplos de ROBS, cf. OCDE (2008a). Qualificam-se como desenhos duplos ou triplos os arranjos que congregam, à sua maneira, (i) unidade setorial, (ii) ente independente e (iii) decisor final.

do estudo original. Por isso que, como visto, algumas *meta policies* requerem avaliações adicionais no caso de alterações substantivas. Contudo, a “solução” não é, na prática, observada.

Na UE, por exemplo, a partir das diretrizes para o RIA e de seu consequente acordo institucional de 2002/2003, estabeleceu-se que emendas substanciais às propostas da Comissão Europeia promovidas pelo Parlamento Europeu ou pelo Conselho Europeu seriam precedidas de estudos e análises de impacto. Com descrito, o tema voltou a carga no novel reforço à política do *Better Regulation* de 2015. Todavia, ao menos até recentemente, o impacto temporal dessa adoção e a falta de consenso sobre um plano de trabalho comum resultou, na prática, na incoerência das avaliações (MEUWESE 2008, p. 119-150).⁴¹¹

Finalmente, existe uma questão importante que envolve o momento e o grau de publicidade dos estudos. Embora o RIA seja fortemente alardeado e aplaudido enquanto mecanismo que congrega a manifestação dos interessados, fomentando a participação na produção legislativo-regulatória, em vários países foram detectadas falhas e limites de publicidade. Os estudos simplesmente não eram disponibilizados ao público, ou o eram de maneira parcial (apenas as avaliações que opinaram pelo prosseguimento). Em muitos casos, a abertura ocorria apenas depois da decisão tomada, inviabilizando seu escrutínio durante o processo de elaboração.

Na UE, todos os estudos preliminares e os pareceres do RSB são atualmente publicados. Mas por muito tempo, embora públicos, eram difíceis de serem encontrados (MEUWESE 2008). Ademais, até pouco tempo atrás inúmeros países-membros não publicizavam seus estudos em completude. De Francesco e seu co-autores (2012)

⁴¹¹ “Even after successive documents aimed at inter-institutionalization, IA cannot be qualified as a shared substantive or procedural standard common to the three co-legislators. So far it seems that the Institutions have not managed to find common ground in the fact that they are all trapped in a situation they feel very ambivalently about”. (2008, p. 148).

detectaram que apenas três, de um total de 26 países, publicizavam as informações de forma integral, com dados recebidos e consultas realizadas.⁴¹²

É fato que a tarefa de publicização de informações depende, primordialmente, da estabilidade, da competência e da força político-administrativa dos responsáveis pelos estudos.⁴¹³ Avaliações que colocam em causa a atuação do governo demandam forte lastro político para serem disponibilizadas. Mas a questão também gira em torno da possível instrumentalização política dos estudos, de seu uso enviesados por atores interessados, e do deslocamento intencional do debate para aspectos procedimentais.

Em suma, vale sedimentar a idéia de que a implementação de análises de impacto *ex ante* carrega em si, de forma quase que necessária, problemas que lhe são inerentes. Eles variam conforme o contexto local, mas estarão irremediavelmente presentes. Propostas de implantação terão que lidar, pelo menos, com (i) questões de custo, (ii) momento de emprego, (iii) atores envolvidos, (iv) desenho institucional e (v) publicidade de resultados.

6.2. Análise Custo-Benefício

Passe-se, pois, às metodologias do RIA em espécie. Como dito, a ferramenta metodológica por excelência das análises de impacto regulatório é a análise custo-benefício. Em conceito básico, estritamente voltado aos fins da presente tese, que não abarca todas as nuances ou especificidades, trata-se de metodologia que busca apresentar, para cada alternativa legislativo-regulatória, a diferença entre custos e benefícios

⁴¹² "The final step consists in publishing the impact assessments widely. This increases transparency. This stage may not incur large economic costs – depending on outlet and numbers of the publication. But clearly it has a political cost, since all affected interests (not just the pressure groups that support the principal) can use the analysis contained in the RIA to challenge the rationale of the regulation. Full publication of the RIA results and the underlying analysis (including data, models used, etc.) gives diffuse interests a hook to mobilize their own elected policy-makers. For the principal, the cost lies in the overall uncertainty in terms of who will get what out of full publication. We found that only Finland, Ireland and the UK provide full information" (2012, p. 496). O tema será retomado no capítulo seguinte.

⁴¹³ DE FRANCESCO, RADAELLI & TROEGER (2012).

projetados, geralmente expressa de forma monetária, ordenando opções de acordo com o maior benefício líquido vislumbrado.⁴¹⁴

Suas fases replicam, em boa parte, o que foi apresentado como inerente ao RIA. Parte-se (i) da definição da métrica de mensuração (em regra, valores monetários); (ii) mobiliza-se toda a informação disponível quanto aos impactos potenciais, positivos e negativos; (iii) calculam-se os benefícios líquidos para cada alternativa, sob a ótica de Kaldor-Hicks; finalmente, (iv) ordenam-se as soluções. Ao contrário de avaliações como a de custo-efetividade, em que um parâmetro está, por definição, pré-determinado (por exemplo, um objetivo concreto), o CBA é recomendável no caso de diferentes intervenções possíveis, com custos e benefícios variáveis (DHALIVAL *et alli* 2012).

Nos EUA, seu uso sistemático tem origem no final dos anos 70 e início dos anos 80, especialmente a partir da emissão da citada *Executive Order* 12.291, de 1981.⁴¹⁵ A metodologia espalhou-se rapidamente, servindo de base para uma série de políticas legislativo-regulatórias. Todavia, apesar do uso cada vez mais intensivo, ela enfrenta dificuldades teóricas e muitas dúvidas relativas à sua implementação e efetividade.

Sob o ponto de vista teórico e em abordagens mais amplas, reproduzem-se problemas adiantados no debate sobre o RIA. Há dificuldades relativas ao momento de realização, à definição de responsáveis, bem como às incertezas geradas pelos desenhos de co-responsabilidade legislativa. Alegam-se também, em críticas aplicáveis a diferentes metodologias, a complexidade em se estimar custos e benefícios, as chances de viés na escolha dos dados, ou a seleção voluntariamente incompleta de opções.

Em eixo crítico bastante relevante, vários autores apontam para a falta de efetivos ganhos em sua utilização. Não negam que pode haver benefícios ao processo decisório,

⁴¹⁴ Alguns autores, como Meuwese, detectam diferenças entre uma acepção mais ampla e outra mais técnica e específica de análise custo-benefício, vinculada originalmente a grandes projetos de infra-estrutura: “*A cost-benefit approach should be distinguished from cost-benefit analysis in the narrow sense. the former is nothing more than using analytical method for assessing a proposal in terms of its consequences in a consistent manner; albeit one that accepts the logic of detrimental effects and beneficial effects. These effects can be described in qualitative terms or they can be quantified either in monetary terms (monetization) or in some other way (eg lives saved per year). Whereas it is relatively common for an IA to follow a cost-benefit approach, in only a few cases a this is done by means of cost-benefit analysis. The latter — in its full form — is an analytical tool originally used for decision-making on large infrastructural projects. developing a cost-benefit analysis in such a way that it is accurate enough to quantify the effects of a decision reliably and comprehensively can take many years. since deciding what is the best regulatory solution to a complex problem is a different type of decision, cost-benefit analysis cannot be used in the same way in “legislative” IAs.*” (2008, p. 68).

⁴¹⁵ Segundo Wiener, análises custo-benefício existiriam, em acepção mais ampla e rudimentar, desde 1772, com B. Franklin. Ogus (2006) aponta para origens já na década de 30.

mas salientam a ausência de evidência empírica comprovando que o CBA é, por si só, capaz de trazer resultados positivos.⁴¹⁶ Como explicitamente defendem Hahn e Tetlock:

Economic analysis can improve regulation, but it is not clear whether economic analysis used in regulatory decisions has had a substantial impact. (2008, p. 74).

(...) clearly, the use of economic analysis in improving regulations has hardly been an overwhelming success. There is no evidence it has had a significant general impact, the economic analysis supporting it is frequently done poorly (if at all), and there is only anecdotal evidence to suggest that it has made a difference. (2008, p. 78)

Outra crítica bastante recorrente, mas que em certa medida lhe é externa (não atinge diretamente o cerne do mecanismo), reside em sua relativa incompatibilidade ou insensibilidade a questões distributivas. Ao buscar benefícios líquidos, importando a soma positiva dos ganhos e não eventuais vencedores e perdedores, seriam desconsiderados, por definição, seus efeitos distributivos. Não importaria, *a priori*, a partilha de custos e benefícios com pesos diferentes para determinados setores da população, tanto sob o ponto de vista social quanto sob a ótica geográfica. Não se almejaria, de antemão, uma alteração

⁴¹⁶ “We are forced to conclude that the level of detail in the analysis has little impact on the net benefits of the rule” (SHAPIRO & MORRALL III 2012, p. 198). Baldwin, Cave e Lodge, por seu turno, apontam um baixo grau de influência nas decisões legislativas finais (2012, p. 325 e ss.). Para outras críticas aos seus resultados finais cf. HAHN & DUDLEY: “The results of our analysis point to three key findings. The first finding is that quality of the analyses, as measured by the inclusion of fundamental economic information, is generally low. The second finding is that the quality of the benefit-cost analyses does not seem to change over time and across administrations. The third finding is that individual RIAs vary widely in quality even within administrations” (2007, p. 198). Para críticas similares no Brasil, cf. VALENTE (2010).

⁴¹⁷ Esta meta não é colocada como foco do instrumento. Para “superdimensionamento” das críticas que acusam o CBA de não solucionar um problema que nunca se propôs a atacar, cf. MARTINEZ (2009).

na base da desigualdade.⁴¹⁷ O CBA assumiria, por definição, que a distribuição de riqueza do *status quo* é aceitável.⁴¹⁸

Sob o ponto de vista prático, as condenações voltam-se a componentes e ferramentas. Cada roteiro prático recebe críticas próprias — seja o dos EUA, seja o da UE, seja de qualquer outra localidade. Não obstante, em regra alega-se existir enorme incerteza das informações subjacentes às avaliações, e a conseqüente baixa qualidade e confiabilidade de seus resultados.

Estudos relevantes detectaram equívocos nas análises econômicas. São comuns na literatura referências à ausência de elementos necessários ao CBA nos relatórios, à enorme diferença de qualidade e de profundidade entre exames produzidos pelas mesmas entidades, às dificuldades em se lidar com muitas alternativas, bem como à falta de percepção de custos ou benefícios sob uma ótica agregada, que considere efeitos cruzados das intervenções.⁴¹⁹ Também são frequentes os questionamentos acerca de custos e benefícios sobre ou subestimados (às vezes em argumentos claramente contraditórios, é

⁴¹⁸ “The legislature’s choice of regulation for either explicit or implicit redistributive purposes may be inconsistent with the use of CBA as a benchmark for regulatory rules”. (BALDWIN, CAVE & LODGE 2012, p. 322). Para outras críticas sob a ótica distributiva cf. ADLER: “Cost-benefit analysis (CBA) is notoriously insensitive to distributional concerns. CBA quantifies well-being impacts by summing monetary equivalents: the amounts that individuals are willing to pay for policies they prefer, or to accept in return for policies they disprefer. CBA will favor a policy with a positive sum of monetary equivalents, even if some are made worse off by the policy. Nor is CBA sensitive to the distribution of these valuations across the population. For example, if a pollution-reduction policy produces net benefits for higher income individuals (who are willing to pay a lot for a cleaner environment), and net costs for lower-income consumers or workers (who must pay higher product prices or receive lower wages as a result of the policy, and would prefer on balance not to make those expenditures in exchange for the pollution reduction), CBA will choose the policy as long as the (positive) sum of monetary equivalents of the higher-income group is larger in magnitude than the (negative) sum of monetary equivalents of the lower-income individuals.” (2013, p. 1). A exemplificar tais dificuldades para além dos inerentes problemas relativos a países com alto grau de desigualdade (caso brasileiro), é tradicional o argumento relativo a novos estabelecimentos penitenciários: muitos defendem novas construções, mas ninguém as aceita em sua vizinhança. No Canadá, é verídico o caso que avaliou políticas de proteção a ursos polares: enquanto ampla maioria apoiava a medida - que, aliás, traria benefícios financeiros líquidos à população com o turismo -, os moradores de áreas expostas aos animais eram fortemente contrários. Cf. LODGE & WEGRICH (2012, cap. X).

⁴¹⁹ Para críticas, cf. BALDWIN, LODGE & CAVE (2012); GAROUPA (2006); OGUS (2006); SHAPIRO & MORRALL III (2012); SUNSTEIN (2013a, 2013b). Para outros exemplos, cf. HARRINGTON (2006), HAHN & DUDLEY (2007); RENDA (2006). Para resumo das dificuldades, com base em análises da área da saúde: “(...) estimating benefits can involve a chain of reasoning that links basic science to health effects to monetary values placed on those health effects. Costs are also difficult to estimate because it is hard to gauge how firms will respond and how technology will evolve. Furthermore, it can be quite difficult to estimate how a regulatory policy will affect different segments of the population. such distributional concerns, while potentially important, have not been a primary of benefit-cost analysis.” (HAHN & TETLOCK 2008, p. 77-78).

bom que se diga); há relatos voltados especialmente à supervalorização de custos no curto prazo e à falta de consideração de benefícios de longo prazo.⁴²⁰

Seguem alguns exemplos, a título ilustrativo. Estudos baseados em tabelas ou cartões de pontuação (*scoreboards*), que avaliaram se os elementos necessários ao CBA/RIA estavam ou não presentes, concluíram pela ausência de informações importantes, pondo em causa a confiabilidade das avaliações.⁴²¹ Para Hahn e Tetlock (2008), ademais, 69% das análises do setor ambiental norte-americano tinham falhas em dados básicos, comprometendo o exame de benefícios líquidos.

Por sua vez, ao avaliarem 109 CBA/RIAs nos EUA entre 2000 e 2009, Shapiro e Morrall III (2012) mostraram que estudos mais completos e detalhados não tinham relação direta com os maiores benefícios líquidos.⁴²² Apontaram que os maiores benefícios líquidos estariam relacionados a outras variáveis, como por exemplo a (falta) de relevância política do assunto.⁴²³ No mesmo sentido apontaram Lodge e Wegrich (2012), que afirmaram ser o CBA/RIA de difícil utilização em casos politicamente sensíveis.

Também como adiantado, outro eixo de dificuldades envolve a chamada “monetarização” de custos e benefícios. Embora a redução de todos os elementos a uma mesma métrica de análise — no caso, valores monetários — seja central à aplicação da ferramenta, em uma série de situações tal redução é extremamente difícil, quando não impossível. Não raro é necessário criar fatores probabilísticos em hipóteses de

⁴²⁰ Cf. HAHN & TETLOCK (2007); LODGE & WEGRICH (2012). Sunstein (2013a, p. 231 e ss.) aponta o problema, mas não crê que isso ocorra voluntariamente nas agências norte-americanas.

⁴²¹ Cf. HAHN & DUDLEY (2007); RENDA (2006). Vale ressaltar que esse tipo de exame se baseia em elementos mensuráveis de forma binária (existe / não existe). Se de um lado ele é bastante objetivo, de outro pode confundir a finalidade-meio com a finalidade-fim: a elaboração do estudo e o cumprimento do rito previsto nos *guidelines* passa a ser mais importante do que o resultado efetivo da intervenção na realidade. Dito de outra forma: CBAs bem pontuados e detalhados podem ter falhas de qualidade. Para debate cf. HAHN & DUDLEY (2007); SHAPIRO & MORRALL III (2012).

⁴²² Pressupõe-se que análises melhores deveriam gerar, na média, regras com maiores benefícios líquidos. A visão pode ser questionada ao se enxergar o CBA e o RIA como ferramentas de informação, e não de decisão. Sob essa lente, é plenamente possível que bons estudos apresentem várias alternativas, e que a escolha recaia sobre alternativas com menores benefícios líquidos, por outras razões. Também pode existir algum tipo de limitação legal que direcional a solução para determinada linha. Os próprios autores trazem a hipótese de que estudos próximos ao limiar entre custos e benefícios líquidos normalmente se valem de informações adicionais mais completas, o que justificaria eles serem melhores do que aqueles apresentados para grandes benefícios líquidos (2012, p. 197).

⁴²³ “*The rules that seem to do the best from the net benefit perspective are those rules that are furthest from the attention of politics*” (2012, p. 198). O estudo evidencia que a política importa tanto na decisão de uma *policy* quanto em sua própria avaliação *ex ante*, positiva ou negativamente: “*Presidential and agency politics influence agency choice both on policy and, as shown here, on the analysis of the policy*” (2012, p. 199).

desconhecimento, mas em muitos casos se opta por negligenciar as variabilidades em prol da simplicidade e da operabilidade de resultados (GAROUPA 2006).

Há críticas que atingem, especificamente, o uso de figuras como a do "*valor estatístico da vida*" (VSL), necessárias à contabilização do impacto total das soluções. Existem questionamentos morais ao instrumento, menos fortes.⁴²⁴ Não obstante, também há críticas pragmáticas, que repousam em dificuldades de justiça intergeracional ou na complexidade da utilização do critério frente a eventos distintos como a morte de idosos ou de crianças. Também se aponta uma forte variação do valor-base do VSL em países com diferentes graus de desenvolvimento, que precisa ser considerada.⁴²⁵ Por fim, há ainda divergências referentes a componentes internos ao cálculo, como por exemplo a correta definição e utilização de variáveis como taxas de desconto e valor presente líquido.⁴²⁶

Finalmente, sob a ótica do real levantamento de alternativas disponíveis, muitos autores trazem exemplos em que defendem que a alegação não se sustenta. Van Gestel & Menting (2011) mostraram que na Holanda muito raramente alternativas outras que não a intervenção legislativa foram consideradas, incluindo-se aqui a opção zero (não-atuação). O padrão seria similar no Reino Unido e na própria UE, cujos RIAs foram avaliados por Meuwese e Senden (2009).⁴²⁷

Em resumo, considerando o volume de questionamentos de campo, parte da doutrina não tem dúvidas ao afirmar que o CBA enfrenta sérias dificuldades práticas. Ao fim e ao cabo, críticas mais severas apontam que a metodologia seria legitimada mais pelo respaldo ideológico que oferece a políticas de incremento regulatório do que, propriamente, por seus resultados empíricos. Em muitos casos as análises seriam feitas de

⁴²⁴ As críticas "morais" ao SVL são atacadas por não assumirem que a figura é mera representação estatística, não mercantil, e que usos similares ocorrem recorrentemente em outras searas, como indenizações ou seguros.

⁴²⁵ Cf. para debate e dados, DAHLIVAL *et alli* (2012); GAROUPA (2006); HOPPE (2009); MARTINEZ (2009); OGUS (2006); SUNSTEIN (2013a, 2013b, 2013c). Para Garoupa (2006), boa parte das limitações provém mais do desconhecimento e do preconceito ideológico do que, propriamente, de dificuldades efetivas.

⁴²⁶ A taxa de desconto reflete, em regra, o custo de oportunidade do capital, mas há debates teóricos acerca da melhor metodologia de seu cálculo, bem como sobre a melhor forma de calcular o valor presente de benefícios futuros. Para o tema cf. DAHLIVAL *et alli* (2012), que mostra taxas de desconto variando entre 3% (Alemanha) e 15% (Filipinas). Cf também GAROUPA (2006); MARTINEZ (2009); SUNSTEIN (2013a, 2013b, 2013c).

⁴²⁷ "*There is little evidence of a structured approach towards the consideration of alternative regulatory instruments in the framework of EU IA, in general, nor in the IAB practice thus far.*" (2009, p. 170). Em verdade, trata-se de problema que atinge o próprio RIA, não apenas a metodologia CBA.

forma “partidária”, servindo de justificativa a opções já tomadas, apenas racionalizando *ex post* a decisão (HARRINGTON 2006; LODGE & WEGRICH 2012).

Entretanto, parte dos críticos não coloca o CBA ou o RIA, no qual ele é sistematicamente instrumentalizado, como algo necessariamente negativo. Hahn e Tetlock (2008) defendem que a metodologia está sujeita a inúmeros problemas e limitações, mas crêem que sua adoção continua válida. Ajudas marginais obtidas via organização de informações e análises mínimas sobre custos gerariam economias importantes no longo prazo, mais baratas do que os custos da própria atividade. Alega-se, também, uma forte redução de casos de má regulação, o chamado *deterrent effect*.

Sunstein, que a defendia como importante *input* para a decisão enquanto acadêmico e que depois a vivenciou quando à frente da OIRA (2009-2012), crê que os problemas alardeados são vistos com muito mais freqüência em teoria do que na prática. Segundo o autor, há métodos para avançar frente a objeções graves que apareçam (2013a, 2013b, 2013c).⁴²⁸ Para tanto, explora casos em que foi necessário decidir como lidar com benefícios de monetização impossível, ou com custos que superavam levemente os benefícios mas eram alinhados a políticas de equidade ou de inclusão. Também apresenta algumas regras e métodos para que valores não-quantificáveis iluminem o CBA, como a chamada *breakeven analysis*, em que a agência aponta qual o tamanho que o benefício não-quantificável deveria ter para justificar os custos envolvidos (2013a, p. 224-225).

Em suma, problemas e casos difíceis certamente existem; também haveria áreas mais complicadas do que outras, como por exemplo os debates ambientais, que lidam com situações potencialmente irreversíveis. Todavia, a experiência prática mostraria que tais dificuldades são contornáveis, especialmente tendo em referência a “*common law do CBA*”.⁴²⁹

⁴²⁸ “*The act of admiring problems has its own benefits and costs. One benefit, of course, is improved understanding, which is a good in itself. Another benefit is improved practice and policies. A cost is associated with the very effort to resolve difficult and potentially intractable problems – a cost that may loom especially large if those problems do not arise often. With respect to both practice and policies, it is important to understand the extent to which answers to the hardest and most interesting questions will actually matter, and how, and when.*” (2013c, p. 2). No mesmo sentido, do mesmo autor, cf. 2013a, p. 210. O autor defende ser fundamental verificar se a resposta às perguntas difíceis faz sentido para os casos concretos.

⁴²⁹ Cf. SUNSTEIN (2013c).

6.3. Para Além da Panacéia Mistificadora: limitações

A exposição das características e das críticas gerais ao RIA, da complexa relação que aqui se trava com a política, bem como das facetas de sua modalidade mais corrente, a análise custo-benefício, já permitem que se vislumbrem os limites e as oportunidades que a ferramenta — ou o gênero, como aqui tratado — possuem.

Começando pelas insuficiências, e usando bom resumo de Baldwin, Cave e Lodge (2012), afirma-se que as justificativas e a racionalidade técnico-econômica que embasam a idéia do RIA, em especial sob a metodologia do CBA, prometem mais do que podem entregar. Há problemas teóricos e, fundamentalmente, dificuldades práticas que colocam em xeque a garantia de bons resultados.

Se é verdade que boas análises não promovem, necessariamente, boas decisões, também é fato que análises ruins certamente atrapalham o cenário. O número de críticas à qualidade dos estudos econômicos apresentados nos CBA/RIAs faz com que a descrença frente à ferramenta aumente. Como visto, há exemplos de ausência de elementos básicos necessários às avaliações, de enormes disparidades de qualidade entre estudos, ou mesmo de equívocos basilares de elaboração e execução. Tais problemas são agravados com os desafios que já são inerentes às análises, como a contabilização e a correta monetarização de todos os custos e benefícios envolvidos, e as dificuldades de detecção de impactos potenciais.

Ademais, há obstáculos relativos à sua abrangência ótima. Se por um lado há problemas de descaracterização e sincretismo metodológico quando o foco não é apenas a eficiência alocativa, afetando sua suposta objetividade, críticas em sentido oposto atacam a ferramenta por não considerar elementos importantes do aspecto decisório como questões distributivas, de equidade e de justiça social, além do contexto político que envolve o *decision-making*.

Viu-se ainda que sua implementação pode almejar os mais variados objetivos e exercer diversas funções, sob diferentes formatos. Sem a clareza do que se pretende, o RIA pode não atingir o que pretende e ser instrumentalizado a outros objetivos. Também não se deve olvidar que diferentes interessados em seu uso terão, de forma inequívoca, diferentes

percepções sobre seus rumos, o que pode contribuir para o bloqueio de sua implementação e para sua baixa efetividade.

Finalmente, em ponto já repisado, resgate-se que o contexto doméstico importa. Como apontou a literatura mobilizada, em vários lugares a ferramenta foi acolhida de forma bastante diversa, sob etapas de implementação distintas, enfrentando problemas distintos; em outras, sequer ocorreu sua real execução, havendo mera implementação simbólica.⁴³⁰ Importações de modelos estrangeiros mediante mera emulação tendem a fracassar, visto que não consideram o desenho político-institucional no qual será inserido.

Assim, urge ter em mente que o RIA traz em si uma série de deficiências e condicionantes. Suas propostas de implantação no Brasil, feitas cada vez mais em profusão, precisam compreender tais limites e serem avaliadas com cautela.⁴³¹ Em resumo, a ferramenta não pode ser aceita como panacéia aplicável sem senões.

6.4. Para Além do Receio Paralisante: oportunidades

Não obstante, também importa perceber que as dificuldades não inviabilizam, *a priori*, tentativas de implementação e utilização. Como visto, boa parte dos críticos, mesmo os mais ferrenhos, advogam sua adoção sob condições. Hahn e Tetlock (2008) apontam que sua implementação traz ganhos de coordenação, de organização e reforço no uso de evidências empíricas, para além de ganhos econômicos ao evitar medidas despropositadas (*deterrent effect*). Garoupa (2006), que também apresenta fortes limites ao CBA/RIA, defende sua pertinência, desde que a eficiência econômica seja vista como ponto de partida, e não de chegada.

A abordagem de Sunstein (2013a, 2013b, 2013c) talvez seja uma das mais interessantes. Como visto, o autor assume que o CBA/RIA enfrenta, de fato, enorme rol dificuldades teóricas e práticas. Contudo, defende que em regra há respostas concretas aos problemas práticos, oriundas da própria experiência analítica.

⁴³⁰ Cf. DE FRANCESCO, RADAELLI & TROEGER (2012); RADAELLI (2005).

⁴³¹ Para proposta concretas, cf. SAMPAIO (2010) e VALENTE (2010), sendo que apenas a primeira propõe a aplicação ao processo de elaboração legislativa da Administração Direta.

Seu ponto central reside, porém, na idéia de que o CBA/RIA pode servir como verdadeiro *nudge* aos agentes governamentais. Ao obrigar que o regulador pense, levante dados e compreenda os custos e benefícios envolvidos, o uso da ferramenta em sua metodologia mais corrente serviria ao menos para evitar equívocos graves e induzir decisões melhores. O processo orientaria a atuação pública em busca de melhor base empírica e de mais informações para o processo decisório. Sob a linguagem da teoria comportamental, serviria como espécie checagem do sistema 2 frente às decisões frequentemente tomadas apenas pelo sistema 1.⁴³²

A ferramenta vem sendo crescentemente utilizada. Possui evidentes limitações, mas pode cumprir adequadamente alguns de seus papéis. Um uso moderado de seus *inputs*, que não se valha do formato *speaking truth to power* — seja porque os estudos contêm erros recorrentes, seja porque outros elementos importam para a decisão pública —, mas que em certa medida constranja com dados o espectro da liberdade decisória, ampliando a responsabilização do decisor, pode gerar incremento de performance governamental. Controla-se e organiza-se minimamente a burocracia, estrutura-se a tomada de decisão, busca-se reforço empírico mediante o levantamento de custos e benefícios relativos às medidas, e constrange-se a decisão final.

Em última análise, emprestando (sob outro contexto) dicotomia proposta por Hoppe (2009), parece que a utilização do RIA em políticas legislativo-regulatórias pode ser benéfica, desde que ele seja aceito e compreendido não sob a lógica sagrada, mas sim sob a ótica profana. A ferramenta oferece pouco se tomada de forma platônica, como constantemente apresentada: aceita como elemento econômico-racional decisivo ao suporte decisional, torna-se refém de suas limitações prático-metodológicas. Entretanto, uma vez admitidas suas limitações e falibilidades, vista como elemento informativo inserido inerentemente em um universo político que pode ser balizado dados concretos, sua utilização passa a ser mais interessante.

Compreendida sua função efetiva, o modelo adotado, os porquês, os para quês e o para quem, o instrumento pode ser recebido não como um definidor, mas sim como um

⁴³² “The best defense of cost-benefit analysis is that government should try to promote social welfare, broadly understood, and that cost-benefit analysis is a nudge toward achieving that goal - imperfect, to be sure but valuable nonetheless.” (2013a, p. 204). Ainda: “CBA is not itself simple, but it is a great engine of simplification.” (2013a, p. 276)

relevante elemento de constrangimento da amplitude decisória. Pode ser utilizado, no limite do conhecimento técnico, como fonte de informações à decisão. É certo que as opções serão tomadas em um contexto inequivocamente político; não obstante, isso exige, indubitavelmente, a responsabilização pelas escolhas e pelas justificativas. Há um claro encargo de justificar o grau de aceitação dos elementos tecnicamente apresentados pelo RIA, bem como por arcar com tais consequências.⁴³³

6.5. Análise Custo-Efetividade

Já foi dito que nem só de análises custo-benefício é feito um RIA. Em determinados desenhos, outras metodologias podem ser empregadas. O SCM, a ser discutido abaixo, por vezes tem sido englobado pela ferramenta. Nada impede que também se coloque sob o gênero as chamadas análises custo-efetividade. Seja como for, elas têm existência e utilização freqüentemente autônoma.

Na literatura regulatória em português, à exceção das áreas de ciências da saúde e de meio ambiente e, em certa medida, da produção especializada em políticas públicas, a ferramenta da análise custo-efetividade é mais citada do que propriamente detalhada.⁴³⁴ Algo similar ocorre na literatura estrangeira: seu tratamento não tem o mesmo peso que o RIA enquanto gênero, ou a mesma relevância atribuída às análises custo-benefício ou de risco. Parte de sua baixa atratividade acadêmica pode derivar do caráter quase intuitivo de seu uso, que, em verdade, é corriqueiro na administração.

É possível conceituar a análise custo-efetividade como uma ferramenta que, ao fixar determinado parâmetro, permite comparar alternativas. Ao se definir determinado custo, almeja-se alcançar o máximo resultado; ou, em sua vertente mais comum, ao se definir determinado resultado, almeja-se a alternativa de menor custo. Também é possível defini-la a partir de resultados unitários ou índices: a divisão dos custos de cada alternativa

⁴³³ Por fim, vale a ressalva de Garoupa (2009) ao afirmar que compreender seu viés político não significa politizar a metodologia propriamente dita. Seria preciso rigor na análise, mas modéstia em conclusões e em recomendações.

⁴³⁴ A análise de custo-efetividade é bastante utilizada na avaliação de novas drogas ou de diferentes programas de prevenção a doenças. Na área de gestão ambiental, comparam-se diferentes abordagens para uma mesma redução de dano ambiental. Para exceção, tratando do tema no direito, cf. VALENTE (2010, P. 88-90).

por determinado indicador pré-definido (uma vida salva, um acidente de trânsito a menos, um ano adicional de educação formal) produz razões de custo-efetividade aptas a serem ordenadas. Trata-se da divisão entre recursos a serem gastos e resultados potencialmente alcançáveis ou, em visão mais ampla, a relação projetada entre *inputs* e *outputs*.⁴³⁵

A ferramenta de comparação é, em tese, mais simples do que uma análise efetiva de custo-benefício. Questões complexas como a atribuição de valores monetários a determinados elementos, que marcam os debates metodológicos no CBA, ficam minoradas. Todavia, também se colocam aqui dificuldades relativas ao conjunto de custos e benefícios que deve ser considerado, bem como à complexa unificação de medidas que permitam comparações.⁴³⁶ Se mobilizada em prol de uma de suas principais virtudes, qual seja, a comparação de diferentes intervenções sobre um mesmo tema (por exemplo, a comparação entre políticas distintas de redução de faltas em escolas públicas em diferentes cidades e em diferentes momentos), questões que envolvem taxa de desconto, taxa de inflação e câmbio também estarão presentes (DHALIVAL *et alli* 2012).

Conquanto de mais fácil utilização, a ferramenta também possui limitações. De início, como mostram Dhalival *et alli* (2012), estudos bem feitos também esbarrarão em decisões metodológicas de fundo. Incerteza na definição de indicadores e complexidade de padronização de medidas também trazem senões. Depois, como adianta Meuwese (2008, p. 68), seu poder analítico não é comparável ao do CBA: resume-se o debate ao atendimento de um mesmo resultado sob o menor custo possível, mas não há avaliação efetiva acerca de benefícios líquidos, nem sobre seus objetivos regulatórios. Assim, detecta-se a melhor alternativa, mas não se consegue apontar, ao fim e ao cabo, se a medida deve ou não ser executada.

Por fim, note-se que o necessário pressuposto de um indicador fixo, não alterado por outro elemento que não aquele da alternativa em análise, é sua principal virtude, mas também sua principal limitação. A ferramenta é inequivocamente útil, mas apenas no caso de objetivos pré-definidos e não questionados.⁴³⁷ Avaliações realizadas pela OCDE

⁴³⁵ "Cost-effectiveness analysis, in the simplest terms, calculates the ratio of the amount of "effect" a program achieves for a given amount of cost incurred, or conversely the amount of cost required to achieve a given impact" (DHALIVAL *et alli* 2012, p. 5).

⁴³⁶ Devem ser considerados os custos próprios para os usuários? E custos administrativos gerais, inerentes à gestão da máquina pública?

⁴³⁷ Valente (2010, p. 90) afirma haver recomendação para seu uso no caso de objetivos gerais, como redução da poluição atmosférica.

(2015a) invariavelmente vinculam tais análises a ações em áreas como saúde e educação. Ela também pode se mostrar pertinente em situações de difícil quantificação de benefícios gerados (nestes casos, o foco recairia apenas sobre os menores custos envolvidos).

6.6. O *Standard Cost Model* - SCM

Intimamente ligado às propostas de redução de fardos administrativos ou de *red tape*, o modelo-padrão de custos ou SCM foi criado e desenvolvido na Holanda, cuja liderança mundial no tema é deveras reconhecida.⁴³⁸ Propostas de simplificação burocrático-legislativas em solo holandês datam da década de 80, mas apenas a partir do início da década de 2000 foi elaborada uma abordagem sistemática, com conceitos pré-definidos, com vistas à eliminação dos entraves administrativos.⁴³⁹ Note-se, também, que a análise de impacto regulatório teve implementação inicialmente limitada e não produziu plenamente os resultados esperados no país, o que facilitou a busca e a adoção de mecanismo alternativo.⁴⁴⁰

A ferramenta consiste, em verdade, em um método de cálculo, e tem escopo tão modesto quanto eficaz. Não almeja atingir diferentes objetivos regulatórios ou verificar as alternativas mais benéficas sob o ponto de vista do bem-estar social, mas apenas e tão somente a redução de custos administrativos postos à atividade econômica. Pode ser utilizada tanto *ex ante*, no controle de fluxo, quanto, fundamentalmente, *ex post*, no controle de estoque. Parte do pressuposto de que o *red tape* atravanca o empreendedorismo, a competitividade e o próprio desenvolvimento econômico, e que sua redução substantiva seria um propulsor de ganhos.⁴⁴¹ Como efeitos secundários, a contração do fardo administrativo também daria maior eficiência aos corpos burocráticos estatais, facilitando o *enforcement* das normas.

⁴³⁸ Cf. COLETTI & RADAELLI (2013); LODGE & WEGRICH (2012); MEUWESE (2008); MEUWESE & SENDEN (2009); MORAIS (2009); JANSEN & VOERMANS (2006); OECD (2006, 2007); RADAELLI (2007, 2009); VOERMANS (2013b); WIENER & ALEMANNI (2010).

⁴³⁹ Cf. JANSEN & VOERMANS (2006); OECD (2006, 2007); VOERMANS (2013b).

⁴⁴⁰ Cf. COLETTI & RADAELLI (2013); RADAELLI (2009); Van GESTEL (2009); Van GESTEL & MENTING (2011).

⁴⁴¹ Ao implantar a medida, a Holanda projetava ganhos anuais de 1,5% em seu PIB com a redução de 25% do *red tape*.

Sua metodologia é bastante simples, e baseia-se na mensuração de custos relacionados ao cumprimento de obrigações administrativas informacionais por parte dos agentes privados. Parte-se do estabelecimento de uma linha-base de custos referentes a exigências burocráticas informacionais de uma empresa típica de determinado setor. Tal definição depende, essencialmente, da oitiva e da efetiva participação dos atores privados da área.

A partir de então define-se um preço para o cumprimento desta tarefa, calculado com base no tempo gasto com a atividade e no valor monetário da mão de obra envolvida (valor homem-hora). Definido tal valor à taxa corrente de trabalho (P), multiplica-se a unidade pela frequência da obrigação (número de horas e frequência temporal - T) e pelo número de empresas envolvidas (quantidade - Q). Com $P \times T \times Q$ chega-se ao encargo administrativo total (base zero), do qual partem as propostas de redução percentual.⁴⁴²

Segundo Jansen e Voermans (2006), a Holanda conjugou algumas atividades para atingir seus objetivos. Em primeiro lugar, buscou reduzir os requisitos informacionais, tanto em volume quanto em frequência. Aliou a essa tarefa cortes específicos por setor, como menor exigência para pequenas empresas.⁴⁴³ Depois, esforçou-se em facilitar seu cumprimento, mediante forte investimento em tecnologia da informação. Finalmente, foram estabelecidas metas globais (25% de redução dos custos administrativos em quatro anos — 2003 a 2007) e, em alguns momentos, metas setoriais, com o estabelecimento de tetos referentes a custos administrativos para cada ministério ou departamento governamental (ao menos entre 2005 e 2007).⁴⁴⁴

A avaliação da OCDE (2007) sobre o tema mostra que outros elementos foram centrais ao seu avanço. Uma forte coordenação de governança (pelo Ministério das Finanças) foi aliada a um monitoramento independente (via ACTAL), a uma relação direta com o ciclo orçamentário e, claro, a um forte apoio político. Após seus passos iniciais, o mecanismo passou a avaliar custos mais alargados (de *compliance* e *enforcement*), e

⁴⁴² Cf. JANSEN & VOERMANS (2006); VOERMANS (2013b). Embora os autores falem apenas em $P \times Q$, a descrição da fórmula é idêntica à apresentada pela rede que congrega agentes envolvidos com o tema, que a apresenta como $P \times T \times Q$. Cf. <www.administrative-burdens.com>. Acesso: 30.09.2015. Atente-se que, ao menos na experiência holandesa, custos referentes à informação a terceiros (como consumidores) também são enquadrados como custos informacionais (OECD 2007).

⁴⁴³ Tal recorte também foi adotado, posteriormente, por outras jurisdições, como Reino Unido e UE.

⁴⁴⁴ Destaque-se que, ao detectar setores com grande peso no *red tape*, o governo holandês também avaliou a adoção de alternativas regulatórias menos dispendiosas como a auto-regulação ou arranjos co-regulatórios, com menos peso às informações a serem prestadas pelo privado.

acabou integrado aos repaginados processos de análise de impacto regulatório, que desde 2011 têm como característica a avaliação integral. A idéia é a de evitar novos custos já em seu nascedouro. Ademais, a estimativa de custos administrativos passou a ser obrigatória para todas as novas medidas legislativo-regulatórias.⁴⁴⁵

Depois do êxito holandês, a OCDE (2003, 2006) estimulou e monitorou seu uso, dentro de uma abordagem mais ampla de redução de custos administrativos. Detectou, já em 2006, uma migração de ocorrências *ad hoc* para programas mais estruturantes, bem como a tendência de considerá-la como responsabilidade dos reguladores centrais.

De fato, é possível apontar uma adoção de abordagens adaptadas próximas ao desenho do SCM por toda a Europa. Isso se deu às vezes em incremento, às vezes em substituição a antigos padrões. A rede eletrônica que congrega os envolvidos com ações de redução de custos administrativos aponta, atualmente, para ao menos 29 países adotantes.⁴⁴⁶ A própria União Européia também se valeu da abordagem. Adotou a meta de reduzir 25% do fardo administrativo às empresas até 2012 como elemento central da agenda de Lisboa.⁴⁴⁷

Um dos grandes ganhos apontados no SCM é, certamente, a padronização das medidas de custo. Não se colocam aqui as dificuldades metodológicas inerentes às definições prévias vistas na análise custo-benefício. O outro, bastante alardeado, é o fomento à construção coletiva de medidas entre regulador e regulado, entre governo e *stakeholders*: haveria ganhos de confiança e o estabelecimento de pontes mais perenes de relacionamento.

A propósito, em inúmeros casos o apoio político à sua implantação foi maior do que aquele ofertado ao CBA/RIA. A boa aceitação da ferramenta por parte dos parceiros privados deriva, em certa medida, de sua simplicidade, base econômica menos complexa,

⁴⁴⁵ Desde 2011, na esteira do que fez a UE, a Holanda congregou uma dezena de instrumentos e ferramentas de análise de impacto em uma única ferramenta simplificada e global (IAK, em holandês), na qual todos os elementos analíticos interdepartamentais foram incorporados. São sete as dimensões a serem consideradas: 1. qual o motivo? 2. quem está envolvido? 3. qual o problema? 4. qual o objetivo? 5. o que justifica a intervenção governamental? 6. qual o melhor instrumento? 7. quais as conseqüências. Cf. VOERMANS (2013b, p. 11-12).

⁴⁴⁶ Cf. <www.administrative-burdens.com>. Acesso: 30.09.2015.

⁴⁴⁷ A definição de 25% de redução é um padrão fortemente utilizado pelos adotantes. Cf. JANSEN & VOERMANS (2006); MORAIS (2009). Perceba-se que, como já dito acima, o crescimento da importância da ferramenta pode ser visto como elemento que mostra a política legislativo-regulatória européia retomando, como em um pêndulo, algumas de suas origens liberalizantes.

fácil aprendizagem, baixo potencial de divergência política e, claro, forte componente simbólico frente ao mercado. Ademais, são fundamentalmente atacados os custos inerentes ao privado, o que lhes é bastante conveniente e desejável.⁴⁴⁸

Assim se justifica, aliás, sua adoção frequente em países que enfrentaram dificuldades em suas reformas regulatórias. Como afirmam Coletti e Radaelli:

the SCM was a much easier way to enter the club of ‘smart regulation’. It provided a large number of European governments with something to offer to the business community: a clear message (the war on red tape) based on an apparently uncontroversial narrative (administrative burdens hinder business operations) and a target of burdens reduction. (2013, p. 1065-66)

Todavia, não há apenas boas notícias. Como todas as demais ferramentas de avaliação econômica, o SCM também enfrenta questionamentos. Na base das dúvidas estaria a não comprovação de sua premissa central, qual seja, a idéia de que tais custos sempre afetam a eficiência das empresas, sendo os maiores inimigos da competitividade empresarial (RADAELLI 2007b).

Para além do ataque ao pressuposto, há críticas mais amplas. Estariam em causa a ausência de foco na regulação de baixa qualidade e o desprezo por custos, benefícios e resultados sociais. Também se atenta para o fato de que fardos administrativos — em

⁴⁴⁸ Hoppe (2009, p. 95) defende que a opção deriva da linha neo-corporativista que marcaria a construção das políticas públicas na Holanda, em que os dados são co-construídos pelos agentes: “(...) *An interesting feature of the method [SCM] is that the cost estimation procedure allows for consultative interaction between experts and business representatives by way of panels, interviews and surveys in the production of consensus judgments. The effects of information asymmetries are circumvented by application of statistical methods detecting gross overestimation by self-interested stakeholders, and by comparisons between several commercial branches and between different countries. Also, once a benchmark year has been agreed between experts and stakeholders, governments and experts use historical data analysis over a few years to justify further reduction targets for stakeholders in later years. This is similar to the way Statistics Holland assembles and calibrates its data for the production of economic indicators. It reflects the neo-corporatist culture and structure of government policymaking in the Netherlands. It is a very instructive example of how official ‘facts’, ‘data’ and indicator systems are, literally, socially and politically co-constructed by government experts and stakeholder representatives.*”

Para caso alemão, com implantação do SCM a partir de 2006, cf. VEIT (2009, p. 184): “*By comparing the introduction of the SCM-assessment of bureaucracy costs in 2006/2007 with the introduction of RIA since 2000 in Germany, differences – especially in the political support of the topic and in the organizational anchoring of the process – become apparent. While the implementation of RIA was scarcely supplied with additional resources, the introduction of SCM was strongly supported by political leaders in a personal and financial manner as well as with words. Apart from the establishment of a central competence for de-bureaucratization policies in the chancellor’s office, the government created an extensive network to coordinate and support the implementation of the SCM measuring process. Additionally, the NKR has yearly obligations to report to the Federal Chancellor. This report obligation increases the binding character of the implementation of SCM-reforms.*”

A implementação traz consigo, portanto, alguns dos problemas de teoria regulatória, em especial se vista à luz das teorias de interesse privado como a *public choice*.

especial os custos informacionais — representam apenas uma pequena parte dos custos de cumprimento normativo. Ademais, em juízo que replica dificuldades aplicáveis a outros mecanismos expostos, Lodge e Wedrigh (2012) alertam para um importante risco de manipulação de dados, como o aumento artificial dos custos da linha-base de forma a ampliar eventuais ganhos futuros. A distância entre as reduções oficialmente anunciadas e a percepção das empresas envolvidas no processo seria bastante frequente, colocando em xeque a credibilidade da ferramenta.⁴⁴⁹

Outrossim, também se questiona seu viés liberalizante de desregulamentação. Ele seria em certa medida contraposto ao ideal de racionalização da produção legislativo-regulatória que marca as *meta policies*.⁴⁵⁰ Tanto Meuwese (2008) quanto Lodge e Wegrigh (2012) são explícitos ao afirmarem que o foco na redução de custos administrativos pode deixar de lado os demais ganhos regulatórios.⁴⁵¹ A esse respeito, a própria OCDE (2010b) vê a ampliação de seu escopo e a agregação de outros elementos como grandes desafios futuros.

Sua utilização prática também não escapa de questionamentos. Coletti e Radaelli (2013), por exemplo, apontam que em alguns países a ferramenta não obteve tanto êxito (como Suécia e Dinamarca). Como já salientado, muitos atores empresariais também afirmam não sentir os efeitos práticos na magnitude alardeada.⁴⁵² Finalmente, alguns autores não vêem relação necessária entre a abordagem e o aumento de benefícios líquidos: parte dos ganhos poderia ser atribuída, pura e simplesmente, a avanços em TI.⁴⁵³

Não obstante, a ferramenta encontra-se em plena expansão. Simplicidade frente às alternativas, oportunidade de trabalho conjunto entre regulador e regulado e atratividade política são características relevantes.⁴⁵⁴ Apesar dos questionamentos, aceita-se que o SCM traz resultados efetivos, em especial por pressionar setores governamentais com metas

⁴⁴⁹ “This has been the case in the UK, where reported reductions were not matched by businesses’ perceptions of administrative burdens. As a result, overall interest in SCM declined rapidly.” (LODGE & WEGRICH 2012, p. 208).

⁴⁵⁰ Para choque entre bases ideológicas cf. LODGE & WEGRICH (2012); RADAELLI (2007b, 2009a).

⁴⁵¹ “The approach it stems from is aimed at cutting financial burdens for specific groups (most often business) whilst leaving aside completely the benefits of regulation.” (MEUWESE 2008, p. 85)

⁴⁵² De forma questionável, a OCDE atribui tal dificuldade no caso holandês a problemas de comunicação.

⁴⁵³ Cf. RADAELLI (2007b); COLETTI & RADAELLI (2013); em certa medida, VOERMANS (2013b).

⁴⁵⁴ “Burdens reduction plans provide concentrated benefits to the business community and diffuse their high costs. A full RIA system provides diffuse benefits (its main regulatory quality principle is to introduce only regulations that improve the welfare of the community) and diffuse costs.” (RADAELLI 2009, p. 1060).

claras e bem definidas.⁴⁵⁵ Também contribui, inequivocamente, para inovações institucionais, aprendizado regulatório e avanço de exames *ex post*.

A título conclusivo, note-se que, nos últimos anos, sua aplicação tem introjetado algumas críticas. Novos atores têm sido incluídos, e elementos qualitativos têm sido mobilizados, de modo a ampliar seus efeitos. À idéia de “empresa típica” aliaram-se o olhar sobre companhias inovadoras e a difusão de boas práticas, de forma a fomentar comportamentos transformadores. Estão sendo avaliados custos mais alargados, e também passaram a ser considerados os benefícios referentes à prestação de informações ao Estado (COLETTI & RADAELLI 2013). Como aposta futura, aponta-se seu uso para redução de custos e de *red tape* dentro do próprio setor público, bem como para a relação com governos locais (OCDE 2010b).

6.7. Análise de Risco

Uma outra linha que pode ser observada sob as lentes das análises de impacto regulatório é a chamada análise de risco. Trata-se de um dos eixos de maior desenvolvimento na literatura regulatória atual, indubitavelmente.

A idéia de risco remete a danos potenciais que um evento ou uma série de eventos podem causar (OCDE 2014a, p. 21). Em consequência, sua análise tradicional considera duas dimensões. Primeiro, a probabilidade de um evento não desejado ocorrer; depois, o tamanho do impacto direto e indireto da eventual ocorrência (grau de vulnerabilidade).⁴⁵⁶ Estar-se-ia, pois, em sede de eventos incertos com probabilidades conhecidas. Difere-se,

⁴⁵⁵ “Briefly, the SCM story across Europe is one of success in engaging the stakeholders in dialogic relationships, and variability in terms of achieving the official economic goals.” E ainda: “To recap, there are several studies looking at the diffusion of the two instruments and their implementation. In relation to RIA, they point to limited engagement with cost–benefit measurement — and more generally economic analysis — and problems of utilization. In relation to the SCM, they show that the reduction of administrative burdens is not felt on the ground. However, there are signs that the SCM has stimulated a phenomenon of positive engagement with the business community and dialogic encounters between public officers and firms that are somewhat absent from the accounts of RIA.” (COLETTI & RADAELLI 2013, p. 1061).

⁴⁵⁶ Cf. BALDWIN, CAVE & LODGE (2012, Cap VI e XIII); LODGE & WEGRICH (2012, Cap. IV); OCDE (2010b, 2014a), VOERMANS (2013b).

segundo a visão tradicional, da idéia de incerteza, em que a probabilidade não é, *a priori*, mensurável.⁴⁵⁷

Apresentado o conceito de risco, importa notar que a abordagem referente à sua análise para propostas regulatórias (*risk analysis*), que lastreia a chamada *risk-based regulation*, é complexa e bastante heterogênea. Há uma vasta e cada vez mais específica literatura sobre o tema, cujo alto grau de divergência impede exposições detalhadas nos limites do presente trabalho. Ademais, o debate sobre risco transcende a questão da avaliação enquanto metodologia inerente ao ciclo de produção normativa — seja de forma autônoma, seja de forma conjugada com análises custo-benefício inseridas em RIAs abrangentes.

Assim, por escolha metodológica, a apresentação do tema terá recortes estritos. Há foco na análise de riscos passíveis de avaliação legislativo-regulatória, bem como nos elementos que potencialmente influenciam o *standard setting*.

6.7.1. Base teórica

A análise de risco cresce de maneira rápida em países ricos, embora de forma bastante desigual. Segundo relatório da OCDE (2010b), até 2010 havia uma série de ocorrências *ad hoc*, mas poucos desenhos estruturados de análise e gerenciamento. A prática desenvolvia-se especialmente em áreas como saúde, meio ambiente, gestão urbana e, fundamentalmente após a crise de 2008, mercado financeiro.⁴⁵⁸

Em definição sintética, e em que pese a heterogeneidade de definições (OCDE 2010b), a análise de risco refere-se ao desenvolvimento de políticas relacionadas à

⁴⁵⁷ “We should talk about risks only when the events are uncertain but their probabilities are known, reserving the term ‘uncertainty’ for the case where the probabilities are unknown” (OECD 2010b, p. 103). Ou ainda: “In the standard technical assessments, ‘risk’ is derived from the probability of the adverse event occurring multiplied by the impact of that event or state of affairs. Uncertainties are susceptible to no such simple quantitative formula” (BLACK 2010, p. 310). Autores como Julia Black (2010) alertam ainda para a existência da categoria de eventos totalmente imprevisíveis (e, obviamente, de probabilidade desconhecida). Ela também salienta que algumas unidades do conceito carregam elementos tipicamente normativos e de difícil mensuração, como a idéia de “evento indesejado”. Também há quem mobilize categorias como “riscos imprevisíveis”, colocando em xeque, em certa medida, a diferenciação proposta. Finalmente, alguns questionam a própria idéia tradicional de probabilidade, defendendo o conceito de “probabilidade subjetiva ou condicional”: haveria relativa imprecisão na avaliação probabilística, cujas contas devem ser revisadas a cada nova informação (OECD 2010b, p. 102-104).

⁴⁵⁸ Sob o ponto de vista territorial, a UE debruça-se sobre o tema ao menos desde 1997. É notável sua grande aceitação na Grã-Bretanha, especialmente a partir de 2005. Cf. BALDWIN, CAVE & LODGE (2012, Cap. VI e XIII); BLACK (2010). A última referência bibliográfica, sob o título de *The Role of Risk in Regulatory Governance*, é encontrada em BALDWIN, CAVE & LODGE (2010), em seu capítulo XIV.

identificação, à mensuração e à resposta a riscos. Aceita-se que riscos não podem ser plenamente removidos, mas se almeja um avanço regulatório que amplie o entendimento sobre eles e reduza a incidência de efeitos de eventos indesejados. Sugerem-se ações proporcionais, baseadas na natureza e na magnitude das eventuais ocorrências. Há, pois, uma forte promessa racionalista, que prenuncia gerenciamento e controlabilidade de contingências.

Seu desenho tradicional engloba três etapas principais: (i) análise de risco *stricto sensu* (*risk assessment*); (ii) gerenciamento de risco (*risk management*) e (iii) revisão dos passos anteriores, com foco em estratégias de comunicação vinculadas à potencial ocorrência (*risk communication*). Contudo, na prática as tarefas são dependentes, imbricadas por todo o ciclo. A análise informa periodicamente o gerenciamento, que define ou readequa estratégias conforme o grau de risco detectado.⁴⁵⁹

Há, contudo, uma questão prévia. É que a definição sobre os riscos que estão em causa impacta fortemente as etapas posteriores. A literatura aponta classificações de risco das mais diversas matizes: individuais, sociais e sistêmicos; naturais, sociais ou tecnológicos; normais ou catastróficos; voluntariamente aceitos ou socialmente impostos; reversíveis e irreversíveis; inerentes ou de gerenciamento; societários e institucionais. Eles demandam, à evidência, abordagens governamentais distintas.

Existem também diferentes formas de abordar o tema. Linhas pragmáticas reduzem o elemento risco a aspectos tradicionalmente econômicos, utilizando-o como item adicional intrínseco a avaliações custo-benefício. Enxerga-se a questão, fundamentalmente, sob um olhar de *risk assessment*. A frequência de episódios no passado seria verificada, a probabilidade de ocorrência de eventos no futuro seria quantificada, e sua relevância seria avaliada. Então, tais resultados seriam considerados no processo de decisão.

Visões mais acuradas, contudo, vêm na *risk analysis* potencial para uma verdadeira revolução na gestão pública. O risco seria um elemento distintivo de arranjos de governança inovadores, que traria novos contornos ao debate legislativo-regulatório. Seu impacto seria sentido especialmente no que tange à escolha de prioridades, à formação de agenda e à relação entre visão tecnocrática e participação democrática. A regulação

⁴⁵⁹ Apontam-se quatro modalidades de respostas gerenciais: prevenção, redução, retenção ou transferência. Cf. OCDE (2010b).

efetivamente baseada no risco poderia estar completamente voltada ao seu gerenciamento, propugnando completa alteração de preferências governamentais e alocação de recursos.⁴⁶⁰

Julia Black (2010) defende que a regulação baseada no risco é, em certa medida, menos estável do que a resposta econômico-regulatória padrão, visto que coloca em causa os atuais motivos e formas que cercam a atividade legislativo-regulatória. Ainda assim, assumindo essa força desestabilizadora, aponta ao menos quatro papéis contemporâneos potenciais para o risco na gestão pública e na regulação. Primeiro, (i) ele definiria o objeto das atividades regulatórias que o tem como norte; depois, (ii) ele as justificaria, oferecendo-lhes motivação e escopo de atuação. Sob o ponto de vista da estruturação de processos, o risco (iii) exerceria papel organizacional e procedimental, estruturando novas formas de atuação; finalmente, (iv) ele formataria novas formas de participação e *accountability*, ao oferecer nova matriz de atuação regulatória.⁴⁶¹

Há ainda uma importante cisão a nortear os debates. Uma primeira linha, que dá lastro ao princípio da precaução, aposta na antecipação e na prevenção. O foco está na diminuição da ocorrência de eventos potencialmente danosos. Ações transitam entre a proibição de determinadas atividades, a restrição a algumas ocorrências e os requerimentos sistemáticos de testes e provas de risco de danos irreversíveis.⁴⁶² De outro lado, enfatiza-se o incremento da resiliência e da resistência frente a eventos indesejados. Desenvolvem-se capacidades de absorção da ocorrência e de rápida reorganização. Desloca-se a ênfase para os efeitos do distúrbio, emergindo debates sobre atividades preparatórias e mitigadoras,

⁴⁶⁰ Cf. BALDWIN, CAVE & LODGE (2012); BLACK (2010); OCDE (2010b, 2014a).

⁴⁶¹ O desenho aproximar-se-ia de um *Estado Regulador de Risco*. Note-se que a autora não defende que o Estado Regulador tenha sido suplantado pelo Estado Regulador de Risco, ainda que o risco seja hoje fundamental à construção de processos regulatórios estatais: "*Risk thus plays a critical role in constituting and shaping regulatory processes, or at least state-based regulatory processes. Has the regulatory state (Majone, 1994, 1997; Moran, 2003) become the 'risk regulatory state'? I would suggest that it has not. Totalising labels are in any case likely to be inaccurate, as they admit of no nuances and no exceptions. In this case, despite the significant role of risk in constituting, framing, and structuring regulatory mandates, regulatory processes, and accountability relationships, regulation is not just about risk. Not all of regulation can be characterised, or indeed characterises itself, in terms of risk, or at least it only does so if risk is so broadly defined to describe every policy the state pursues, in which case the label is descriptively accurate but analytically useless. The narrative of economics is still dominant in certain regulatory domains and even in the risk domain, economics re-enters the frame at the second-order level in the form of risk-benefit analyses.*" (2010, p. 339).

⁴⁶² Embora alguns atores detectem tendências prévias, o princípio da precaução tornou-se juridicamente estável especialmente após o Encontro Mundial sobre o Clima no Rio de Janeiro de 1992 (Eco 92). Para resumo de críticas ao princípio, cf. BLACK (2010, p. 318-320).

⁴⁶³ CF. BALDWIN, CAVE & LODGE (2012, Cap VI e XIII).

redundâncias em infra-estrutura, planos de contingência e informação da população.⁴⁶³ Nada impede, não obstante, respostas regulatórias que aceitem ambas.

Finalmente, veja-se que a análise de risco pode ser realizada sob diferentes formas e metodologias. Para a escola que conjuga risco e abordagem econômico-regulatória na fase de avaliação, por exemplo, a contabilização (probabilística) e a monetização de riscos de modo a agregá-los em avaliações de custo-benefício mais amplas são usuais. O RIA passa a contar com um novo elemento, considerado tanto de forma autônoma quanto de forma integrada à metodologia CBA. Não obstante, como visto, há quem propugne que a abordagem é mais impactante. Atividades avaliativas específicas baseadas no novo elemento seriam necessárias, alterando fortemente todo o formato de governança regulatória.

6.7.2. Dificuldades e críticas

A análise de risco também não escapa de dificuldades. A literatura mostra que definir, identificar, selecionar e avaliar riscos não é tarefa simples. Ademais, elementos culturais, emotivos e temporais influenciam a tarefa. Como adiantado pelas abordagens comportamentais, riscos e seus componentes — probabilidade e vulnerabilidade — são facilmente estimados de forma equivocada. A depender do grau de conhecimento do tema e do envolvimento entre reguladores ou regulados com o evento potencial, há chances de sub ou sobre avaliação e, conseqüentemente, de sub ou sobre regulação.

Avaliações probabilísticas podem ser dificultadas ou deturpadas pela influência de eventos recentes mais facilmente acessíveis ao pensamento, pela já aludida aversão ao risco — em especial riscos “novos”, como os derivados de inovações tecnológicas —, pelo excesso de auto-confiança em situações mais familiares (imunidade subjetiva) e por leituras enviesadas da realidade, dentre outros. Também há componentes morais e amplificações sociais de determinadas ocorrências que potencialmente alteram as acepções individuais.⁴⁶⁴

⁴⁶⁴ Cf., para além da literatura mobilizada no tópico 5.2., BLACK (2010).

Isso gera dificuldades de ao menos três ordens. Primeiro, sob o ponto de vista dos agentes reguladores, que estão sujeitos a equívocos. Depois, sob o ponto de vista organizacional, visto que não há consenso sobre as avaliações. Terceiro, fundamentalmente, sob a ótica da relação entre tecnocracia e sociedade civil: comumente há visões distintas.

Densificando o último ponto, veja-se que há um corrente descompasso entre a percepção de riscos comum, por empresas ou cidadãos, e a percepção de riscos qualificada, por *experts* e reguladores. A diferença dá-se tanto sobre a aceitabilidade (aceita-se correr tal risco?) quanto sobre o grau de risco existente (qual o grau de risco de determinada atividade?). Adicione-se à discrepância o fato de que tais percepções são bastante voláteis, mudando com frequência. Assim, a distância de visões entre reguladores e regulados acentua-se.

Reforça-se aqui, em suma, a crise entre tecnocracia e participação pública. Dadas as diferenças relativas à (fluida) percepção de risco, a dificuldade de se alocarem procedimentos participativos em análises desse tipo é enorme, assim como a de se desenharem procedimentos com alto grau de abertura e transparência. Como consequência, problemas de *accountability* e de legitimação democrática dos processos avaliativos e decisórios são acentuados. Demandar-se-ia, se aceita a faceta transformadora da abordagem, um verdadeiro remodelamento dos sistemas de controle, com novos parâmetros de performance governamental (BLACK 2010, p. 332 e ss).

Sob outra ótica, também aqui são questionados a falta de neutralidade e o potencial viés na seleção dos riscos a serem atacados. A cientifização dos processos de diagnóstico e avaliação não conseguiria superar a contestabilidade inerente a esse tipo de escolha. Percepções distintas sobre o grau de dano aceitável também impactariam a escolha da ordem de intervenções, influenciando fortemente os desenhos analíticos e as propostas interventivas.

Críticos também apontam efeitos negativos em suas principais estratégias. A definição prévia da atuação pública hierarquizada com base no grau de riscos potenciais, por exemplo, poderia gerar efeitos indesejados. É possível que atores do mercado enfrentem baixo controle ou tenham baixo monitoramento por não oferecem altos riscos em análises iniciais, o que ampliaria riscos outrora inexistentes, em claro conflito com

princípios regulatórios. Também haveria uma tendência a ataques muito fragmentados e parciais, que enfraqueceriam a dimensão regulatória global.⁴⁶⁵ Finalmente, por mais simplório que possa parecer, há uma dificuldade em se avaliar esse tipo de performance regulatória (redução de riscos, ampliação de medidas de resiliência), dado que boa parte do trabalho repousa sobre eventos futuros probabilísticos.

Por todo o exposto e dado o longo arsenal de complicações, Baldwin, Cave e Lodge (2012) vêm fortes limitações na ferramenta. A abordagem teria muita dificuldade de entregar bons resultados de forma autônoma, e apresentaria problemas intrínsecos de justificação e de legitimidade para um uso recorrente. Seu uso poderia ser positivo, porém, se combinado com outras estratégias. No mais, a falta de estabilidade inerente à abordagem é um enorme desafio que ainda precisa ser superado.

6.8. Análise Multi-critérios

Como rápido tópico de fechamento do eixo de aspectos metodológicos em sentido estrito, importa fazer constar, para que não haja dúvidas quanto ao uso da expressão, a figura da análise multi-critérios. Trata-se de expressão que novamente é mais citada do que explorada pela literatura. É plenamente possível detectá-la, embora sob outros nomes, nos RIAs que congregam diferentes ferramentas e metodologias. Na forma como apresentada, trata-se mais de uma agregação de parâmetros em um mesmo exame do que, propriamente, uma metodologia autônoma de avaliação.

O debate coloca-se, em especial, no caso dos RIAs integrais, como o exemplo europeu. Para evitar os alegados riscos inerentes aos exames de custo-benefício, que fechariam os olhos a aspectos sócio-ambientais importantes, propõe-se uma matriz composta por diferentes elementos aptos a avaliar diferentes alternativas legislativo-regulatórias — critérios econômicos, sociais, ambientais são conjuntamente observados. Em modelos efetivamente plurais, faz-se mais do que a mera aglutinação de impactos nas diferentes searas: pontuam-se as soluções propostas de acordo com os diferentes critérios, atribuindo-se pesos específicos a cada um deles.

⁴⁶⁵ Para rol completo de críticas, cf. BALDWIN, CAVE & LODGE (2012, cap. VI e XIII).

Todas as dificuldades referentes a cada um dos instrumentos em causa — dificuldades de quantificação e monetização etc — podem ser aqui mobilizados. Não obstante, o método enfrenta um problema adicional que lhe é central: como valorar os diferentes impactos envolvidos. Para que as opções sejam de fato comparáveis, é preciso que se atribua valor aos diferentes critérios, de forma a se obter uma resposta padronizada. Essa necessária definição carrega em si a subjetividade inerente aos exercícios de valoração, atingindo fortemente a visão racional-objetiva, supostamente neutra, dos que defendem o uso da ferramenta.

Seja como for, a ferramenta também tem em sua falta de forma um potencial a ser explorado. Algumas das amarras típicas de metodologias descritas acima aqui não se colocam, ou podem ser minoradas. O desafio está em encaixar peças avaliativas diversas, previamente ao início do seu uso, de uma maneira publicamente justificável, sem comprometer em demasia a promessa racional-objetiva das políticas legislativo-regulatórias.

7. Aspectos Construtivos e de Coleta de Informações

Os chamados aspectos construtivos e de coleta de informações referem-se, essencialmente, à forma como a decisão e o texto que a engloba são embasados e elaborados. Diz respeito ao levantamento de informações que dão lastro à solução proposta, tanto coletadas ativamente pelo poder público quanto oferecidas por partícipes externos. Com algumas ressalvas, é possível dizer que estão em causa os aspectos externos da construção normativa, provenientes de fora do *iter* produtivo.⁴⁶⁶

Não faz parte do objeto desta tese discutir o tema da participação na produção legislativa ou, de modo mais amplo, na própria política legislativo-regulatória. Por decorrência, não serão debatidas formas e nuances de coleta de informações durante a elaboração e a execução de determinada intervenção, em que pese o ponto seja, em muitos

⁴⁶⁶ As ressalvas valem porque a apresentação não é exata. Há elementos externos que são considerados em outras categorias de elementos da política legislativo-regulatória, como na montagem de estratégias regulatórias que demandam informações de forma intensiva, bem como aspectos internos envolvidos com a coleta de informações (planejamento, definição dos desenhos experimentais, tratamento dos resultados etc).

momentos, tangenciado. Como explicitado, não se afirma que o eixo é menos relevante. Ao contrário, assume-se que seu tratamento é deveras complexo, de íntima relação com teorias democráticas, merecendo abordagem específica.

Não obstante o recorte metodológico, dois subtemas merecem ser explorados. O primeiro diz respeito a recentes avanços na questão participativa, especificamente no cenário brasileiro. Importa mostrar que, a despeito da frágil observância de sua política legislativa, o país avança para um modelo dinâmico de participação na construção de textos normativos.

Depois, em enquadramento passível de crítica, mas funcionalmente justificável, serão expostas as figuras dos testes e dos experimentos legislativos. Parte-se da premissa de que, uma vez voltados essencialmente à produção de informações reais sobre a intervenção e não relacionados especificamente às metodologias de análise, seu encaixe nessa categoria seria menos problemático. Para facilitar a exposição, também será abordado neste tópico o tema da legislação temporária.

7.1. Democratização do Processo de Elaboração Normativa

Há um profundo debate relativo aos aspectos de participação e de consultas no âmbito da construção de políticas. Ele parte das teorias democráticas e aterriza em questões bastante pragmáticas, como as possibilidades de garantia de isonomia na manifestação e no recebimento de interessados. De um lado há os que, em argumento quase paradoxal, propõem o fechamento de portas como forma de evitar captura e de garantir o interesse público. De outro, cresce a passos largos a percepção da importância de modelos mais abertos e democráticos, em que a relação entre poder público e sociedade civil é de transparência e cooperação, não de oposição.⁴⁶⁷

Como adiantado no capítulo II, o Brasil prospera naquilo que se tem qualificado como democratização do processo de elaboração normativa. Em uma primeira vertente,

⁴⁶⁷ Veja o que aponta Sunstein sobre seu trabalho na OIRA: *“Indeed, the importance of receiving such comments may have been the chief lesson I received during my time at OIRA. The dispersed information of the public — usually citizens of United States, but sometimes non-citizens as well — is an essential part of the rule-making process. Time and again, proposing rules were subject in advance to intense thinking and scrutiny, but the public comments revealed that he had missing something - sometimes something crucial. By listening what people had to say, we avoided serious errors.”* (SUNSTEIN 2013a, p. 114-115).

avança mediante o estabelecimento e o fortalecimento de conselhos setoriais e, fundamentalmente, a partir da realização de conferências nacionais temáticas. Embora não se relacionem explicitamente com a construção de atos normativos, ampliam fortemente a participação popular na construção das diretrizes das políticas que serão posteriormente positivadas.⁴⁶⁸ Em segundo eixo, inova ao experimentar e utilizar modelos dinâmicos de consulta e participação no processo de elaboração legislativa.

Na esteira do que propôs Guilherme de Almeida (2015b), qualifica-se como estático o modelo de consulta pública em que o cidadão se dirige ao poder público, usualmente mediante correio eletrônico, em uma relação direta e bilateral. Neste modelo, a manifestação em causa não está sob escrutínio público, e não há oportunidade de a incrementar, ou de debater outras sugestões eventualmente apresentadas sobre o mesmo tópico. Era esta a prática básica do governo federal ao menos até o final de década passada.

Já o modelo dinâmico permite a interação entre todos os envolvidos, qualificando os resultados obtidos e, em certa medida, facilitando o trabalho de coleta de informações e de consolidação das sugestões por parte do poder público. Ele foi adotado, por exemplo, no debate relativo ao chamado do Marco Civil da Internet, em que qualquer cidadão pôde sugerir ajustes e debater com seus pares propostas tanto em relação ao texto básico quanto, especialmente, em relação a cada item do texto normativo propriamente dito.⁴⁶⁹

Os ganhos do segundo desenho são das mais variadas ordens: (i) a equalização dos partícipes que, ao menos teoricamente, passam a estar em pé de igualdade — um internauta do interior do país contribui da mesma maneira que a grande corporação de audiovisual —; (ii) a aglutinação de informações por vezes não possuída pelo legislador-regulador — há novos pontos de vista, novos dados etc —; (iii) o trabalho ativo e flexível de partícipes não-governamentais, gerando benefícios públicos — no caso do Marco Civil, dados foram organizados por agentes de fora do governo, ou mesmo “hackeados”,

⁴⁶⁸ Segundo informações da Secretaria Geral da Presidência da República, entre 2003 e 2013 foram realizadas 97 conferências nacionais em 43 temas distintos, com a participação de mais de 9 milhões de pessoas em suas diversas etapas. Para debate acerca da relação entre deliberações em espaços participativos e propostas legislativas cf. POGREBINSCHI (2010). Para recente discussão jurídica acerca da política nacional de participação social cf. SPÉCIE (2015).

⁴⁶⁹ O Marco Civil da Internet (Lei 12.965, de 23 de abril de 2014), que estabelece princípios e garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, foi construído a partir de sucessivas consultas públicas fomentadas pelo governo federal, sob a liderança da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça - SAL/MJ e com o apoio do Ministério da Cultura e do Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas. Cidadãos puderam contribuir tanto sobre o texto-base quanto sobre a proposta normativa, com a possibilidade de debates por sub-tópicos abertos pelos próprios usuários.

auxiliando a organização temática e direcionando o debate;⁴⁷⁰ (iv) o fomento à publicização ativa de documentos — a entrega de posições político-econômicas era estimulada, mas os documentos recebidos de outras formas eram invariavelmente digitalizados e disponibilizados *on line*; (v) o teste de argumentos e do humor do setor, tanto sob o ponto de vista do impacto esperado quanto sob o ponto de vista político; (vi) o ganho de legitimidade ao processo.⁴⁷¹

O Marco Civil da Internet deixou à Administração Pública brasileira um legado de construção participativa e colaborativa. Ademais, ele tem sido aceito mundialmente como exemplo bem-sucedido de democratização do processo de elaboração normativa.⁴⁷² Não apenas em seu procedimento, aberto e plural, mas também em seu conteúdo, que se consolidou como inovador. Isso sinaliza, dentre outras coisas, possíveis ganhos qualitativos inerentes a desenhos mais participativos. Sob a ótica da política legislativa, o exemplo mostra ser possível congregar qualidade técnica e participação efetiva.

Vale, por fim, uma ressalva pertinente. É que alguns países, como o Reino Unido, começam a apontar uma espécie de esgotamento ou fadiga de processos consultivos cada vez mais amplos e complexos (VALENTE 2010, p. 121). O uso excessivo de ferramentas consultivas estaria colocando o eixo de democratização em xeque. Sob a ótica desta tese, o problema parece repousar sobre as técnicas e os instrumentos utilizados, e não propriamente sobre seu pressuposto. É importante ter a ressalva em mente, em que pese o desenvolvimento do tema exija momento específico.

7.2. Legislação Temporária, Legislação Experimental e Testes Legislativos

Passe-se agora a tema que parece ter um bom espaço para avanços futuros: o tema da legislação temporária e dos testes legislativos. Ambos são usualmente tratados sob uma

⁴⁷⁰ Uma comunidade chamada *Transparência Hacker* criou a “árvore de palavras” do Marco Civil, que apresentava os elementos mais citados no debate e permitia pesquisas por termos. Durante um dos maiores eventos de tecnologia do país (*Campus Party Brasil*), em 2010, grupos dedicados a organizar os dados referentes à consulta pública foram montados, como o Observatório do Marco Civil. Cf. G. ALMEIDA (2015b).

⁴⁷¹ Lodge e Wegrich (2012) apontam que o Reino Unido também colocou *drafts* a serem comentados e opinados pelo público, mas sob uma ótica de redução de fardos administrativos.

⁴⁷² Para repercussão internacional e aceitação do modelo brasileiro como parâmetro para a discussão da Internet no mundo, cf. ALMEIDA (2015b).

mesma rubrica. Não obstante, cabe pequeno ajuste terminológico, de modo a facilitar a compreensão. Segundo Ranchordás (2015), é possível identificar a figura da lei temporária como gênero no qual existem diferentes espécies, como *emergency legislation*, *temporary-effects laws*, *zero-base budget laws*, *sunset laws (sunset clauses)* e *experimental legislation*.

Como visto no capítulo anterior, a política legislativa brasileira faz menção às normas temporárias. Todavia, sua utilização ou mesmo sua consideração como alternativa é extremamente baixa, para não dizer irrelevante (1,7 em escala crescente de 1,0 a 5,0). O tema é também ausente, grosso modo, na doutrina brasileira. O interesse internacional, por sua vez, tem crescido, em que pese sua mobilização ainda não seja larga (GUBLER 2014).

Seu emprego pode ser bastante benéfico em tempos de mudanças rápidas e abruptas, ou em condições de extrema incerteza: ao fim e ao acabo, a imprecisão que marca parte das situações sociais atuais e a falta de informação que sublinha a produção normativa tradicional são atacadas. Pode servir para angariar apoio público, para gerar ou incrementar a qualidade de dados disponíveis, e para evitar eventuais danos em escala mais ampla. Em suma, permite a implementação por etapas, a revisão e o ajuste das políticas regulatórias. Pode gerar, mesmo contra-intuitivamente, maior certeza jurídica no longo prazo.

O emprego da legislação temporária e experimental é condizente com os pressupostos que pautam essa tese: a necessidade do uso de elementos empíricos e a percepção de que a intervenção pública precisa atingir melhores resultados. Também é íntima sua relação com a abordagem finalístico-instrumental do ato legislativo. Replica-se, com ajustes e ressalvas, o modelo de tentativa e erro inerente ao avanço científico. Mas para que sua utilização seja considerada, é preciso compreendê-la adequadamente.

7.2.1. *Sunset Laws (Sunset Clauses)* e experimentos legislativos

Segundo Ranchordás, “*a sunset clause is a provision that determines the termination of a statute, specific provision, programme, or agency, unless there is solid evidence that the latter should be renewed for another fixed period.*” (2015, p. 30).⁴⁷³

⁴⁷³ Para o tema, cf. também HABER (2011), MADER (2001).

Trata-se, portanto, de cláusula específica (*sunset clause*) que atribui ao ato normativo um prazo de validade, criando a chamada *sunset law*. Dois são seus requisitos essenciais: (i) a limitação temporal (duração limitada) e (ii) a previsão de uma avaliação *ex post*. Inverte-se a lógica da prática legislativa: para que a lei se mantenha vigente, cabe ao legislador provar, depois de determinado período, que ela funcionou.

Suas novas vestes datam da década de 70, a partir de experiências ocorridas especialmente nos EUA, que viveu um *sunset-clause boom* entre 1976 e 1982.⁴⁷⁴ Em que pese o ensaio não tenha trazido resultados inequivocamente positivos, dado o alto custo das avaliações e a prática de renovações automáticas, há um importante crescimento recente em sua aplicação. Sua adoção em nível europeu foi sugerida, com ressalvas, pelo relatório *Mandelkern*, acima citado, ainda em 2002. Em desenvolvimentos mais novos, o uso de *sunset clauses* e de cláusulas de revisão passou a ser mandatório em algumas situações no Reino Unido, como por exemplo medidas domésticas ou transposição de diretivas européias que custem às empresas mais de um milhão de libras anuais.⁴⁷⁵

Experimentos legislativos, por seu turno, referem-se a leis ou regulamentos que introduzem regras contrárias à legislação vigente por um período fixo, destinados a um grupo limitado de pessoas ou a um determinado território pré-selecionado (grupo de tratamento), também sujeitos à avaliação periódica ou final. Há derrogação da legislação vigente, mas na forma e nos limites trazidos pela lei que autoriza o teste. Almeja-se a avaliação prévia com vistas à manutenção, à prorrogação e eventualmente à ampliação, com ou sem adaptações, de seus efeitos.⁴⁷⁶ Aqui, a idéia de “experimento” liga-se menos ao ideal de teste e mais ao de cientificidade, controle de resultados e obtenção de informações.⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ Segundo Ranchordás (2015, p. 4 [n. 17]), a primeira *sunset law* em sua roupagem contemporânea foi uma lei do estado do Colorado, nos Estados Unidos, de 1976. Segundo Lodge e Wegrich, Austrália, Nova Zelândia e Canadá também apresentaram experiências anteriores às européias (2012, p. 208 e ss.).

⁴⁷⁵ Para detalhamento das regras, cf. *Better Regulation Framework Manual* (2015), em especial p. 30 e ss. Cf. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/421078/bis-13-1038-Better-regulation-framework-manual.pdf. Acesso: 11.08.2015. As normas também não podem se enquadrar em hipóteses de *fast track*. No caso de emendas, a *sunset clause* pode ser aplicada apenas à alteração.

⁴⁷⁶ “*Experimental legislation is a first step towards lasting legislation: new rules are enacted on an experimental basis, their effects and side-effects are evaluated, and should these rules prove to be effective, they can be adapted and converted into permanent laws.*” (RANCHORDÁS 2013, p. 419).

⁴⁷⁷ Seria melhor qualificá-las como leis “exploratórias”, ou “*learning legislative instruments*”. Cf GUBLER (2014); RANCHORDÁS (2013, 2015).

Em resumo, testa-se a medida de maneira temporalmente limitada e em menor escala, nos limites estritos da lei que a autoriza ou a institui, com o fito de coletar evidências empíricas sobre situações (normalmente incertas) que justificarão sua ampliação ou seu abandono. E sem colocar toda a sociedade diretamente sob sua égide.⁴⁷⁸ Vê-se que, para além da temporalidade e da obrigatoriedade de avaliação, as leis temporárias experimentais também possuem outros elementos que lhe são intrínsecos: a explicitação de seus objetivos, limites e critérios de avaliação.⁴⁷⁹

Há inúmeros exemplos de experimentos legislativos. Em medida inicialmente válida para poucas vias e depois ampliada a todo o país, a Holanda testou — e aprovou — a implantação de limites dinâmicos de velocidade nas estradas, a depender das condições de pista e climáticas.⁴⁸⁰ Na França, para além de experiências normativas locais, lei experimental sobre o aborto de 1975 dissipou dúvidas correntes e tornou-se *perene* em 1979.⁴⁸¹ Na Suíça, a política sobre drogas adotou, em regime de teste, a ministração controlada de heroína a dependentes. Na Alemanha, a abordagem é frequente em sede estadual, sendo conhecida como *teste de realidade* (expõe-se a norma à vida real, obtendo dados relevantes sobre aplicação e efeitos). Finalmente, nos Estados Unidos, algumas experiências serviram, inclusive, para destravar situações de impasse legislativo: dado o desacordo relativo aos meios, as medidas foram testadas para avaliar seus resultados.⁴⁸²

Questionamentos práticos e teórico-jurídicos cercam o uso de *sunset laws* e de experimentos legislativos. Sob o ponto de vista prático, alguns elementos dificultam sua aceitação e sua aplicação. Gubler (2014), por exemplo, aponta como problemática a tendência a um *path dependence* legislativo: haveria uma dependência da trajetória do ato normativo que sempre complicaria sua alteração. A dificuldade de mudanças seria severamente potencializada no caso de leis temporárias, que se sujeitam a avaliações *ex*

⁴⁷⁸ “When little is known about this type of situations, an experimental regulation can be a better alternative to regulating in the dark or ‘putting the whole nation at risk’”. (RANCHORDÁS 2015, p. 8).

⁴⁷⁹ Cf. MADER (2001); RANCHORDÁS (2013, 2015).

⁴⁸⁰ O Ministério dos transportes holandês testou limites dinâmicos de velocidade nas estradas entre 2009 e 2012, selecionando algumas vias específicas para serem monitoradas. A experiência foi exitosa e a prática acabou adotada em todo o país. Os dados gerados também serviram para qualificar o debate sobre o tema.

⁴⁸¹ Loi n° 79/1204, de 31 de dezembro de 1979. Cf. <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000705056>>. Acesso: 17.11.2015.

⁴⁸² Para exemplos, MADER (2001); RANCHORDÁS (2013, 2015).

post, ao exames de seus resultados e a um novo processo legislativo para eventual adoção perene.

O autor também aponta como requisito central aos experimentos legislativos a capacidade de aprendizagem (*capacity of learning*). Seria necessário assegurar que os dados serão efetivamente colhidos e avaliados em vistas a uma decisão futura. Não obstante, a exigência não se coaduna plenamente com algumas leituras teóricas sobre capacidade de aprendizagem no setor público (RADAELLI 2009a), nem com desenhos políticos de mandatos de curto prazo.

Finalmente, o autor adverte que, à luz da economia política entendida sob teorias como a da *public choice*, custos relativos a leis experimentais para os grupos de interesse são em regra maiores do que aqueles relativos a leis de estágio único. Sob a mesma ótica teórica, o uso de experimentos legislativos seria mais adequado a decisões técnico-administrativas em agências (*rulemaking*) do que, propriamente, a definições parlamentares (*lawmaking*).⁴⁸³

Há ainda cuidados que devem pautar esse tipo de abordagem. No caso das *sunset laws*, os problemas recaem especialmente sobre o ambiente de negócios. Sob o ponto de vista econômico, períodos curtos que não considerem o tempo do retorno de investimentos, por exemplo, podem atrapalhar boas tentativas. Há exemplos concretos de efeitos negativos nos EUA, no setor de energia, bem como em alguns estados da Alemanha.⁴⁸⁴ Lodge e Wegrich (2012) também alertam para aumentos no risco de captura, visto que intervenções colocadas em teste podem chamar a atenção apenas dos beneficiados pela medida e incentivar avaliações com viés.

7.2.1.1. Questões jurídicas: certeza, segurança e isonomia

Sob o aspecto jurídico, os questionamentos relativos à legislação temporária enquanto gênero e, em especial, às suas espécies *sunset law* e experimento legislativo, são essencialmente de duas ordens. Em primeiro lugar, estaria em causa a segurança jurídica,

⁴⁸³ “As a laboratory of experimentation, Congress is probably not as effective as an administrative agency. Although Congress is perfectly capable of adopting experimental rules, there are no real mechanisms that ensure that later-stage decisions will reflect the data generated by the experiment.” (GUBLER 2014, p. 147).

⁴⁸⁴ Cf. RANCHORDÁS (2015, p. 15). Para problema de temporalidade similar relativo à avaliação estrita de políticas públicas, cf. JANNUZZI (2013).

particularmente suas feições de estabilidade e previsibilidade. Em segundo lugar, haveria problemas de isonomia: a coexistência de regras diferentes, em especial nos testes legislativos, seria constitucionalmente injustificável. Cabem avaliações mais detalhadas acerca de cada um deles.

Embora o princípio da segurança jurídica não necessariamente receba tratamento idêntico nos diferentes sistemas legais, é fato que ele permeia o bloco de constitucionalidade contemporâneo. Traz em seu bojo diferentes aspectos. Há a ideia de previsibilidade — antever as conseqüências de determinada ação —, de estabilidade — evitar o arbítrio nas alterações das regras aplicáveis —, e, claro, a idéia de confiança — há uma legítima expectativa de efeitos por parte dos cidadãos.⁴⁸⁵ Não obstante, a relação entre legislação temporária e insegurança jurídica não parece plena nem direta.

De início, nada justifica que a “incerteza potencial” trazida por *sunset laws* seja mais ampla do que a de leis perenes. Como aponta Mader (2001), em certa medida toda lei é experimental, baseada em tentativa e erro.⁴⁸⁶ Em verdade, não é possível eliminar níveis mínimos de risco e incerteza da produção normativa, sendo fundamental lidar com o fato de que leis ficam obsoletas e precisam ser ajustadas. Como defende Ranchordás (2015), o fato é que leis perenes se baseiam em uma ilusão de segurança, calcada em chaves irreais de imutabilidade contextual ou de infalibilidade. Resultados práticos derivados de experimentos podem ampliar a legitimidade e a aceitação de determinadas intervenções.

Ademais, apesar de suas dificuldades práticas, testes legislativos sujeitos à avaliação são processos de aprendizagem. Equivalem a um desenho de implementação em estágios múltiplos: permitem testar a intervenção em pequena escala, produzir informações relevantes e, claro, proporcionar o avanço mediante tentativa, erro e correção.⁴⁸⁷ Podem evidenciar o que de fato ocorre na prática, dando maior — e não menor — segurança à atuação regulatória futura.

⁴⁸⁵ Para paradoxos inerentes à idéia de segurança jurídica, cf. POPELIER (2008) e RANCHORDÁS (2015). Para defesa da inclusão do elemento probabilístico na produção normativa, cf. Van AEKEN (2009).

⁴⁸⁶ Cf. também RUBIN (1989, p. 423).

⁴⁸⁷ “*Experimental legislation allows legislators to submit new rules to a ‘reality check’, testing their effectiveness on a small-scale basis before their implementation is extended to the whole country. Moreover, experimental legislation is an information-production mechanism and a valuable source of evidence to justify the adoption of specific rules. In addition, experimental legislation grants the opportunity to legislators not only to try and fail but also to learn from their mistakes.*” (RANCHORDÁS 2013, p. 416).

Testes legislativos também podem proporcionar transições mais suaves de regimes normativos, já que sinalizam rumos e investigam seus efeitos, bem como podem permitir a superação de impasses legislativos. Ainda, permitem abordagens locais para problemas específicos, que merecem tratamento diferenciado ou ajustado a peculiaridades. Em suma: experimentos de escopo reduzido bem executados parecem, em verdade, mais seguros do que a chapada implementação de normas perenes, baseadas em uma visão estática.

Quanto ao debate sobre isonomia, o problema alegado seria evidente: grupos de tratamento e de controle estariam sob égide normativa distinta, sendo tratados de forma diferente em um mesmo momento. De fato, em um teste legislativo, tal diferença de regimes é pressuposta (ainda que com aval legislativo para tanto).⁴⁸⁸ Todavia, parece estar em causa não uma trava jurídica apriorística, mas sim uma questão de dogmática de direitos fundamentais.

Afastando-se da teoria interna dos direitos fundamentais, que defende um suporte fático restrito e a delimitação *a priori* de seu âmbito de proteção⁴⁸⁹, e aceitando parte das propostas da teoria externa dos direitos fundamentais, que defende um suporte fático amplo e a restrição *a posteriori* dos direitos, tais medidas estão invariavelmente sujeitas ao crivo da regra da proporcionalidade.⁴⁹⁰ Restaria saber, ao fim e ao cabo, se no caso concreto (decisão legislativa) o teste proposto é adequado, necessário e proporcional em sentido estrito.

Segundo Ranchordás (2013), sob essa ótica tem se dado o debate em sede constitucional. Holanda, França, Alemanha e Portugal já tiveram casos judicialmente discutidos nesta seara. O instrumento legislativo foi, como regra, aceito, desde que respeitadas as ressalvas e os cuidados pertinentes reforçados pelos tribunais. Para além do respeito ao bloco de constitucionalidade, geralmente propugnou-se a clareza de objetivos e de instrumentos de mensuração, bem como a garantia de níveis aceitáveis de estabilidade e continuidade do ordenamento para o cidadão comum.⁴⁹¹ A Corte Constitucional alemã

⁴⁸⁸ “the differentiated treatment introduced by an experimental law is inherent to the central goal of this legislative instrument: to produce and gather more information as to the effectiveness of a new law. A proportional and non-arbitrary differentiation for this sake shall not violate the principle of equal treatment” (RANCHORDÁS 2013, p. 438).

⁴⁸⁹ Cf. MÜLLER (1989, 1995, 2003, 2005).

⁴⁹⁰ Cf. ALEXY (2002a, 2002b). Para debate, cf. PAULA (2010a); SILVA (2002, 2009).

⁴⁹¹ Cf. HABER (2011, p. 112); RANCHORDÁS (2013, 2015).

pôde manifestar-se a esse respeito em algumas oportunidades, também colocando a intervenção legislativa sempre sob o crivo da proporcionalidade. No mesmo sentido a Corte Portuguesa, que em 2008 analisou ato normativo que propunha experimento com vistas a simplificar a legislação processual civil em um número reduzido de tribunais.⁴⁹²

A propósito, autores como Gubler (2014) defendem uma maior deferência das cortes ao legislador na revisão de leis experimentais, como forma de incentivar sua adoção. Propugnam que o foco da análise judicial inicial recaia essencialmente sobre elementos procedimentais, e não sobre elementos substantivos da decisão. A postura encorajaria seu uso e evitaria decisões *a priori* que sequer considerem os resultados práticos da ação governamental. Pede-se como contraparte, claro, uma avaliação *ex post* mais rigorosa, já à luz dos dados obtidos no experimento.

Em resumo, existem sinais positivos crescentes no que se refere ao uso da legislação temporária e experimental. Tais instrumentos são bastante úteis à produção legislativa calcada em dados empíricos e, ainda que pareça contra-intuitivo, podem incrementar o grau de segurança das decisões legislativas. Todavia, também não são fórmulas mágicas. Há dificuldades práticas e críticas jurídico-teóricas relevantes, em que pese exista boa margem para sua superação.

Ademais, na linha das condições político-estruturais que cercam a produção legislativa, existe ainda um forte problema que lhes é inerente. É que experiências, tentativas e eventuais erros têm pesos diferentes para a ciência e para a política.⁴⁹³ Com a explícita assunção de uma abordagem baseada em evidências, algumas funções da lei — em especial a simbólica — ficam comprometidas. Resultados avaliativos negativos e o custo de novas aprovações legislativas a cada teste não se adequam perfeitamente à leitura política corrente. Sob a ótica tradicional, exporiam equívocos e incerteza dos governantes.⁴⁹⁴

7.2.2. Testes e Experimentos Controlados

⁴⁹² Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 69/2008. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080069.html/>>. Acesso em 12.08.2015.

⁴⁹³ Replicam-se aqui, em verdade, problemas inerentes à produção legislativa de lastro empírico.

⁴⁹⁴ Tais dificuldades, como mostrou Gubler (2014), não seriam desejáveis tanto pelo lado da oferta quanto pelo lado da demanda normativa.

Próximos à figura dos experimentos legislativos estão os testes e experimentos controlados. São expostos em item próprio porque com eles não se confundem. Em regra não produzem efeitos legais imediatos na sociedade e não dependem de inovação no ordenamento ou de derrogação da norma vigente, ainda que condicionada ou em menor escala. Há uma diferença essencialmente temporal: o teste é prévio à alteração legislativa. Ocorre na fase de *pré-drafting*, e não mediante a publicação do ato normativo experimental.⁴⁹⁵

Usualmente, testes e experimentos controlados são voltados à avaliação da política pública em si, não ao seu desenho legislativo. Não obstante, não há motivos para não os aceitar como instrumentos de *meta policieis* na categoria de coleta de informações, ainda que mediatos. Assim como outras ferramentas, produzem elementos empíricos centrais à avaliação de determinada alternativa legislativo-regulatória (legal ou não), que pode ou não ser legalmente adotada.

Parte-se do mesmo pressuposto das outras abordagens temporárias e experimentais: políticos e gestores, por mais bem-intencionados que sejam, frequentemente erram seus diagnósticos e prognósticos. É comum que uma intervenção pública, baseada em julgamentos técnicos e especializados, não atinja seus objetivos, produza efeitos indesejados ou contrários ao que se esperava.⁴⁹⁶ Fatores internos e externos não controlados, fatores comportamentais já discutidos neste capítulo, bem como inúmeros outros problemas práticos, teóricos e metodológicos, previsíveis ou não, respondem por alguns desses desvios. E mais: ainda que se tenha segurança dos benefícios de determinada medida, por vezes não se consegue mensurá-los adequadamente.

O emprego de testes e de experimentos aleatórios controlados (EACs) propõe-se, pois, a mitigar essas dificuldades. A eficiência, a eficácia e a efetividade das intervenções

⁴⁹⁵ "Experimental laws involve experiments with valid laws in the real world, whereas legislative experiments try to test 'laws-to-be' by simulating 'real-world-conditions'". (RANCHORDÁS 2013, p. 422). É claro que existem também testes feitos por centros de pesquisa social, ou projetos-piloto, que podem derivar ou depender de uma autorização legal. Todavia, também diferem da legislação experimental pelos mesmos motivos aqui expostos. Para informações e experiências holandesas nos chamados *proeftuinen*, cf. <<http://www.proeftuininburgering.nl/>>. Acesso: 12.08.2015.

⁴⁹⁶ É famoso o caso norte-americano de uma política de redução de criminalidade conhecida como *scared straight*, que expunha crianças a situações reais de crime, fazendo-as interagir com encarcerados, de modo a melhor compreender as consequências desta opção. Embora o diagnóstico que embasava a *policy* fosse animador, algumas avaliações *ex post* verificaram que os índices de criminalidade relativos a essas crianças em verdade aumentaram. Teria sido mais barato e mais benéfico, simplesmente, não ter feito nada (HAYNES *et alli* 2013).

são testadas. Aprende-se aquilo que de fato funciona com a análise dos resultados da intervenção e adapta-se o que está em curso, em vista de melhores resultados.

Há, de fato, um avanço frente às avaliações tradicionais, visto que os efeitos de uma intervenção podem ser influenciados por fatores não previstos ou não captados em sua montagem.⁴⁹⁷ Com o auxílio de ferramentas metodológicas como seleção randômica de indivíduos em condições altamente similares para grupos de tratamento e grupos de controle, os EACs buscam controlar parte das variáveis externas em jogo.

Vale mencionar que testes e EACs são frequentes e adequados às realidades éticas de cada área de pesquisa. Compara-se a eficiência de medicamentos, por exemplo, há mais de 60 anos, bem como os resultados de inúmeras outras intervenções na área de saúde, com regras estritas de segurança e consentimento. A não ocorrência de testes na área é, hoje, inaceitável, mas nem sempre foi assim.

Não obstante, as experiências não se resumem a tal. O foco da presente apresentação tem como base os inúmeros experimentos relativos a bem-estar social, educação, criminalidade, sistema de justiça e, fundamentalmente, programas de combate à pobreza (HAYNES *et alli* 2013). Atualmente, também são crescentes os testes referentes a questões comportamentais, como as respostas do indivíduo frente a uma cobrança de impostos mais dura, a uma simplificação de formulários ou a uma informação relevante mais saliente.⁴⁹⁸

Como em todos os demais instrumentos discutidos, também aqui há críticas de cunho prático, teórico e ético. Quanto aos elementos éticos, parte dos contra-argumentos mobilizados no debate relativo ao instrumentalismo legislativo feito no cap. I pode ser novamente utilizado (objetivos e instrumentos são frequentemente confundidos). Quanto aos elementos teóricos, valem os argumentos referentes à certeza, à segurança jurídica e à isonomia acima mencionados. Finalmente, no campo pragmático, é comum que se qualifiquem os EACs como (i) caros e (ii) de difícil realização. Tais chaves precisam ser consideradas, mas não sustentam vedações *a priori*.

⁴⁹⁷ Um programa de realocação de mão de obra desempregada ou mesmo de combate à pobreza, por exemplo, pode ser influenciado por aspectos macroeconômicos. Tais efeitos precisam ser isolados para que a mensuração do resultado do programa seja correta.

⁴⁹⁸ Cf. tópico 5.2.

De fato, montar um experimento envolve *expertise* e tempo de preparação. Há passos sequenciais obrigatórios e armadilhas metodológicas de relevo (HAYNES *et alli* 2013). Dentre outros aspectos, é fundamental definir com clareza as alternativas em exame, os resultados a serem medidos e seu critério de mensuração; também é fundamental definir a unidade de randomização (pessoas, escolas, regiões da cidade), o tamanho da amostra, além da forma de monitorar e implementar o experimento.

Todavia, não há obrigatoriedade de montagem de experimentos caros. Ao contrário: a utilização de sistemas e serviços pré-existentes podem trazer os dados necessários ao experimento, com pequenos ajustes, sem grande custo adicional. É o que o *Behavioural Insights Team*, que teve origem e ainda tem relação direta com o governo britânico, qualifica como “*vantagens naturais*”.⁴⁹⁹ Intervenções nas áreas de saúde e educação podem ser medidas pela simples frequência aos postos médicos e às escolas, o que já ocorre rotineiramente e é sistematizado pelo poder público.⁵⁰⁰

7.2.2.1. Experiências e projeções

Veja-se, como exemplo, uma situação real que envolve a Prefeitura de São Paulo. O governo local verificou, em 2013, que era enorme a taxa de absenteísmo (faltas) nas consultas médicas do sistema público de saúde do município (algo em torno de 25%).⁵⁰¹ Para minorar a falha, que gera efeitos negativos tanto ao acompanhamento do indivíduo quanto ao próprio sistema de saúde — haja vista a enorme fila de espera pelos atendimentos —, a prefeitura decidiu telefonar aos cidadãos para lembrá-los da consulta, do local e do horário. Enviou, ainda, SMS aos pré-agendados.⁵⁰²

⁴⁹⁹ O *Behavioural Insights Team* originou-se de uma unidade de ciências comportamentais criada pelo governo do Reino Unido, diretamente vinculada ao gabinete do Primeiro Ministro. Tinha como objetivo central dar mais efetividade às políticas, tornando-as mais simples e intuitivas. Para tanto, conduzem inúmeros testes em pequena escala, com forte lastro empírico, antes de ampliar as iniciativas. Segundo SUNSTEIN (2013c, p. 40), são conhecidos como a unidade dos *nudges*. Cf. <<http://www.behaviouralinsights.co.uk/>>. Acesso: 11.08.2015.

⁵⁰⁰ Uma última crítica trazida por Hausmann (2016) argumenta que os testes em políticas públicas limitam o espectro inovativo, circunscrevendo as alternativas postas a avaliação a apenas duas ou três hipóteses. Haveria, ao final do dia, um entrave temporal ao progresso.

⁵⁰¹ No Reino Unido a taxa é de apenas 10%, embora também seja considerada alta pelo governo. Está em curso um experimento para verificar a melhor forma de reduzir essa falha. Cf. <http://www.behaviouralinsights.co.uk/wp-content/uploads/2015/07/BIT_Update-Report-Final-2013-2015.pdf> (2015, p. 15). Acesso: 11.08.2015.

⁵⁰² Cf. <<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/comunicacao/noticias/?p=144475>>. Acesso: 11.10.2015.

Independentemente dos resultados obtidos, seria possível usar o mesmo instrumento, já contratado e em execução, para testar outras abordagens. Aproveitando as “vantagens naturais”, seria possível executar experimentos controlados com baixo custo e complexidade. Com uma simples randomização dos pacientes em determinada região da cidade seria possível verificar, pelo próprio comparecimento do cidadão à consulta, se mensagens de texto-padrão ou se mensagens de texto personalizadas são mais eficazes. As informações poderiam ainda ser estratificadas com base em informações etárias e de gênero, a apontar diferenças e novos caminhos.

O mesmo vale para cobranças de taxas e impostos. Elas poderiam ser instrumentalizadas por ou acompanhadas de lembretes por email, mensagens de texto padrão ou mensagens personalizadas, com ou sem a inclusão do valor devido. Aqui, inúmeros *inputs* da economia comportamental vêm sendo utilizados nos últimos anos, com bastante sucesso. O Reino Unido testa diferentes abordagens desde 2012, incluindo medidas como informar na fatura de cobrança que um alto percentual da vizinhança já pagou o que era devido, mudar o tom das cartas de cobrança, ou salientar os custos que o não-pagamento de impostos traz à coletividade.⁵⁰³

O avanço de experiências nessa área é evidente. Na academia, Sunstein (2011, 2013a) traz uma série de exemplos de testes já realizados. No campo prático, o Reino Unido, especialmente através do *Behavioral Insights Team*, já conduziu mais de 150 testes nos últimos cinco anos, e tem expandido seu trabalho para outros países. Com forte lastro nos elementos comportamentais, os experimentos incluem temas como cobrança de impostos, redução de furtos de celulares, aumento da doação de órgãos e uso eficiente de aquecedores.⁵⁰⁴ Há ainda as recentes incursões norte-americanas indicadas no tópico 5.2 (nova *EO* relativa a experimentação em políticas governamentais, supervisionada pelo novo *The Social and Behavioral Sciences Team*).

Para além das experiências governamentais, há outros exemplos a serem observados e mencionados nesse campo. A *Alliance for Useful Evidence*, também inglesa, almeja ampliar a demanda e o uso de evidências empíricas em políticas públicas,

⁵⁰³ Cf. <http://www.behaviouralinsights.co.uk/wp-content/uploads/2015/07/BIT_FraudErrorDebt_accessible.pdf>. Acesso: 11.10.2015.

⁵⁰⁴ Para exemplos e áreas de atuação, cf. <<http://www.behaviouralinsights.co.uk/>>. Acesso: 11.10.2015. Para resultados entre 2013-2015, cf. <http://www.behaviouralinsights.co.uk/wp-content/uploads/2015/07/BIT_Update-Report-Final-2013-2015.pdf>. Acesso: 11.10.2015.

especialmente em serviços públicos.⁵⁰⁵ Há também outras organizações, como por exemplo a *Campbell Collaboration*, de matriz norueguesa, ou a *J-PAL*, norte-americana, cujo foco central reside — mas não se restringe — em testar programas e métodos de redução de pobreza, que disponibilizam bancos de dados sobre experimentos em *policies*, com ou sem intervenção legislativa.⁵⁰⁶ Eles podem servir de *benchmark* para testes nesse sentido.

Na esteira do debate sobre testes legislativos, é possível supor que tais abordagens parecem mais adequadas a contextos locais. Não obstante, bons resultados possivelmente podem ser replicados também em nível nacional. Isso vale, em especial, quando se considera que várias políticas federais brasileiras possuem características próximas àquelas de intervenções particularizadas.

Como citado, o primeiro relatório de resultados *The Social and Behavioral Sciences Team*, do governo federal norte-americano, trouxe alguns avanços relevantes.⁵⁰⁷ No caso brasileiro, uma série de políticas federais também poderia ser beneficiada. Pense-se, por exemplo, no programa de Assistência Técnica e Extensão Rural (ATER), que almeja ampliar a capacidade produtiva de unidades rurais, a cargo dos Ministérios do Desenvolvimento Social (MDS) e do Desenvolvimento Agrário (MDA).⁵⁰⁸ Pequenos ajustes na abordagem com os familiares, bem como nos formulários do programa, podem ser testados de forma controlada, com baixo custo e baixa complexidade, gerando informações relevantes com o intuito de ampliar seus resultados.

Importa lembrar, finalmente, que muitas das políticas públicas aqui citadas não demandam intervenções legislativas iniciais, ou mesmo base legal primária específica. No caso da saúde, uma mera portaria secretarial poderia implementar o teste (o que o aproximaria, analiticamente, de um teste legislativo). Nada impede, contudo, que a medida seja legalizada *a posteriori*, de modo a ampliar seus benefícios. Ou que o mesmo raciocínio de captação prévia de evidências seja utilizado em intervenções legislativas mais robustas.

⁵⁰⁵Cf. <<http://www.alliance4usefulevidence.org>>; cf., em especial, <<http://www.alliance4usefulevidence.org/assets/Final.pdf>>. Acesso: 13.09.2015

⁵⁰⁶ Cf. <<http://www.povertyactionlab.org/>>. Acesso: 19.11.2015. Também cf. <<http://campbellcollaboration.org>>. Acesso: 12.08.2015.

⁵⁰⁷ Cf. <<https://sbst.gov/assets/files/2015-annual-report.pdf>>. Acesso: 21.01.2016.

⁵⁰⁸ Cf. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12512.htm#art9>; <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7644.htm>. Acesso: 17.11.2015.

8. Outras Ferramentas

Fechando o rol de ferramentas, métodos e metodologias aqui apresentado, de modo a oferecer o estado da arte ao debate sobre uma nova política legislativo-regulatória no Brasil, cabe ainda um último tópico. É que existem algumas outras ferramentas sendo utilizadas no âmbito das políticas de incremento da qualidade legislativo-regulatória que ainda não foram tratadas. São ferramentas transversais, ou que não se aplicam diretamente à construção do ato normativo em espécie (apesar de centrais à qualidade do ambiente legislativo-regulatório). Dada a dificuldade de enquadramento em uma das quatro grandes categorias, propõe-se tratamento em apartado.

De início, bastante ligadas ao SCM e ao tratamento formal da legislação, há algumas ações que atacam a quantidade e a qualidade do estoque regulatório. Tais abordagens sinalizam ao mercado e aos cidadãos um maior cuidado frente à simplicidade de procedimentos, à acessibilidade das normas e, em suma, à própria segurança jurídica. A partir da simplificação de exigências, da redução do volume total e da sistemática atualização da legislação vigente, reduzem-se custos privados (fardos administrativos) e públicos (maior segurança frente às obrigações válidas, menor emprego de recursos para avaliação de informações desnecessárias, mais matéria-prima para ações de *enforcement* etc).

Já foram mencionados elementos de limpeza de estoque legislativo, como as propostas de redução quantitativa em âmbito global, ou mesmo as metas específicas por departamento ou ministério. A redução de 25% do estoque regulatório, como visto, foi adotada pela própria UE. Está agora em voga a prática do *one-in, one-out*, que consiste em garantir que a cada nova norma regulatória uma antiga será retirada do ordenamento ou, de forma mais precisa, que os novos custos administrativos gerados serão compensados pela retirada de obrigações anteriores de peso ao menos equivalente.

A prática foi expressamente adotada pelo Reino Unido a partir de 2010. Em verdade, a previsão britânica atual fala em *one-in, two-out* (OITO) para regulação que

atinja empresas e organizações.⁵⁰⁹ Em tese, ela é benéfica por evitar a edição desmesurada de novas normas, e também por limpar o ordenamento de normas antigas e desnecessárias. Voermans (2013b) também aponta que, embora com pressupostos ainda não exatamente provados, a prática contribuiria para uma importante mudança de cultura regulatória.

Políticas dessa estirpe também sofrem críticas. No caso da *one-in, one-out*, alega-se a baixa efetividade sob o ponto de vista da melhoria regulatória, já que bancos de leis absolutamente inexpressivas, que não tem apoio de nenhum grupo, são facilmente manejáveis.⁵¹⁰ A depender de suas regras, o mecanismo também seria facilmente burlável com a fusão de normas tomando o lugar da criação.

Ainda sob a ótica dos ajustes legislativos, é interessante apresentar a abordagem holandesa que consiste no travamento de mudanças recorrentes em um mesmo ato. Parte-se do pressuposto de que, a partir de determinado grau de alterações pontuais ou incrementais (40%), é hora de revisar determinada proposta legislativa por completo. Abandonam-se ajustes tópicos e, a partir de uma nova rodada de consultas, remonta-se o ato normativo. Almeja-se fugir dos padrões estabelecidos, frequentemente viciados, que impedem mudanças mais profundas.

Um outro elemento, já tradicional na experiência internacional, mas que ainda chama atenção, é o uso sistemático de planos ou roteiros legislativos. Basicamente, ao início de cada período legislativo indica-se um rol de temas que estarão sob revisão. A medida é adotada por inúmeros países como Dinamarca, Suécia, Finlândia, Eslovênia, e Reino Unido (*Legislative Programming Committee*),⁵¹¹ e também faz parte das tarefas de Comissão Europeia há mais de uma década.⁵¹²

A sugestão de debates minimamente planejados traz em si, *a priori*, uma série de efeitos benéficos. Primeiro, exige avaliação profunda da legislação vigente, pinçando

⁵⁰⁹ Cf. <<https://www.gov.uk/government/collections/one-in-two-out-statement-of-new-regulation>> Acesso: 13.11.2015. Para *Better Regulation* no Reino Unido, cf. <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/468831/bis-13-1038-Better-regulation-framework-manual.pdf>. Acesso: 13.11.2015.

⁵¹⁰ Lodge e Wegrich chamam-nas de "leis zumbis". (2012, p. 210).

⁵¹¹ Para exemplo, veja o guia legislativo de 2015 preparado pela *Parliamentary Business and Legislation (PBL) Secretariat* em conjunto com seus pares do processo legislativo. Cf. <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/450239/Guide_to_Making_Legislation.pdf>. Acesso: 13.11.2015.

⁵¹² Para programas europeus, a partir de 2005, cf. <http://ec.europa.eu/atwork/key-documents/index_en.htm>. Acesso: 13.11.2015. Para outras experiências nacionais, cf. VOERMANS & NAPEL (2012).

tópicos que necessitam de processos revisionais.⁵¹³ Internamente, a tarefa serve para definir prioridades, com impacto positivo na produtividade do setor público. Gera ganhos de aprendizado e organizacionais, forçando a coordenação e a relação interdepartamental. Ademais, transmitem-se sinais de planejamento e previsibilidade, com impacto positivo nas percepções de confiança.

Os planos legislativos por certo não se propõem a esgotar a temática da produção legislativa de determinado período. Sequer poderiam fazê-lo. Muitos ajustes decorrem da própria dinâmica político-econômica ou, ainda, de eventos inesperados. Também demandam uma boa compreensão temporal, um bom sincronismo com os ciclos orçamentários e legislativos, assim como um forte apoio das lideranças políticas. Ainda assim, colocam-se em jogo elementos mínimos de planejamento que, embora frequentes na Europa, praticamente inexistem no Brasil.

9. Da Avaliação *Ex Ante* à Avaliação *Ex Post*: novos rumos?

Ao longo do debate sobre a matriz de instrumentos e ferramentas que compõem uma política legislativa contemporânea, ficou claro existirem ao menos duas dicotomias tradicionais. A primeira, entre avaliações formais e materiais, já foi explorada. A segunda, entre avaliações prospectivas ou *ex ante* e avaliações retrospectivas ou *ex post*, ainda merece um olhar apurado.⁵¹⁴

Em conceitos simples, é possível definir como avaliação (i) prospectiva ou *ex ante* aquela realizada em momento anterior ao da edição do ato legislativo-regulatório, em que se almeja prever e avaliar a adequação de potenciais efeitos de determinada alteração legislativa,⁵¹⁵ e como avaliação (ii) retrospectiva ou *ex post* aquela realizada em momento

⁵¹³ A inclusão de determinado tema nos planos legislativos também pode derivar de ocorrências inesperadas ou obrigações legais.

⁵¹⁴ Karpen (2009) fala ainda em um terceiro tipo, qual seja, a “avaliação concorrente”, que ocorreria ao longo da implementação da política em questão. A OCDE (2015b) qualifica-a como avaliação *interim*. Para vários autores, como Van Aeken (2009), a conjunção das avaliações daria ensejo à “avaliação integral”, já discutida.

⁵¹⁵ “*Future oriented research into the expected effects and side-effects of potential new legislation following a structured and formalized procedure, leading to a written report. Such research includes a study of the possible effects and side-effects of alternatives, including the alternative of not regulating at all.*” (VERSCHUUREN & Van GESTEL 2009a, p. 5).

posterior à edição, em que se almeja examinar os eventuais efeitos reais produzidos pela inovação legal.

A maioria das ferramentas e das metodologias acima debatidas refere-se, essencialmente, às chamadas análises (legislativas) prospectivas ou *ex ante*. Elas servem, ao fim e ao cabo, à projeção de impactos potenciais. Porém, e apesar de certas aproximações, não é exato admitir que avaliações *ex ante* se resumem a análises de impacto regulatório. É verdade que, na prática, a avaliação prévia acaba sendo tratada pela literatura, por muitas vezes, como RIA. Não obstante, há outras alternativas que podem ser qualificadas como análises *ex ante*. O problema é terminológico: depende, de fato, da amplitude que se emprega ao conceito.

Abordagens que destacam o momento da avaliação e não os elementos que a compõem, por exemplo, enquadram no conceito do exame prévio elementos simples como meras exposições de motivos. Ainda sob a tarefa prospectiva há os testes e *checklists* prévios à criação da norma — como, por exemplo, os testes europeus de compatibilidade em propostas que tangenciam liberdades públicas e direitos humanos, ou o teste REFIT —, bem como as avaliações especializadas de impacto ambiental ou de impacto na competitividade. Ao menos em tese, tais alternativas podem ser qualificadas como exames *ex ante*, concebidos em sentido lato.⁵¹⁶

Seja qual for a modalidade adotada, mas em especial quando em causa o RIA e a metodologia da análise custo-benefício, expôs-se que as avaliações prévias enfrentam problemas de diversas ordens. De forma que, ao concluírem sua abordagem crítica acerca das avaliações *ex ante*, Verschuuren e Van Gestel (2009a) apontam-lhes um mero “sim condicional”.

Diante de tais obstáculos, nota-se um relevante aumento da defesa das avaliações retrospectivas ou *ex post*. O pleito por seu uso e incremento ocorre tanto na Europa quanto nos Estados Unidos. A previsão de avaliações *ex post* está explícita, por exemplo, no novo pacote de *Better Regulation* proposto pela Comissão Europeia em 2015.⁵¹⁷ Inúmeros países da OCDE também têm avançado em programas sistemáticos. Suécia e Suíça, por seu

⁵¹⁶ Cf. MEUWESE (2008); Van GESTEL (2011); VERSCHUUREN & Van GESTEL (2009a, 2009b). VALENTE (2010).

⁵¹⁷ Cf. COM (2015) 215; COM (2015) 216.

turno, já contam, inclusive, com previsões constitucionais a respeito.⁵¹⁸ No mais, como visto, a OCDE (2015b) tem defendido a idéia de incorporá-las no ciclo de vida legislativo-regulatório, o que é consentâneo com a abordagem processual aqui empregada.

De maneira geral, alega-se que os dados oriundos das avaliações retrospectivas informariam melhor os reguladores, permitindo a avaliação efetiva dos impactos obtidos e iluminando eventuais ajustes. Trata-se de argumentação similar àquela apresentada no debate sobre testes e experimentos legislativos. Nos termos da OCDE (2015b, p. 193), “*it is only after implementation that the effects and implications of a law can be fully assessed, including direct and indirect effects and unintended consequences*”.

Ainda segundo o recente documento da OCDE (2015b), a avaliação *a posteriori* permite que sejam reconstruídas as cadeias de efeitos e de impacto. Não se objetiva descrever com exatidão como a intervenção tem se dado, mas sim, especialmente, busca-se detectar atores que afetam os resultados e os momentos em que eles passam a influenciar a produção de efeitos. Trata-se de peças-chave que auxiliarão a interpretação da ocorrência dos efeitos desejados e indesejados.

Em tese, também há outros benefícios. O mais citado deles, por certo, é o de trabalhar com dados empíricos específicos, decorrentes da implantação da própria intervenção em causa, facilitando a percepção mais precisa dos resultados, do impacto e de eventuais falhas de planejamento e implementação (*feedback research*). Avaliações retrospectivas também permitem que se mitiguem controvérsias a respeito das reais conseqüências de determinada medida, que se controle a qualidade e a credibilidade das avaliações *ex ante* eventualmente elaboradas, e que se montem bancos de dados. Acentua-se a característica de abordagem global e de circularidade que marca as visões recentes de políticas legislativo-regulatórias.

Por fim, importa notar uma vinculação importante entre o crescimento das avaliações *ex post* e o paralelo incremento das atividades de redução de *red tape* e de gestão de volumes legislativo-regulatórios. É que apenas a partir de dados efetivos e reais é

⁵¹⁸ Para EUA, cf. HARRINGTON (2006); SUNSTEIN (2013a). Para UE, cf. BOHNE (2009); Van GESTEL & VRANKEN (2009); VERSCHUUREN & Van GESTEL (2009a, 2009b). Nos termos de HOPPE (2009, p. 81): “*All in all, ex ante evaluation was disenchanting; ex post evaluation was lifted to the position of more cumbersome, but most sensible route for improving policy practice.*” Cf também a literatura mobilizada no tópico referente aos testes legislativos.

Para caso suíço, cuja previsão avaliativa consta desde 1999 do art. 170 da Constituição Federal, conferir também MADER (2003). Cf. finalmente, OCDE (2015b).

possível detectar dificuldades e disfunções, bem como elementos que não mais são necessários. Avaliações retrospectivas informam, necessariamente, as atividades de gestão de volumes legislativos.

Não se nega que avaliações *ex post* também enfrentam limites teórico-metodológicos. De início, replicam-se questionamentos gerais relativos a avaliações, trazidos no item 6.1.4. Há custos diretos e indiretos envolvidos, bem como prós e contras em se posicionar o avaliador interna ou externamente. Emergem também, com ainda mais força, os chamados custos políticos. A avaliação *ex post* apresenta, ao final do dia, dados sobre a qualidade da intervenção sugerida e implementada por determinado governo. Está sujeita, pois, a todos os riscos de instrumentalização daí oriundos.

Também aqui, na mesma linha do que foi exposto em relação ao RIA, há diversos objetivos, funções, modelos e percepções. É possível almejar detectar efeitos distintos como efetividade, eficiência ou utilidade da intervenção; também é possível comparar os resultados frente a metas de *compliance* ou a metas de performance. Os resultados podem meramente informar gestores ou, na visão mais tecnocrática, direcionar efetivamente uma alteração de políticas. Ainda, há visões discrepantes acerca de sua aplicação por parte de diferentes atores (beneficiário, burocrata formulador, burocrata avaliador, político etc), que precisam ser consideradas.

Finalmente, considerando a complexidade de se obter dados confiáveis em universos pouco ou não controlados, é possível afirmar que os problemas de confiabilidade são robustos. Embora seja possível apresentar os desvios de rota, é bastante difícil detectar onde ou em que momento ocorreram os equívocos. Há, também, um problema temporal traduzido sob a questão do “quão *ex post* deve ser a avaliação *ex post*”: definir concretamente o momento em que se deve avaliar uma intervenção já realizada não é tarefa fácil, e escolhas enviesadas podem atrapalhar a adequada avaliação de uma *policy*.

10. Conclusões Parciais

Apontar caminhos a uma nova política legislativo-regulatória no Brasil depende da conjugação de dois esforços. O primeiro, de compreender a dinâmica político-jurídica e o desenho institucional que cerca a produção legislativa dentro do Poder Executivo, foi realizado no capítulo anterior. O segundo, de apresentar o estado da arte de algumas políticas legislativo-regulatórias, com foco especial em suas ferramentas e metodologias, inovações e críticas, foi aqui desenvolvido.

Políticas legislativo-regulatórias difundiram-se sem convergência de entre os países. No que importa aos modelos escolhidos como parâmetros à presente tese, o dos EUA e o da UE, viu-se que há um desenho relacional marcado por proximidades e afastamentos. Embora com diferentes origens, funções e arranjos, relatos mais recentes apontam novos eixos de aproximação. Não obstante, ainda se destaca a diferença de objeto em sua aplicação: enquanto no EUA são revisados atos secundários, emitidos no limite de delegações legais, na UE ocorre a aplicação ao processo legislativo primário, com foco na produção legislativa da Comissão Européia.⁵¹⁹

Defendeu-se que o modelo brasileiro tangencia ambos por vértices distintos. Sob a ótica da aplicação das ferramentas à legislação primária e seu impacto na relação com o Parlamento, aproxima-se da experiência européia; sob a ótica do funcionamento interno das unidades de supervisão e revisão, aproxima-se da mecânica federal norte-americana.

Viu-se também que, sob a idéia de aplicação das políticas legislativo-regulatórias por todo o ciclo de criação da *policy* e do ato normativo que a estrutura, existe uma série de mecanismos e ferramentas que se avolumam, envolvidos por rótulos específicos que se sucedem no tempo, sem suprimir os desenhos anteriores. Tendo como base a evolução européia, observou-se um caminho que partiu de preocupações essencialmente legislativas (*Better Lawmaking*), agregando, ao longo de diversas fases, outros aspectos e objetivos regulatórios (*Better Regulation, Smart Regulation*). Não deixa de ser notável, em alguns momentos, maiores aproximações com ideias de diminuição da intervenção estatal.

Depois, dada a pluralidade de métodos, ferramentas e metodologias, propôs-se uma reorganização deste universo em quatro grandes categorias, com o intuito de melhor explorar as potencialidades de cada elemento. Aspectos formais, de mecânica regulatória,

⁵¹⁹ Embora, como dito, defenda-se crescentemente a necessidade de maior atenção a atos delegados europeus.

metodológicos em sentido estrito e participativos foram longamente avaliados, com ênfase em elementos inovadores e críticas práticas e teóricas.

Para os propósitos desta tese, é importante realçar algumas percepções. De início, e em que pese sua utilização enquanto gênero de enorme maleabilidade, destacaram-se os questionamentos que se voltaram à prática do RIA, em especial sob a modalidade de análise custo-benefício. Ademais, seu amplo leque de objetivos e funções, a variedade de modelos de aplicação, bem como a percepção da ferramenta enquanto item a ser necessariamente observado dentro do contexto político-institucional, colocaram em xeque propostas irrefletidas de adoção. Não sinalizaram, como bem defendeu Sunstein (2013a, 2013c), que seu uso é indesejável; todavia, chamaram atenção para o fato de que se requer maior cuidado com as expectativas de implantação.

Depois, destacaram-se inúmeros componentes que não parecem estar no cerne da *meta policy* brasileira vigente. Embora com debates internacionais bastante desenvolvidos, raramente detecta-se no debate legislativo brasileiro discussões estruturadas sobre os diferentes mecanismos legislativo-regulatórios, sobre metodologias de análises de custos aos privados (como o SCM), sobre atividades de gestão de estoque legislativo ou mesmo sobre formas de testar ou de experimentar intervenções.

Algumas tendências parecem surgir. A primeira diz respeito ao uso dos *insights* e das decorrentes ferramentas da economia comportamental: regras *default*, *nudges*, simplificações e saliência de informações relevantes têm emergido com força no debate internacional. Depois, também tem avançado o uso de testes e experimentos legislativos, em especial em pequena escala, com foco em resultados de baixo custo. Finalmente, há um forte e crescente apoio à utilização das avaliações *ex post*, decorrente tanto de seus benefícios autônomos quanto, principalmente, como elemento que completa o ciclo de vida legislativo-regulatório.

É sobre esses temas, em essência, que versará o capítulo subsequente. Dado o específico contexto brasileiro, cabe entender quais os limites e as possibilidades da adoção condicionada de alguns desses elementos. Também importa pensar o modo de se fazer tal alteração.

CAP. 04 - AS PROPOSTAS

LIMITES E POSSIBILIDADES DE UMA NOVA POLÍTICA LEGISLATIVO-REGULATÓRIA NO BRASIL

1. Introdução

Ao abrir este capítulo final, parte-se da consolidação de quatro acepções básicas que alicerçam a presente tese. Primeiro: parte da produção legislativa contemporânea tem características próprias, finalístico-instrumentais, vinculadas à estruturação de políticas públicas e de regimes regulatórios, que exigem um olhar diferente para a avaliação de sua qualidade — isso ocorre, inclusive, no Brasil (capítulos I e II). Segundo: a política legislativo-regulatória brasileira vigente é frágil, anacrônica, de baixa credibilidade e de poucos resultados, especialmente sob a faceta material (capítulo II).

Terceiro: o processo de elaboração normativa no Brasil possui características próprias muito relevantes, vinculadas especialmente à dinâmica institucional que o cerca, que precisam ser necessariamente consideradas (capítulo II). Quarto: existe um importante rol de alternativas e ferramentas voltado à modernização e à racionalização da elaboração normativa, que, todavia, precisa ser examinado e assumido à luz de suas dificuldades intrínsecas, bem como do contexto e da dinâmica político-jurídico-institucional em que se propõe o novo enquadramento, sob pena de graves frustrações (capítulo III).

O atual modelo de política legislativo-regulatória brasileiro não produz os resultados esperados. E, uma vez que se almeja a mudança, não cabe repetir o que sempre foi feito. Resta saber, todavia, qual rumo adotar. Vetores aparentemente contrapostos parecem se colocar. De um lado, haveria um enorme espaço para avanços e melhorias, forjado tanto pelos problemas da política vigente quanto pelo tipo de legislação aqui exarado (possibilidades). De outro, haveria restrições inerentes aos instrumentos e ao contexto que o cerca, que precisam ser bem compreendidos (limites).

As experiências mostradas no capítulo III apresentaram possíveis caminhos, mas as críticas e as dificuldades de aplicação prática demonstraram que, ao contrário do que parece alardear parte das abordagens brasileiras, não existem resultados mágicos provenientes de sua mera adoção. O contexto, a dinâmica político-jurídica, a história da produção legislativo-regulatória local, a capacidade administrativa, a eficiência burocrática, as formas de implementação e as medidas de *enforcement* desta *meta policy*, dentre outros, importam. A escolha das melhores opções não deve repousar na adoção de práticas regulatórias externas suposta ou parcialmente benéficas, mas sim no cruzamento das alternativas com as circunstâncias nacionais.

Como visto no capítulo II, existe um abismo entre a teoria que dá base à legislação vigente e a prática da política legislativo-regulatória brasileira. Ademais, mostrou-se que o modelo de elaboração normativa brasileiro possui desenho e dinâmica institucional própria.⁵²⁰ Há peculiaridades importantes que partem das explícitas dificuldades de aceitação e uso de elementos materiais de política legislativa, passam pelo cumprimento mecânico-formal das exigências atuais e pelo desconhecimento de ferramentas e instrumentos recentes, desaguando na instrumentalização do ato legislativo inserido na caixa de ferramentas à disposição do Executivo no presidencialismo de coalizão.

Assim, sugestões referentes ao incremento da qualidade legislativo-regulatória precisam ser adaptadas. Apenas com um mínimo de compatibilidade a produção de efeitos concretos será viável. Há riscos de adoção incompleta, equivocada ou meramente formal de determinadas medidas — o que, como visto, ocorreu em vários países com o RIA.

Não obstante, a sugestão de mudanças vai ao encontro daquilo que se defendeu ao longo de toda a tese. A edição e os ajustes de políticas e das normas que as estruturam precisam ser desenvolvidas de maneira informada, consistente, com objetivos claros e, sempre que possível, com o auxílio de evidências. Quando necessário, é válido fazer experimentos. Apenas com base nos resultados de sua aplicação prática será possível verificar se as mudanças produzem ou não os efeitos desejados.

Em suma, o presente capítulo almeja examinar criticamente as opções existentes para o avanço de uma nova política legislativa no Brasil. Percebeu-se que há espaço para

⁵²⁰ Reitere-se: afirmar que o desenho brasileiro possui peculiaridades não significa defender ser ele completamente diferente de outros desenhos legislativo-regulatórios. Todos possuem especificidades. Defende-se apenas que tais características devem ser necessariamente consideradas.

tal, e que alguns instrumentos podem ser selecionados para esta tarefa. Não se objetiva, contudo, apresentar proposta pronta, fechada, apta a ser aplicada de imediato.

Essa auto-limitação tem motivos metodológicos e jurídico-políticos. Sob o ponto de vista do método, tem-se clareza que há várias alternativas viáveis, ou aptas a serem colocadas a teste. Escolher uma em detrimento de outras reduz a liberdade de escolha frente aos elementos disponíveis. Ademais, teses que enveredam por esse rumo frequentemente vêm seu debate reduzido à proposta apresentada, diminuindo o peso relativo da construção teórica anterior. Sob o ponto de vista jurídico-político, não parece ser essa uma opção exclusiva da academia. Cabe a ela apontar caminhos, oportunidades, limites e dificuldades, bem como avaliar os resultados, restando ao decisor o julgamento final.

O viés prático que marca o trabalho, porém, não será suprimido. Assumido o pressuposto metodológico, opta-se pela apresentação sistematizada de algumas questões pré-selecionadas que, aos olhos do autor, são centrais a uma produção normativa inovadora. Por óbvio que há outros elementos a serem considerados, mas aqui residiriam os alicerces para a montagem e a estruturação de uma nova *meta policy* legislativo-regulatória. Tais opções podem ser avaliadas com base em potenciais benefícios e custos, frente a objetivos politicamente determinados, para, posteriormente, serem agrupadas em uma política una.

As sugestões apresentam-se em cinco linhas de aprofundamento. Primeiro, (i) será debatida a efetiva implementação de uma análise de impacto regulatório *ex ante* na produção legislativa primária do Poder Executivo. Ter-se-á como premissas as dificuldades encontradas em inúmeros outros países, a necessidade de recortes que tornem a aplicação da ferramenta factível, e o contexto político-institucional que a cerca. Depois, (ii) será dada ênfase à necessidade de implementação de mecanismos de avaliação *ex post*, fechando o ciclo avaliativo completo. Trata-se do eixo mais em voga no debate internacional e, certamente, o que mais se coaduna com o ideal de intervenções baseadas em evidências.

Em terceiro lugar, (iii) serão explorados os testes e os experimentos legislativos, cuja adoção corrobora o pressuposto da atuação estatal com base em dados concretos. A despeito dos debates jurídicos vislumbrados, crê-se que sua mobilização pode ser benéfica. Depois, (iv) estarão em foco as propostas oriundas das abordagens comportamentais que,

embora de aplicação difusa e transversal, podem ser metodologicamente examinadas em conjunto. Finalmente, (v) serão discutidos pequenos componentes que, em que pese secundários, podem incrementar a qualidade legislativo-regulatória da administração pública federal.

As sugestões serão precedidas pela explicitação de pressupostos inerentes à nova proposta. Eles emergem do esquadramento prático e teórico construído ao longo da tese e, aos olhos do autor, configuram-se como condições à mudança. O capítulo encerra-se com um debate sobre os efetivos limites e possibilidades de adoção das alternativas expostas. A sugestão de uma nova *meta policy* ficará *sub judice*, sofrendo espécie de exame *ex ante*. Será acentuada a idéia de sua mobilização enquanto um *nudge*, um empurrãozinho que, embora imperfeito e com problemas práticos, direciona o ciclo de vida normativo para decisões melhores.

2. Pressupostos de Implementação: novo marco legal, reforço do desenho institucional, estruturação progressiva e compreensão de limites

Independentemente das ferramentas a serem adotadas, sugestões para uma nova política legislativa-regulatória que seja aplicada, essencialmente, pelo Poder Executivo federal brasileiro, dependem, necessariamente, da compreensão e da assunção de alguns pressupostos. Algumas acepções básicas já foram delineadas e desenvolvidas ao longo desta tese — forte participação do Executivo na produção legislativa, parcela do universo legislativo com características finalístico-instrumentais, importância do contexto sócio-político-institucional para o sucesso no uso de novas ferramentas. Cabe, agora, densificar pressupostos específicos que cercam sua estruturação e implantação.

Eles emergem tanto das dificuldades da engrenagem vigente quanto das características das alternativas apresentadas, e dão lastro a propostas que se pretendam efetivas. O primeiro deles (i) é a revisão do marco legislativo-regulatório da *meta-policy*; o segundo (ii) é o ajuste do desenho institucional corrente; o terceiro (iii) é a implementação em fases, que se valha dos dados obtidos pela própria experiência de implementação; o quarto, finalmente, (iv) é a compreensão das limitações da política em causa.

2.1. Um Novo Marco Normativo

Faz-se premente a revisão completa do Decreto 4.176/2002. Embora bastante conhecido pelos atores envolvidos, ele não é visto como indutor de uma *meta policy* de qualidade legislativa, nem respeitado como tal. Como explorado no capítulo II, ele é percebido como incompleto, anacrônico e defasado, trazendo regras de baixa efetividade (em especial suas previsões materiais). Não há observância efetiva pelos órgãos setoriais, nem cobrança vigorosa por parte do órgão central.⁵²¹

Assim, é necessário um novo marco que reinaugure a política legislativo-regulatória brasileira. Importa recolocá-la ao longo de todo o ciclo de vida normativo, com força suficiente para alterações gradativas da cultura vigente. É relevante que ele traga, ao menos, (i) um novo desenho institucional com competências e atribuições mais claras e (ii) um projeto faseado de implementação. Ainda, e fundamentalmente, é preciso prever (iii) novos contornos para as ferramentas existentes e (iv) novos componentes para a política.

Ressalte-se que, a depender das decisões institucionais tomadas, alguns ajustes legais podem ser exigidos. Dadas as previsões constitucionais brasileiras relativas à reserva de lei e ao escopo dos decretos regulamentares e autônomos, a legislação primária precisará ser alterada caso se decida, por exemplo, pela criação de um novo órgão de supervisão fora da estrutura pré-existente, ou pela instituição de novas competências não legalmente previstas.⁵²² Note-se, contudo, que, se houver mera reordenação interna de tarefas e diretrizes governamentais para o funcionamento da Administração, bem como se as ferramentas de política legislativo-regulatória forem entendidas como ferramenta de auxílio à decisão, e não como novas competências, não há necessidade de alteração legal.

Os debates sobre a implementação do RIA no Brasil apontam nesse sentido. Em muitos países — como México, Coréia do Sul, Itália e República Checa — existe previsão

⁵²¹ Não há apoio nem razão suficiente para uma forte exigência *top-down* neste momento, dado o desconhecimento das técnicas e ferramentas e o descompasso entre os atores da correia de transmissão legislativo-regulatória.

⁵²² Cf. especialmente art. 48, 61 e 84, IV e VI, *a*) e *b*), da CF/88.

legal explícita a respeito. Em vários outros, porém, a prática é estabelecida por decreto, ou mesmo por instrumentos de decisão governamental como diretrizes políticas.⁵²³

No caso brasileiro, autores como Valente (2010) e Sampaio (2010) detectaram bases constitucionais e legais pré-existentes para a instituição do RIA. Ademais, adotando linha similar à da última, sua execução poderia ocorrer via mera reorganização interna, sendo o RIA compreendido como verdadeiro instrumento de gestão, voltado à melhoria das atividades relativas a competências que já possuem.⁵²⁴ A própria OCDE (2008a, p. 48) aponta que os ajustes no Decreto 4.176/2002 parecem ser uma boa opção.

Embora exposto como decreto regulamentar da Lei Complementar 95/1998, é possível detectar no Decreto 4.176/2002 importantes trechos com características de decreto autônomo, dispondo sobre a organização e o funcionamento da Administração Federal, enquadráveis na previsão do art. 84, VI, *a*), da CF/88. Assim, como todo decreto de organização, seu conteúdo precisa ser facilmente compreendido pelos atores envolvidos nas tarefas em causa — nesse caso, no processo de elaboração normativa.

Atos normativos que, como verdadeiros receiptários, apresentam o passo a passo da atividade legislativo-regulatória, facilitam e simplificam a atuação de proponentes e revisores. Importa deixar claro, em seções específicas, objetivos, competências, o desenho institucional envolvido e os procedimentos padronizados. Depois, vale detalhar os componentes da *meta policy*, com foco nas ferramentas e nas metodologias básicas a serem utilizadas, bem como nas alternativas à disposição do gestor. Finalmente, cabe publicizar as regras da implementação faseada, de forma a dar previsibilidade às próximas etapas.

No que se refere especificamente às ferramentas, mecanismos ou modalidades, talvez seja útil assumir a readequação analítica proposta no capítulo anterior. A divisão em quatro categorias de elementos da política legislativa pode oferecer maior clareza instrumental aos agentes, dando visibilidade a componentes hoje desconsiderados.

⁵²³ Para rol cf. OCDE (2008a, p. 37).

⁵²⁴ “Na hipótese de (...) a Administração Pública decidir apenas reordenar internamente a conformação dos órgãos principais e das entidades já existentes, poderá se sustentar estar dispensada a exigência de lei”. (2010, p. 18). E ainda: “parece-nos sustentável, no entanto, que a AIR não seja considerada, em si, uma nova competência ou atribuição imposta aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, situação que requereria lei. Conforme se observa da prática do direito comparado, a AIR é, antes de tudo, um instrumento para que órgãos e entidades possam melhor desempenhar as competências que já possuem”. (2010, p. 23).

Na linha do que se discutiu anteriormente, também é fundamental padronizar técnicas e metodologias a serem empregadas, de modo a se obter maior grau de segurança e evitar sincretismos injustificáveis. Não obstante, viu-se que a definição apriorística de um único método a ser observado é bastante questionável, dada a enorme variabilidade de dados e fontes que podem, em determinados casos concretos, exigir abordagens diversas. Assim, importa garantir a previsão das alternativas, sem que se abra mão do rigor metodológico em sua utilização.

Também vale reformular por completo o *checklist* avaliativo, hoje previsto nos longos anexos I e II do decreto 4.176/2002. Embora necessariamente abrangente de modo a fomentar diferentes opções, ele não pode nem deve ser demasiado complexo. A experiência de vários países mostra que sugestões demasiado detalhadas foram logo substituídas por exigências mais simples, que congregam em grandes linhas todos os passos necessários sem gerar custos burocráticos internos desnecessários. Veja o exemplo português que, após colocar em prática um teste de política legislativo-regulatória chamado *Simplex*, com base no teste belga *Kafka*, paradoxalmente teve que o simplificar.⁵²⁵

Lembre-se, a propósito, que tanto o decreto quanto o seu *checklist* podem ser detalhados em guias práticos de execução da tarefa, bem como em boletins periódicos. Embora ausente da tradição brasileira relativa à produção legislativa primária, tal prática é comum nos exemplos internacionais. Ela se mostra benéfica ao mediar a coexistência de duas linhas distintas: de um lado, um *checklist* ou um formulário prévio de preenchimento obrigatório enxuto, que gera baixo custo informacional; de outro, informações prévias claras e detalhadas aos proponentes e avaliadores, densificando o conhecimento relativo a cada uma das alternativas e dirimindo dúvidas dos envolvidos.⁵²⁶

2.2 Um Novo Arranjo Institucional: a alocação da supervisão da política legislativo-regulatória

⁵²⁵ Cf. GAROUPA (2009); MORAIS (2009, 2010).

⁵²⁶ Veja-se, por exemplo, os *guidelines* da política europeia ou da política inglesa em suas últimas versões de 2015. Cf. < http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/toc_guide_en.htm>; <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/468831/bis-13-1038-Better-regulation-framework-manual.pdf>. Acesso: 12.12.2015. Cf. também o guia de avaliação português (MORAIS 2010).

Ainda que permaneça em aberto qual a melhor maneira de inculcar a *meta policy* na cultura burocrática do Poder Executivo Federal, importa remodelar seu arranjo e seu funcionamento. É preciso pensar, pelo menos, (i) na existência de um órgão de supervisão central, bem como (ii) nos responsáveis e no *iter* dos estudos prévios que marcam a produção da norma. Defende-se aqui que os estudos iniciais se mantenham descentralizados, mas também se propugna o fortalecimento de um núcleo central que revise e supervisione a produção legislativa do Poder Executivo enquanto Administração Direta, em que pese exista, por parte de alguns autores, certa desconfiança sobre a viabilidade da segunda parte da proposta.⁵²⁷

Não se discute, neste momento, qual o melhor vetor de implementação das ferramentas dentro do complexo aparato administrativo — se do centro à periferia, partindo-se do núcleo central, ou se da periferia ao centro, dando prioridade ao treinamento e à atuação dos órgãos setoriais. Não obstante, defende-se que um centro forte e qualificado de supervisão, que se consolide como coordenador efetivo da política de qualidade regulatória, superando fragmentações, parece adequado não só à melhoria do processo de produção legislativa propriamente dito, como também ao cumprimento dos demais objetivos aqui envolvidos.⁵²⁸

Inicialmente, como apontaram Hoppe (2009), Karpen (2009) ou Lodge e Wegrich (2012), ou mesmo como reconhece a própria OCDE (2008a), existem diversos modelos institucionais possíveis para a instituição da *meta policy*. Eles variam conforme o apoio político, o arranjo institucional original, e também a cultura burocrático-administrativa que marca os contextos específicos, dentre outros. Assim, o órgão central (i) pode estar alojado em alguma área específica do governo, (ii) ser-lhe externo — como tem sido a tônica internacional mais recente —, ou mesmo (iii) não existir, com arranjos em que o trabalho é distribuído e atomizado.

⁵²⁷ Sampaio (2010) defende estudos descentralizados e é contrária à figura de um órgão de supervisão, embora assuma que é necessário algum grau de coordenação. Peci (2009, 2011) parece ir, de algum modo, no mesmo sentido, defendendo a importância da descentralização. Não obstante, importa notar que o debate aqui travado diz respeito à relação entre governo e agências reguladoras, que tem peculiaridades importantes. Como pano de fundo há a defesa da autonomia institucional das agências, que difere da relação entre centro e periferia de governo.

⁵²⁸ A complexidade institucional e a excessiva fragmentação são marcas da frágil política de qualidade regulatória existente ao menos em algumas agências reguladoras brasileiras, o que, como já afirmado, não é tema desta tese (em que pese possa lhe servir de parâmetro). Cf. Peci (2009, 2011).

A alocação dos responsáveis primários pelos estudos, em especial pelos exames prévios, também apresenta enormes variações. Parte-se (i) de desenhos em que os avaliadores já se encontram centralizados, passando (ii) por modelos em que a responsabilidade primária pelo estudo é setorial, com a responsabilidade revisional de um núcleo central, culminando (iii) em encaixes em que órgãos *quasi*-governamentais ou efetivamente externos são responsáveis pela produção de alternativas.⁵²⁹ Em suma, não há resposta única quanto ao *iter* ou à distância ótima entre avaliador e decisor político.

Boa parte da experiência internacional aponta que a existência de núcleos centralizados pode ser benéfica (OCDE 2008a). Eles conseguem congregam razoável grau de qualificação técnica e apoio político. Com sua criação e seu reforço institucional, fomenta-se a própria política, atribuindo-lhe um responsável visível. Evita-se a mentalidade de silos, em que a preocupação recai apenas sobre efeitos limitados e parciais pertinentes aos órgãos setoriais, e não sobre os processos como um todo. Ademais, agregam-se ao desenho as funções de controle da burocracia e de coordenação e organização da Administração, que servem como trunfo às atividades de implementação.

No caso brasileiro, a opção centralizada parece bastante pertinente. Hoje, ao menos em teoria há um modelo trifásico. O proponente setorial (i) realiza os estudos preliminares (e preenche as informações requeridas pelo *checklist* do decreto 4.176/2002), (ii) os co-autores oferecem sugestões ao originalmente proposto e (iii) a supervisão ou a revisão é feita por parte do núcleo central de governo. A tarefa de supervisão e avaliação dos (supostos) estudos prévios produzidos pelos órgãos setoriais, bem como de suas sugestões normativas, vem sendo desenvolvida pelas subchefias da Casa Civil (SAJ e SAG).

A supervisão, pois, já existe. Ainda que o material recebido seja frequentemente frágil e a atividade pareça desorganizada e anacrônica, o posicionamento institucional centralizado pré-existente traz consigo um histórico de revisão, coordenação e controle da burocracia estatal. Ainda, angaria-se o apoio político que a proximidade com a cúpula de

⁵²⁹ Usando passagem de Hoppe (2009), a avaliação legislativa *ex ante* é espécie de quebra-cabeça montado das mais variadas formas pelos diferentes países. Para debate e exemplos de modelos, em especial relativos ao RIA, cf. GAROUPA (2009); HAHN & TETLOCK (2008); HOPPE (2009); KARPEN (2009); LODGE & WEGRICH (2012, em especial a tabela da p. 215); Van AEKEN (2009); VOERMANS (2013b). O mesmo debate ocorre no que tange a eventual órgão externo de controle metodológico dos estudos *ex ante*, bem como, como se verá, a eventual núcleo de avaliações *ex post*. Tais desenhos serão explorados adiante.

governo normalmente lhe garante.⁵³⁰ Finalmente, os estudos aproximam-se do processo de formulação das políticas públicas, visto que passam pelos mesmos funis institucionais.

Importa lembrar também que o instrumento legislativo brasileiro cumpre, de forma concomitante, funções distintas. Ele insere novas políticas públicas no mundo jurídico, estabelece marcos regulatórios e, mediadamente, gerencia a agenda legislativa no presidencialismo de coalizão. Assim, avanços na qualidade legislativa parecem mais plausíveis se a prática normativa for compreendida dentro do contexto político-institucional.

Sob essa ótica, o posicionamento do núcleo de supervisão como adjacente ao centro decisório governamental confere maior legitimidade à sua atuação administrativa e, por mais que pareça paradoxal, pode dar mais peso aos resultados da política legislativo-regulatória. Dado que elementos internos e externos impactam definições legislativas finais, sendo inerentes à dinâmica governamental, a localização privilegiada e legitimada pode fazer com que o aspecto técnico seja respeitado e, eventualmente, considerado em boas condições na decisão política final. Afasta-se em alguma medida de ferramentas da *Executive toolbox* que poderiam atrapalhar sua composição e atuação.

Desse modo, em resumo, sugere-se a criação — em verdade, a redefinição — de uma estrutura de "*supervisão qualificada*", alocada ou mantida de forma centralizada ao arranjo governamental.⁵³¹ Ela é assim denominada no intuito de diferenciá-la daquilo que já existe hoje. Trata-se da defesa de um núcleo interno forte, com apoio político de base, que alia o conhecimento técnico da política legislativo-regulatória com as atividades relativas ao seu fomento e gerenciamento.

Um bom núcleo centralizado de supervisão promove melhores decisões técnicas ao requerer análises apuradas, e oferece ao decisor informações mais precisas, garantindo alternativas devidamente escrutinadas. Também administra os passos, os elos e o arranjo da política de qualidade, compreendendo o contexto em que está inserido. Ao revisar a produção setorial, ele também auxilia na coordenação e no controle da burocracia — o que também o legitima perante a alta administração. De um lado, sua atividade não suprime a

⁵³⁰ Nada impede que ocorram conflitos ou crises episódicas entre cúpula governamental e núcleo de supervisão regulatória. Assume-se apenas que a proximidade entre ambos reduz tais chances.

⁵³¹ Como já se discutiu, caso a opção seja a de criação de um novo órgão — o que não parece necessário —, será preciso alteração por lei ordinária.

escolha política final. De outro, ela exige do governante justificativas gradativamente mais fortes frente a opções não tecnicamente respaldadas.

2.2.1. Usando a estrutura pré-existente: a fusão parcial de SAJ e SAG

Reforçar a atividade do núcleo central não significa, necessariamente, falar em ampliação ou expansão. Como visto, nos EUA a OIRA revisa e supervisiona as propostas que lhe são encaminhadas, consolida e publica informações, bem como dissemina diretrizes, princípios e boas práticas regulatórias. Conta, para tanto, com apenas 45 funcionários, tendo em regra prazo máximo de 90 dias para terminar suas análises (SUNSTEIN 2013b).⁵³² No Brasil, segundo o decreto de estrutura da Casa Civil, SAJ e SAG possuem, somadas, mais do que o dobro da força de trabalho. São, ao menos formalmente, 96 cargos, sendo que o número total pode ser ainda maior.⁵³³ É verdade que as duas subchefias têm uma competência real bastante expandida, que também envolve boa parte da coordenação de governo, a impedir comparações justas com seu análogo norte-americano. Ainda assim, sua força de trabalho parece mais do que suficiente para a tarefa de gestor da nova *meta policy*.

Ademais, como explanado, na prática existe uma importante sobreposição entre as atividades de SAG e SAJ. Defendeu-se no capítulo II que a própria característica finalístico-instrumental de parte da legislação contemporânea, que entrelaça de forma imanente decisões jurídicas e de *policy*, possui grande potencial explicativo nesse tema. Em verdade, a questão seria menos conjuntural e mais estrutural.

Diante de tal fato, desde que definidos recortes adequados que separem atos simples de atos complexos, como os relativos a políticas públicas, e ressalvada uma etapa final de revisão final do texto com base em elementos formais, parece razoável sugerir a fusão de parte de ambas as estruturas. A instituição de núcleos temáticos interdisciplinares,

⁵³² Note-se que tal prazo nem sempre é cumprido.

⁵³³ Não está contabilizada a força de trabalho do pessoal cedido que, por não ocupar cargo em comissão, não é detectada pela análise do decreto, nem eventuais servidores terceirizados. Isso indica, pois, que o número de funcionários é certamente maior do que o formalmente disposto. Para cargos formalmente existentes, cf. Decreto 5.135, de 7 de julho de 2004 (em especial anexo II). De outro lado, vale notar que a OIRA utiliza-se de *experts* internos e externos ao governo para algumas discussões — como por exemplo o recurso ao *Office of Science and Technology Policy*, ao *National Economic Council* ou ao *Council of Economic Advisers* —, o que lhe permite uma estrutura um pouco mais enxuta. Nada impede, contudo, que o modelo seja adotado no Brasil. Aliás, é indicado que em análises de maior densidade ou complexidade o órgão público se valha de pesquisadores externos, sob pena da tarefa ocupar a totalidade das atividades do órgão.

que conjuguem operadores do direito (SAJ) e profissionais de economia, ciência política e administração pública (SAG), parece mais consentânea com a necessidade de qualificação legislativo-regulatória, e está na esteira de variadas propostas e experiências internacionais.⁵³⁴

Parte-se da premissa de que a duplicação de esforços relativos a uma proposta normativa por parte de dois grupos distintos que integram o mesmo órgão supervisor central é desnecessária, custosa, e traz efeitos perversos. Uma vez definidos recortes para a seleção de um universo de propostas normativas sujeitas a tratamento qualitativo, a junção de esforços em núcleos únicos parece gerar ganhos de produtividade. Caber-lhes-ia avaliar a totalidade dos aspectos referentes à proposta, em desenho mais adequado às características legislativas contemporâneas. Ademais, seria resgatado o papel do operador do direito enquanto elemento chave de formulação (em verdade, de supervisão dos aspectos de formulação), afastando-o da imagem de peça destacada e apartada do processo.⁵³⁵

Em resumo, assume-se como pressuposto de uma nova política legislativo-regulatória para o Brasil a (re)estruturação de um núcleo de supervisão qualificada, preferencialmente centralizado no arcabouço do governo federal, que tenha sob foco técnico um universo legislativo específico e que cumpra as funções de coordenador da política. Propõe-se que o novo desenho se valha da junção de parte da estrutura e das atividades de SAJ e SAG, em consonância com a característica contemporânea de parte da produção normativa. A proposta de ajuste não requer, por fim, aumento da estrutura. Pleiteia-se apenas a racionalização de esforços, com vistas a evitar duplicações, clarear competências e qualificar intervenções.

2.3. Uma Implementação Estruturada por Fases

⁵³⁴ Cf, por exemplo, a proposta portuguesa (MORAIS 2010). Também HOPPE (2009, p. 100 e ss.): Van AEKEN (2009).

⁵³⁵ Na linha da aplicação da política legislativo-regulatória a todo o ciclo de vida do ato normativo aqui proposta, a aproximação entre gestores e advogados públicos também deveria ocorrer nos órgãos setoriais. Todavia, dada a consolidação das consultorias jurídicas e a segmentação dos gestores públicos por secretarias especializadas, a junção em núcleos, como proposto para a Casa Civil, parece fazer pouco sentido nos órgãos setoriais. Não obstante, ainda que sob outro formato, é fundamental que o trabalho conjunto ocorra desde os primeiros passos do ciclo.

Como toda política, a nova *meta policy* precisa ser formulada, implementada e avaliada. É necessário, pois, um projeto estruturado de execução, bem como, fundamentalmente, instrumentos de monitoramento e mecanismos de avaliação. Na esteira do que se defende nesta tese, importa aprender com os dados reais de sua aplicação, de forma a se permitir correção de rumos. Trata-se de enxergar sua efetivação como espécie de experimento legislativo, que não necessariamente produz resultados positivos de forma imediata e que necessita de avaliações retrospectivas periódicas.⁵³⁶

Em seu ciclo básico, há ao menos três momentos pelos quais a nova política legislativo-regulatória precisa passar: aprendizado, estruturação e consolidação.

Momento 01 - aprendizado. No momento 01 serão estabelecidos os parâmetros de atuação e implementação. A partir do novo marco legislativo, definem-se papéis de órgãos centrais e setoriais, critérios básicos de qualificação dos projetos proporcionais a diferentes níveis de complexidade (a dizer, níveis 01, 02 e 03), ferramentas e metodologias a serem utilizadas, bem como o procedimento e o modo de funcionamento do órgão de supervisão qualificada. Como o processo de aprendizagem e a elaboração dos primeiros estudos *ex ante* demandam tempo, o período pode ser marcado pela aposta na aquisição e na disseminação de conhecimento, bem como pelo trabalho construtivo conjunto. Os incentivos devem basear-se na cooperação entre os atores e no estabelecimento de padrões, e não em sanções por eventuais descumprimentos.

Nesse estágio também deve ser desenvolvido o modelo para a difusão de metodologias e ferramentas inerentes à nova política. Como afirmado, ela pode ocorrer tanto em um vetor centro-periferia quanto em um vetor periferia-centro. A estabilização do eixo de expansão depende da prioridade atribuída aos treinamentos, do reforço do uso dos componentes envolvidos e do grau de aceitação do gerenciamento da política pelo núcleo central por parte dos órgãos setoriais.

Finalmente, sugere-se que as avaliações formalizadas pelo decreto sejam inicialmente indicativas para a maioria das propostas. Dado o pouco acúmulo e a

⁵³⁶ Segundo Valente (2010, p. 59), os gráficos de qualidade ou melhoria regulatória que acompanharam a implantação do RIA na Inglaterra não tinham o formato de uma linha ascendente, mas sim a forma de um “U”. Ainda que não se possa afirmar categoricamente que o mesmo ocorreria na implantação de uma nova *meta policy* no Brasil, é possível supor um período inicial de dificuldades, não necessariamente ascendente.

necessidade de aprendizado instrumental, elas seriam mandatórias apenas para alguns poucos casos — como, por exemplo, aqueles de maior impacto (a dizer, nível 03). Ainda assim, parece prudente que os exames iniciais sejam desenhados e elaborados de forma conjunta entre órgão central e órgão setorial, com eventual recurso à execução por entidades externas.⁵³⁷

Momento 02 - estruturação. A fase de estruturação da política legislativo-regulatória partirá da avaliação do impacto e dos resultados obtidos na fase 01. Pode ser inaugurada com ajustes ao marco legislativo da política legislativo-regulatória — ampliando os casos em que estudos prévios passam a ser mandatórios —, ou mesmo por orientações normativas do núcleo central de supervisão qualificada, que as deve produzir periodicamente. Tais orientações, que publicizam, reforçam e direcionam a política, podem voltar-se tanto às etapas de implementação quanto ao uso e à consolidação de entendimentos relativos a metodologias e ferramentas.

Também nessa segunda etapa, a responsabilidade e a autonomia dos órgãos setoriais deve ser ampliada de acordo com a difusão do conhecimento e com o avanço dos treinamentos. A relação entre centro e periferia governamental, ainda cooperativa, estrutura-se em um gradual aumento da responsabilidade periférica pelas análises de impacto *ex ante*. Acentua-se, no núcleo central, o papel de supervisão, em detrimento do estágio inicial em que ainda havia tarefas elaborativas.

Momento 03 - consolidação. A partir da análise dos dados relativos à implementação da etapa 02, a fase de consolidação da nova política buscará estabilizar procedimentos e funções. Se a estruturação do sistema avaliativo e a difusão de seus principais componentes atingirem patamares aceitáveis frente a objetivos pré-estabelecidos, a ênfase pode então ser deslocada para a qualificação das atividades em espécie. Uma vez sedimentadas as funções de elaboração e supervisão, os níveis de complexidade das propostas e os procedimentos específicos para cada tipo de ato

⁵³⁷ Aponte-se novamente que defender um órgão de supervisão qualificada central não é incompatível com o recurso a atores externos para a execução das análises prévias. O responsável pelo exame, seja ele central ou setorial, traz consigo a possibilidade de gerir estudos externos, caso seja essa a melhor opção.

normativo, análises de impacto prévio cada vez mais qualificadas e padronizadas podem ser exigidas. O foco transfere-se para o constante incremento das técnicas, das metodologias e das ferramentas de qualidade legislativo-regulatória.

Também cabe discutir, preferencialmente a partir desse momento, a necessidade e a possibilidade de ser instituído um núcleo de controle externo, ou de um controle pelo pares, relativo à qualidade da metodologia dos estudos, em moldes similares ao do RSB europeu. Tal passo precisa ser observado, contudo, à luz do contexto brasileiro e dos resultados das etapas anteriores. Restrições orçamentárias e eventual postura refratária frente à implementação podem deixar esse passo em segundo plano. Embora com relativa importância em experiências estrangeiras, a adoção da medida só parece palatável ao arranjo brasileiro se a política estiver produzindo bons resultados (gasto legitimado pelos benefícios), ou se houver fortes críticas em relação à qualidade do trabalho (gasto legitimado pela necessidade de adequação da política). Será ainda de fulcral importância discutir a origem dos membros de eventual conselho de supervisão metodológica.

A sugestão de três momentos de implementação, em que diferentes tarefas serão desenvolvidas, é meramente exploratória e visa apresentar conceitos. O mesmo vale para a sugestão de três níveis diferentes de complexidade de propostas normativas, com vistas a estabelecer configurações distintas para cada procedimento avaliativo. Defende-se, no entanto, que a implementação da nova *meta-policy* não prescinde de um projeto estruturado e faseado. O exame periódico de seus resultados deve servir como balizador da passagem às próximas etapas.

Em tabela que facilita a visualização de possível programa de implementação:⁵³⁸

Ação e Sujeito	Requisitos da Análise Prévia	Momento 01 Aprendizagem	Momento 02 Estruturação	Momento 03 Consolidação
Supervisão	indicativa	✓ (2/3)	✓ (1/3)	-
	mandatória nível 01	-	-	✓

⁵³⁸ Na tabela, “✓” significa adoção completa; “-” significa não adoção; frações significam adoções parciais com base nos três níveis de complexidade pré-definidos; “EC” significa elaboração conjunta.

Ação e Sujeito	Requisitos da Análise Prévia	Momento 01 Aprendizagem	Momento 02 Estruturação	Momento 03 Consolidação
Qualificada (órgão central)	mandatória nível 02	-	✓ (EC)	✓
	mandatória nível 03	✓ (EC)	✓	✓
Análise Primária (órgãos setoriais)	elaboração conjunta (EC)	✓	✓	-
	obrigatoriedade de elaboração	✓ (1/3)	✓ (2/3)	✓
Controle Metodológico (órgão externo)	qualificação metodológica	-	-	?

O momento 01 funciona, pois, como espécie de experimento legislativo interno, com prazo definido e avaliação *ex post*. A depender de seu instrumento de implementação, também pode ser visto como mero teste.⁵³⁹ Seus objetivos iniciais devem ser claramente definidos — qual o alcance gradativo dos treinamentos, quais ferramentas difundir primeiro, quantos e quais estudos *ex ante* devem ser realizados etc —, de modo a se definirem gatilhos para as próximas etapas. O mesmo ocorre com o momento 02, com relação às atividades que estão para ele previstos.

2.4. A Compreensão de Limites

Finalmente, tem-se como quarto pressuposto a necessária compreensão de limites intrínsecos e extrínsecos relativos à implementação e aos resultados da nova política. Como explorado nos capítulos II e III, o modelo doutrinário dominante aproxima-se de um mito calcado em uma virtuosa — e irreal — correia de transmissão entre aplicação de ferramentas legislativo-regulatórias e melhoria da qualidade legislativa, isolada do contexto político e dos demais objetivos legislativos.⁵⁴⁰ Não se atentam para limitações iminentes, relativas às deficiências técnico-metodológicas, nem para dificuldades

⁵³⁹ Para conceitos e diferenças, retomar capítulo III, item 7.2.

⁵⁴⁰ Como mais forte exemplo na doutrina brasileira, cf. ALBUQUERQUE (2009); RAMOS (2009a, 2009b); VALENTE (2010), em que pese a própria autora assuma que “a AIR não tem a pretensão de substituir a decisão política, mas de auxiliá-la, quando for o caso”. (2010, p. 27). Como exceção, cf. CASTRO (2014); em certa medida PECCI (2009, 2011).

derivadas do quadro politico-institucional em que se inserem — seja insuficiências gerais, seja questões específicas encontradas em países em desenvolvimento como o Brasil.

Muitas abordagens descartam a idéia de que a *meta policy* legislativa está inerentemente inserida em um jogo de poder que se dá dentro de determinado desenho organizacional, ainda que constrangido por regras e constricto por elementos técnicos cada vez mais presentes. Na prática, recusam-se a assumir o modelo "profano" de que trata Hoppe (2009). Não se afirma que a bagagem técnica trazida pelas avaliações não importa. Apenas se atribui o devido peso às condicionantes econômicas, burocráticas, políticas e institucionais que cerceiam e dificultam sua implementação e o uso de seus resultados.

Limites Institucionais. De início, importa atentar-se para a cultura burocrático-organizacional do Executivo federal brasileiro. Para além daquilo que alguns autores chamam de “escassez de capacidade organizacional”,⁵⁴¹ pesam os custos reais e simbólicos de uma política vigente cuja prática é inadequada e desacreditada, e cujo grau de legitimidade é bastante baixo (Decreto 4.176/2002), bem como a memória negativa de um projeto de difusão da análise de impacto regulatório muito pouco efetivo fora das agências reguladoras (PRO-REG). É necessário, pois, uma importante mudança institucional que, segundo algumas correntes neoinstitucionalistas, em regra é lenta e difícil, dada a tendência ao *path dependence* encontrada na administração pública.⁵⁴²

⁵⁴¹ A literatura referente à implementação de RIAs em países em desenvolvimento aponta para a figura da escassez de capacidade organizacional, o que, no caso brasileiro, é em certa medida questionado por Peci (2011).

⁵⁴² O neoinstitucionalismo — utilizado como gênero e desconsideradas suas inúmeras nuances — tem como pressupostos elementares a percepção de que as instituições, como regras formais e informais de determinada sociedade (rotinas, normas, convenções, práticas, filtros cognitivos etc), criam elementos de ordem, expectativa e previsibilidade, influenciam e direcionam comportamentos e resultados. Embora o institucionalismo tenha raízes mais antigas, seu crescimento sob novas vestes dá-se especialmente a partir dos anos 70 (BINDER, RHODES & ROCKMAN 2006). Em grandes linhas, apresenta metodologia em que as instituições são mensuráveis, comparáveis, classificáveis, e desenvolve sob suas vestes diversas linhas teóricas. Destacam-se, aqui, ao menos três grandes eixos: o institucionalismo da escolha racional (*rational choice*), o institucionalismo histórico e o institucionalismo sociológico. Não é preciso diferenciá-los em detalhes. Adianto apenas que suas distinções, em especial entre a teoria da escolha racional e o institucionalismo histórico, podem ser demarcadas sob as mais diversas chaves classificatórias, como o (i) o modo de trabalho — se teórico ou empírico —, (ii) a formação das preferências — se exógenas ou endógenas —, (iii) a forma de observação — se funcional ou histórica —, ou ainda (iv) o modelo de abordagem — se micro-fundacional ou de pesquisa macro-histórica. Cf. THELEN & STEINMO (1992, p. 1-32); THELEN (1999, 2004, cap. I). Não se almeja, no presente trabalho, discutir a definição do termo "instituição", dado que ela é fluída e varia de acordo com a escola adotada; aos objetivos do texto, vale a proposta de Streeck e Thelen (2005, p. 9 e ss.). Finalmente, para críticas voltadas ao institucionalismo enquanto gênero e às suas principais “espécies”, taxadas freqüentemente como estáticas ou deterministas, cf. RADAELLI, DENTE e DOSSI (2012); SCHMIDT (2010).

Isso não significa, contudo, que tal mudança seja impossível. Mobilizando o ferramental teórico do neoinstitucionalismo histórico (por certo a corrente que mais se preocupa com mudanças institucionais não oriundas de eventos abruptos ou de choques externos, e que enxerga processos históricos concretos enquanto potenciais motores de alteração), parece haver espaço para mudanças internas profundas, e não meras adaptações.⁵⁴³ A própria prática e a dinâmica institucional, alimentadas por *feedbacks* e retroalimentações das próprias *policies* desenvolvidas, teriam peso para reforçar ou alterar as instituições, com resultados substantivos.⁵⁴⁴

Tais ajustes não são de execução simples. Ao contrário, configuram uma limitação bastante importante para a implementação de uma nova política legislativo-regulatória. Não obstante, o que se extrai da perspectiva institucionalista histórica é a defesa de que transformações institucionais graduais são possíveis e podem originar-se, inclusive, internamente. Seu estopim pode ser, por exemplo, o impacto da instalação e da adequada execução inicial de uma *meta policy* com nova feições.

Limites Políticos. Depois, importa notar o repisado componente político que cerca a mudança. Ele se coloca em frentes distintas, por vezes contraditórias. De um lado, existe a necessidade de proximidade e de suporte político por parte da alta administração pública, com vistas a se garantir apoio às modificações e à reestruturação orgânico-procedimental. De outro, o constrangimento e o embaraço que a melhoria da qualidade do processo de formulação gera no ciclo de vida legislativo-regulatório acentuam a tensão entre política e tecnocracia, por vezes afastando eventual apoio original.

⁵⁴³ Para o *rational choice*, em desenho que separa fortemente os elementos de estabilidade e mudança institucional, instituições são mecanismos de coordenação que tendem ao equilíbrio pelo seu próprio comportamento endógeno (*self-enforcing equilibria*), o que faz com que mudanças radicais possam ocorrer essencialmente mediante choques externos e em momentos extremos, permeados por períodos de estabilidade e previsibilidade (teoria do *punctuated equilibrium*); os ajustes internos correntes seriam meramente adaptativos, garantindo sua reprodução. Para o institucionalismo histórico, por sua vez, as instituições surgem e se desenvolvem mediante processos históricos concretos e temporais, não havendo abismo entre processos de alteração e de ajuste; as mudanças institucionais incrementais não necessariamente tendem a manter o esquema institucional: ao contrário, podem alterar fortemente os desenhos, sem choques externos abruptos, com resultados perenes. Cf. HALL (2010); STREECK e THELEN (2005); THELEN (1999).

⁵⁴⁴ Cf. MAHONEY & THELEN (2010); STREECK & THELEN (2005); THELEN (1999; 2004, cap. I). Para alternativas de mudanças institucionais graduais transformadoras, cf. especialmente STREECK & THELEN (2005).

Para diminuir as já citadas frustrações de expectativas técnicas, o elemento de qualificação tecnocrático precisa ser aceito em conjunto e mitigado pelos demais aspectos envolvidos. O componente político — seja sob a ótica de controle de governo, seja sob a ótica de seu impacto na decisão final — deve ser aceito como limitação inerente à implementação. Muitas experiências trazidas no capítulo III mostraram que as alterações tiveram maior êxito quando os contextos em que elas estavam inseridas foram compreendidos. A tarefa de oferecer alternativas mais precisas e escrutinadas à decisão não pode ter como objetivo suprimir a escolha política final, sob pena de insucesso ou paralisia (e questionamentos sobre sua legitimidade).

Limites Técnicos. Em terceiro lugar, importa resgatar as limitações técnicas inerentes a boa parte das sugestões expostas no capítulo anterior. Especialmente quando se observaram os resultados de avaliações *ex ante*, mormente sob a modalidade da análise custo-benefício, uma série de dificuldades gerais e específicas foram explicitadas para explicar experiências negativas apontadas pela literatura.

Dificuldades em se prever comportamentos, em se quantificar adequadamente todos os custos e benefícios envolvidos, e em se aplicar corretamente metodologias pré-definidas (por vezes inflexíveis), aliadas a problemas relacionados a custos, momento de aplicação e publicidade de resultados, dentre outros, demonstram que a caixa de ferramentas da *meta policy* não é remédio para todos os males. A aceitação de tais deficiências não autoriza afirmar que a política é inócua; não obstante, dá clareza à insuficiência de parte de suas sugestões.

Limites Econômicos. Finalmente, em elemento evidente, porém de menção necessária, os limites econômicos são manifestos. Em que pese uma nova *meta policy* tenha como fim último a melhora regulatória e, conseqüentemente, a qualificação do gasto público em suas intervenções, países periféricos ou em desenvolvimento, ou mesmo países em períodos de crise econômica aguda, enfrentam dificuldades na definição de prioridades orçamentárias. Momentos de retração econômica constroem o avanço de políticas legislativo-regulatórias mais amplas, que envolvem ajustes institucionais e alocação de recursos para novas atividades (como avaliações *ex post*, por exemplo).

Como visto no debate sobre o RIA, as atividades não necessariamente precisam ser custosas. Não obstante, expectativas precisam estar alinhadas às possibilidades orçamentárias observadas sob uma perspectiva global — outras ações governamentais estão em disputa pelo mesmo recurso público. A propósito, a implementação faseada permite que alguns resultados justifiquem possível expansão gradativa. Como apresentado por De Francesco e seus co-autores (2012), períodos mais amplos de adoção da ferramenta têm permitido sua consolidação e uma maior pressão por novos aportes.

3. Componentes de Uma Nova Política Legislativa

Foram estabelecidos os pressupostos que devem acompanhar a implementação e a execução da nova política legislativo-regulatória voltada à melhoria da qualidade da legislação produzida no Brasil, com foco na elaboração pelo Poder Executivo federal. Cabe agora desenvolver o debate sobre alguns componentes que, tendo em vista o panorama exposto no capítulo II e as opções apresentadas no capítulo III, podem compor e inovar a *meta policy*.

Os limites deste trabalho inviabilizam o cruzamento de todas as alternativas ali apresentadas com o contexto brasileiro. Ademais, algumas ferramentas sobrepõem-se e, em verdade, podem se colocar de forma contraditória. Assim, neste tópico será dada ênfase apenas aos pontos que pareceram mais proeminentes, e que, na visão deste trabalho parecem suficientes para uma mudança de rumos da política legislativo-regulatória brasileira.

Em suma, serão discutidas (i) a efetiva implantação de uma análise de impacto regulatório na produção legislativa primária do Executivo, (ii) a necessidade de institucionalização de mecanismos de avaliação *ex post*, bem como (iii) as possibilidades de avanço com testes e experimentos legislativos. Também serão examinados (iv) os *inputs* oriundos da abordagem comportamental e (v) outros elementos adicionais que, considerando as quatro categorias de elementos de *meta policy* desenvolvidas no capítulo anterior, podem constar do novo desenho.

3.1. A Adoção de um RIA na Produção Legislativa no Brasil

No campo da política legislativo-regulatória, a adoção de análises de impacto regulatório é, certamente, o elemento mais mobilizado da atualidade. Embora a literatura brasileira sobre o tema ainda não seja ampla, existe um recente clamor acadêmico em prol da instituição efetiva de um regime de avaliações *ex ante* dentro do governo federal, com regras de fato observadas. Defende-se que apenas a racionalização do processo de elaboração normativa com base em avaliações técnicas prospectivas seria capaz de incrementar a qualidade legislativo-regulatória brasileira.⁵⁴⁵

É verdade que boa parte das abordagens citadas replica, em grande medida, o modelo criticado no capítulo I, que restringe o objeto regulatório — e conseqüentemente o do RIA — à atuação das agências reguladoras. Circunscreve-se o potencial uso da avaliação à chamada política regulatória em sentido estrito que, como visto, na acepção brasileira está estritamente vinculada à produção normativa secundária setorial. Salvo poucas exceções como Sampaio (2010), não se vislumbra sua utilização na produção legislativa primária, que estaria fadada a aspectos eminentemente formais.⁵⁴⁶

Tal restrição de objeto não inviabiliza o debate acerca de boa parte de seus elementos. No entanto, seus pressupostos fazem com que esta tese se coloque, em grande medida, em rota de colisão com algumas de suas acepções. Está em causa, aqui, a ampliação de sua aplicação para a produção de leis ordinárias. Trata-se de utilização possível, justificável e desejável, dada a característica finalístico-instrumental que marca

⁵⁴⁵ Cf. ALBUQUERQUE (2009); GAETANI & ALBUQUERQUE (2009); RAMOS (2009a, 2009b); SAMPAIO (2010); VALENTE (2010); em certa medida, MARTINEZ (2009). A própria OCDE vem apontando a necessidade do uso sistemático da ferramenta no Brasil, em que pese veja com ressalvas sua aplicação limitada e fragmentada (OCDE 2008a). Como exceções à abordagem tradicional, dado seu viés crítico, cf. CASTRO (2014); PECI (2009, 2011).

⁵⁴⁶ Sob a ótica da presente tese, a abordagem é duplamente reducionista. De um lado, reduz o uso do AIR à idéia de regulação enquanto produção normativa secundária. De outro, reduz a chamada avaliação legislativa aos elementos formais ou à legística, como se não lhe fosse possível abordar elementos econômicos ou outros impactos inerentes à aplicação da norma. Nesse sentido Valente (2010, p. 44.46), que afirma: “(...) *nota-se que essa espécie de avaliação está inserida na disciplina da ciência da legislação, ignorando discussões acerca da delegação de poder aos agentes reguladores e da legitimidade das decisões tomadas nesse novo espaço de poder. (...) Assim, os alcances desse recurso mostram-se diminutos, pois em nenhum momento a avaliação legislativa abarca a análise econômica da norma, tampouco qualquer espécie de controle político de uma esfera de poder político em relação à outra. Definitivamente, a avaliação legislativa não é espécie de análise de custo-benefício do ponto de vista econômico.*” (p. 45). Ressalte-se que a própria autora reconhece o uso diverso na UE e na Grã-Bretanha. Cf. também cap. I, item 6.1.

parte da produção legislativa primária e a conseqüente necessidade de controle de seus resultados. Ademais, vale lembrar que não há nessa proposta nenhuma novidade de fundo: tal utilização ocorre, como visto à exaustão, na União Européia e em alguns de seus países-membros.

No atual cenário, os poucos RIAs produzidos no Brasil (enquanto gêneros de avaliação *ex ante*) são elaborados, quase que exclusivamente, no âmbito de agências reguladoras.⁵⁴⁷ Não obstante, sua execução é bastante intermitente, heterogênea e fragmentada, além de setorialmente restrita. Faltam parâmetros organizacionais e procedimentais mínimos e comuns, e há forte desvinculação do processo de formulação de políticas públicas.⁵⁴⁸

Parte das dificuldades foi externada, inclusive, pela própria OCDE (2008a), que explicitamente se colocou contra a fragmentação. O PRO-REG, discutido no capítulo II, avançou muito pouco em sua missão de incluir o uso da ferramenta na cultura administrativa. Ademais, não envidou esforços no sentido de incutir a prática no processo de elaboração normativa da Administração Direta.

Também já se viu que a adoção dessa sugestão em específico não corresponde a uma fórmula mágica, aplicável a diferentes contextos. Em que pese sua centralidade no discurso regulatório, argumentos teóricos e exemplos práticos discutidos ao longo desta tese mostraram que a institucionalização do RIA, por si só, não garante a melhoria almejada. Para além de limitações técnicas das ferramentas e das metodologias que em regra o compõem, em especial sob sua modalidade mais comum (CBA), elementos externos influenciam seu funcionamento e, claro, a própria decisão regulatória final. Como mostraram alguns exemplos, emulações isomórficas que não consideraram o contexto político-institucional de sua inserção levaram a implementações falhas e a conseqüentes resultados negativos.⁵⁴⁹

Uma nova política legislativa no Brasil, aplicada ao “governo como um todo”, pode, sim, beneficiar-se da instituição do RIA, aceito enquanto gênero que congrega

⁵⁴⁷ Em estudo bastante abrangente, Valente (2010) compara o RIA elaborado no Brasil com alguns outros procedimentos próximos, como a auditoria operacional executada pelo Tribunal de Contas, que compartilham ao menos alguns de seus elementos, mas que com eles não se confundem.

⁵⁴⁸ Cf., nesse mesmo sentido, CASTRO (2014); PECI (2009, 2011).

⁵⁴⁹ Esse conjunto de dificuldades responde, em resumo, pelas grandes variações observadas. Cf., por todos, DE FRANCESCO, RADAELLI & TROEGER (2012); RADAELLI (2005).

diferentes ferramentas e metodologias de avaliação *ex ante*. Há, contudo, ressalvas importantes. Primeiro, sua adoção exclusiva não basta: há outros componentes, eventualmente de mais simples execução e de menor custo, que, se bem utilizados, auxiliam tanto ou mais que o RIA no incremento da qualidade da atividade legislativo-regulatória. Depois, importa aceitar *a priori* suas dificuldades: há limites para sua estruturação e uso, de modo que seus resultados precisam ser temperados com elementos complementares. Finalmente, vale compreender o que efetivamente se almeja: sua implementação impacta áreas adicionais à de qualidade legislativa, o que pode ser positivo ou negativo (a depender dos objetivos assumidos).

Em suma, na linha do que defende Castro (2014), a ferramenta deve ser aceita como útil, mas bastante imperfeita. Empréstimo a feliz expressão de Verschuuren e de van Gestel (2009), tem-se um "sim condicional" ao seu emprego.

3.1.1. Definições de implementação: dificuldades

Passa-se ao exame dos pontos em espécie que demandam definição para uma adequada implementação.

Funções e Modelos. Como visto no capítulo III, o RIA pode servir a variados objetivos. Suas metas vão desde a busca pela qualificação da intervenção normativa, que lhe atribui credibilidade técnica, até o controle político do governo e o incremento de sua organização interna. Também existem diferentes modelos a avaliar: há desenhos que acentuam a veia tecnocrática (*speaking truth to power*), enquanto outros apenas organizam informações para o decisor (*reason giving for legislative decisions*).

Assim, definir previamente qual o modelo mais adequado (i) às funções escolhidas e (ii) ao contexto de produção legislativa brasileiro é passo importante. É claro que, dados os pressupostos de implantação, o respeito ao componente político da produção legislativa do Brasil é aspecto central. Todavia, diferentes arranjos podem deslocar o uso do AIR para posições mais ou menos próximas do ideal tecnocrático.

Propostas que atribuam maior peso a procedimentos e ritos de revisão, por exemplo, tendem a acentuar a feição de controle burocrático-organizacional, com os

efeitos inerentes à relação entre centro e periferia governamental. Propostas que ampliem a autonomia de formuladores setoriais e fomentem o teste de novas ferramentas e metodologias, por outro lado, tendem a gerar mecanismos de controle menos rígidos, eventualmente voltados a resultados, com algum risco de perda do grau de coordenação e coesão. Desse modo, cabe ao implementador da *nova policy* discutir e definir, *a priori*, quais funções estarão em causa, bem como com qual o modelo em tese se trabalhará.

Ferramentas, Metodologias e Procedimentos. Já se viu que as ferramentas, as metodologias e os passos que compõem um RIA são muito variados. As avaliações integrais, como no atual exemplo europeu, incorporaram ao elemento puramente econômico itens de impacto social e ambiental, às custas de uma maior complexidade. Sistemáticas revisões e alterações — como a redução da análise custo-benefício enquanto método único, a inclusão de novas ferramentas metodológicas (como o SCM), ou a adição de elementos distributivos como etapa concomitante ou complementar às análises econômicas prévias — buscaram readequar o RIA a novas exigências, acentuando seu caráter de conceito guarda-chuva.

Em que pese tal plasticidade, definir previamente os passos procedimentais e os componentes básicos que serão congregados sob o amplo conceito do RIA no desenho brasileiro ajuda a estabelecer, de antemão, limites de sua utilização. Estabelecidos os componentes-padrão, é possível saber previamente o que é e o que não é possível atingir com seu emprego. Quanto maior a amplitude do RIA, maior a exigência por *inputs* distintos e, conseqüentemente, maior sua complexidade.⁵⁵⁰

Procedimentos mais longos e detalhados ganham em apuração e depuração de informações; todavia, perdem em apoio político, que em geral se vale de horizontes temporais curtos e insumos concisos. A utilização do SCM para algumas tipologias legislativas pode angariar importante apoio empresarial; não obstante, pode acarretar o esquecimento dos demais objetivos da política legislativa-regulatória. Finalmente, um foco fortemente econômico traz metodologia mais apurada e maior cuidado com a definição de

⁵⁵⁰ Para muitos, também são maiores (ou insuperáveis) seus desafios metodológicos. Cf. BALDWIN, LODGE & CAVE (2012); GAROUPA (2006).

custos e de benefícios potenciais; contudo, deixa de considerar outros elementos centrais à decisão política.

A propósito, note-se que a defesa de análises estritamente econômicas, cujo resultado final é expresso pela figura dos “benefícios líquidos”, enfrenta limites adicionais em situações de ampla disparidade econômico-social, como o cenário brasileiro. Tal baliza distintiva é aceita, inclusive, pela OCDE (2008a). Não se sugere hibridismo metodológico, nem se imputa ao CBA/RIA uma tarefa que, como bem apontou Martinez (2009), não lhe cabe. Trata-se apenas de aceitar que, em situações de desigualdade extrema como a realidade brasileira (cujo índice de GINI, que mensura distribuição de renda, é recorrentemente listado entre os piores do mundo), seu uso é insuficiente e, se feito de forma exclusiva, possivelmente inadequado.⁵⁵¹

Políticas públicas criadas em cenários de extrema desigualdade invariavelmente almejam alterar o *status quo* e o balanço distributivo. Parte-se da premissa do tratamento desigual e da necessidade de alteração das regras do jogo. Em que pese não ser esse um problema intrínseco ao CBA/RIA, que simplesmente pretende avaliar se a alternativa em causa traz maiores benefícios líquidos frente a outras opções (inclusive a de não intervenção), parece correta a exigência de uso de elementos complementares nos casos em que se almeja atacar o cenário posto, ou mesmo nos casos em que determinada intervenção pode acentuar tal disparidade.

Assim, tais elementos devem ser incorporados à narrativa estritamente econômica, auxiliando na justificativa — não necessariamente na superação — de custos frente a determinados benefícios.⁵⁵² Emprestando feliz expressão de Garoupa (2006), parece que nesses casos a eficiência econômica é excelente ponto de partida, mas não necessariamente de chegada. Ela permite compreender e explicar o problema, especialmente mediante a aplicação de métricas monetárias, bem como entender impactos. Todavia, precisa ser

⁵⁵¹ Em que pese o recente avanço brasileiro na redução da desigualdade de renda (ao menos até o início da mais recente crise econômica), segundo o Banco Mundial o Brasil continua como um dos países mais desiguais de todo mundo sob o ponto de vista de renda. Cf. <<http://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI>>. Acesso: 08.12.2015.

⁵⁵² Nessa linha, por exemplo, GAROUPA (2006). Também MENEGUIM (2010, p. 12), que defende o que chama de análise econômica complementar para o Brasil: “O fato de a análise de custo-benefício não contemplar os aspectos de justiça social não enfraquece a defesa da necessidade da avaliação de impacto legislativo, tanto que um dos componentes da avaliação é a análise econômica complementar, que tem por um de seus objetivos o estudo de como os recursos serão distribuídos”.

mobilizada considerando outros constrangimentos e objetivos legais, institucionais e sociais.

Recorte do Objeto e Escala de Complexidade. Dados os custos envolvidos e o impacto no cômputo do tempo decisório governamental, RIAs não podem ser triviais, nem idênticos para todos os casos. A definição de linhas de corte que separem propostas em diferentes níveis, proporcionais ao seu grau de complexidade, é passo necessário ao seu bom uso. É possível ter avaliações distintas para cada categoria, e exigir estudos prévios detalhados apenas para determinados casos. Também é possível detalhar apenas alguns aspectos, como por exemplo os impactos operacionais.

Como visto, inúmeros exemplos internacionais já se utilizam de diferentes enquadramentos — seja com base em projeções de impacto orçamentário ou de impacto populacional, seja com base em recortes materiais.⁵⁵³ No Brasil, como citado, a ANVISA trabalha com três categorias diferentes de AIR, que variam conforme a complexidade do tema regulatório. Requerimentos de AIRs nível 2 e nível 3 são extremamente raros, e em regra envolvem a contratação de entidades externas.⁵⁵⁴ Finalmente, na proposta legislativa apresentada no âmbito do PRO-REG, Sampaio (2010) sugeriu a aplicação do RIA para decisões “de repercussão geral”, em conceito que teria alguma flexibilidade, mas que excluiria de antemão de seu âmbito atos concretos, atos internos, atos de natureza empresarial ou atos relacionados à política monetária, dentre outros recortes.

Em suma, eventual solução tripartite que conjugue impacto econômico, critérios substantivos e, eventualmente, critérios procedimentais (a revisão legislativa pode constar de um programa regulatório anual prévio, por exemplo), apresenta-se como boa alternativa inaugural à política legislativa brasileira. As justificativas usadas para a definição do universo legislativo referente a políticas públicas em sentido estrito e a marcos regulatórios, verificadas no capítulo II, podem servir de base para o recorte inicial.

⁵⁵³ Os EUA utilizam, prioritariamente, um critério econômico, embora haja elementos materiais específicos que podem levar a análises mais detalhadas sem que se cumpra o critério financeiro. Portugal, por seu turno, traz as figuras da avaliação simples e, caso necessário, da avaliação aprofundada. Cf., exemplificativamente, GAROUPA (2009); MORAIS (2010); SUNSTEIN (2013b, 2013c).

⁵⁵⁴ Para boas práticas regulatórias na ANVISA e AIRs, cf. <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/regulacao+sanitaria/Assuntos+de+interesse/Boas+Praticas+Regulatorias>>; <[http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/regulacao+sanitaria/Assuntos+de+interesse/Analise+de+Impacto+Regulatorio](http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/regulacao+sanitaria/Assuntos+de+interesse/Analise+de+Impacto+Regulatorio/Assuntos+de+interesse/Analise+de+Impacto+Regulatorio)>. Acesso: 23.12.2015.

Estabelecer patamares orçamentários e o número de pessoas atingidas pode completar o desenho.

Difusão e Treinamento geral e específico. É preciso relembrar um dado detectado no capítulo II: parte das ferramentas e das metodologias que poderão compor o novo RIA, enquanto gênero de avaliação legislativo-regulatória *ex ante*, são pouco conhecidas pela alta burocracia. Provavelmente, também não são de domínio do corpo burocrático da administração pública federal (à exceção daqueles envolvidos com o PRO-REG e, conseqüentemente, do pessoal das agências reguladoras).⁵⁵⁵ Mesmo a análise custo-benefício, requerida pelo Decreto 4.176/2002, era em regra desconsiderada, ou cumprida de maneira mecânica e formal. Mostrou-se, em suma, uma importante defasagem de conhecimento das alternativas contemporâneas dentro de uma *meta policy*.

A obtenção de resultados favoráveis com a implementação de exames *ex ante* pressupõe, como se adiantou, ajustes na cultura da administração. O peso da coordenação exercida pelo núcleo central que gerencia a política é elemento-chave nesse processo de superação do *path dependence*. A alteração também passa necessariamente por treinamentos e readequações administrativas que consigam disseminar e, minimamente, equalizar o conhecimento técnico envolvido com a atividade.

Como debatido, preparação e capacitação de corpos burocráticos envolvem difíceis definições metodológicas, alto custo e longo tempo.⁵⁵⁶ Também é necessário fixar os itens a serem induzidos e priorizados, com suas respectivas dificuldades: elementos de mecânica regulatória e de metodologia em sentido estrito hoje ausentes dos debates por certo terão maior custo inicial de aprendizado. Em suma, o desenho de implantação faseada que aqui se defendeu precisa ter em mente, no que tange ao RIA, a necessidade de um bom planejamento de difusão.

⁵⁵⁵ Recorde-se que a aplicação da política legislativo-regulatória às agências reguladoras não faz parte do escopo desta tese. Apenas a título informativo, segundo Peci (2011) o padrão aqui descrito é até certo ponto replicado nas agências: “*de fato, essa pesquisa também revela que a AIR é um instrumento desconhecido por boa parte dos entrevistados, sejam eles órgãos reguladores, sejam públicos diretamente ou indiretamente envolvidos no processo de regulamentação. No entanto, após a definição do termo, os entrevistados reconhecem que práticas que definem a AIR são parcialmente adotadas, embora não de maneira sistematizada, no exercício da atividade de regulamentação.*” Disponível [on line] em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-75902011000400003>>. Acesso: 27.12.2015.

⁵⁵⁶ Cf. RADAELLI (2005, 2009b); Van AEKEN (2009).

Contexto político e publicização das avaliações. Resgatando a idéia de que o contexto doméstico importa, já foi visto que as bases institucionais do presidencialismo de coalizão não tornam a adoção do RIA mais simples. No desenho brasileiro, a produção legislativo-regulatória é, em certa medida, vinculada à dinâmica político-institucional, sendo fortemente influenciada por ela. Instrumentos legislativos como as MPVs não são apenas usadas para a inserção da melhor opção regulatória, mas também para o avanço da agenda governamental (independente do formato da intervenção) e para formação e controle de bases de apoio. Servem como ferramenta do *executive toolbox* que, ao fim e ao cabo, busca estabelecer padrões mínimos de governabilidade, não necessariamente qualidade legislativo-regulatória. É preciso, pois, considerar tais nuances.

Um aspecto pertinente a esse contexto refere-se à publicização dos estudos prévios. A definição do *quando* e do *quanto* publicizá-los é tema importante, e sua solução não pode se restringir a defesas veementes por maior transparência e abertura. Sua relevância e dificuldade densificam-se enormemente em modelos de co-legislação, como o europeu ou o brasileiro. Quando mais de um poder institucional participa da definição legislativa final, a disponibilização prévia de estudos pode servir como elemento apto a alterar a dinâmica entre os poderes.⁵⁵⁷

No contexto de co-legislação europeu, em que o estudo prévio acompanha o projeto de lei enviado ao Congresso, acentuam-se problemas de ao menos duas ordens: (i) a aceitação por parte do Executivo da publicação de diagnósticos críticos a ações governamentais; (ii) a instrumentalização político-partidária dos próprios estudos, intencionalmente questionados com vistas a substituir o debate de mérito. No caso brasileiro, em que se propõe o emprego da *meta policy* para a criação de atos primários por parte Executivo a serem debatidos pelo Legislativo (projetos de lei, MPVs), tais dificuldades também estarão presentes.

A publicização do RIA e de eventuais pareceres sobre as propostas é, sim, condizente com patamares mínimos de transparência e controle público do processo decisório. Tais exigências são importantes tanto ao estudo em si, que precisa ser

⁵⁵⁷ Não é à toa que, em que pese o forte discurso de transparência e *accountability* que acompanha as propostas de políticas legislativo-regulatórias, De Francesco, Radaelli e Troeger (2012) observaram que poucos países publicizavam seus estudos e bases de dados na íntegra.

escrutinado sob o ponto de vista técnico-metodológico, quanto à própria decisão final. Apenas com o acesso a elementos da análise prévia poderá ter efeito a função de constrangimento a posicionamentos completamente afastados das evidências empíricas.

Contudo, a publicização ampla e irrestrita de avaliações preliminares também gera embaraços que precisam ser discutidos no momento de definição das regras relativas ao tema. Assumindo em primeiro lugar hipóteses de adversidade mais genéricas, a divulgação prévia de documentos preliminares, incluindo estudos de impacto, pode inviabilizar o efeito de algumas medidas. Pense-se, por exemplo, em medidas econômicas que precisam de algum fator surpresa.⁵⁵⁸ A atitude também pode trazer informações equivocadas ao público, dada a indefinição do texto final.

Sob aspectos mais próximos à dinâmica institucional, a divulgação de estudos críticos às práticas governamentais vigentes pode acentuar divergências entre formuladores setoriais, núcleo de supervisão e cerne político-decisório. Tal impasse pode minar a boa execução da política. Ademais, uma ampla abertura prévia também pode mobilizar coalizões contrárias às alterações, antes mesmo do debate parlamentar. Se de um lado isso permite que novas informações sejam postas a público, de outro atitudes indesejadas por parte de alguns *veto players* podem ser ativadas. Finalmente, e quiçá a hipótese mais importante desse tópico, a publicização antecipada pode levar à repetição do comportamento detectado por Meuwese (2008) na dinâmica entre os poderes na Europa: por estratégia política discute-se — e eventualmente se deslegitima — a qualidade e as características do estudo prévio em si, e não o efetivo mérito da proposta.

Muito do que foi acima dito foi superado a partir de novas diretrizes da legislação brasileira. A chamada lei de acesso à informação e seu decreto regulamentar federal estabeleceram, nos termos do que propõe a constituição, que a publicidade dos atos governamentais é a ampla regra, sendo o sigilo a restrita exceção.⁵⁵⁹ Todavia, a própria lei em seu art. 7º, §3º, previu que "*o direito de acesso aos documentos ou às informações*

⁵⁵⁸ A questão da transparência e da publicidade na política econômica e, em especial, no que tange à atuação das autoridades monetárias, é tema candente na literatura específica. Há disputa entre aqueles que propugnam o segredo como a "alma do negócio monetário" e aqueles que, ao contrário, defendem uma maior abertura de suas metas, métodos de análise, previsões e processos decisórios. Para o tema, cf. BLINDER (1999, 2004). Não à toa que Sampaio (2010) retirou a política monetária de sua proposta de normatização do RIA. Ressalte-se que, para o caso brasileiro, a previsão dos art. 5º e 6º do Decreto 7.724, de 16 de maio de 2012, traz regramento normativo à questão.

⁵⁵⁹ Cf. Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, e Decreto 7.724, de 16 de maio de 2012.

neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo”. O decreto regulamentar federal explicitou a regra, estabelecendo a categoria *documento/ato preparatório*, cuja publicação só ocorre após a edição do ato normativo (art. 3º, inciso XII; art. 20).

A legislação resolve alguns problemas adiantados, mas não todos. Em tese, análises de impacto *ex ante* são passíveis de acesso público apenas após a adoção do ato. Isso protege a decisão pública de eventuais interferências (negativas) externas, e mantém a possibilidade de se avaliar o grau de coesão entre a decisão política final e seus pressupostos técnicos. Ficam prejudicados, contudo, eventuais esforços de escrutínio técnico-metodológico que ainda possam produzir efeito durante o processo de formulação.

Não obstante, há alternativas. Uma delas é a montagem de um fluxo que permita o acesso às avaliações, ainda sob embargo, pelo órgão de avaliação metodológica dos estudos prévios eventualmente criado ou estabelecido, nos moldes do RSB europeu ou do ACTAL holandês, desde que compartilhado o sigilo temporário existente. Doutra sorte, questões decorrentes da dinâmica político-institucional continuam longe de solução. Estudos críticos às ações governamentais existentes continuarão sendo alvo do núcleo político, assim como decisões que desconsiderem aspectos técnicos continuarão sob ataque do corpo burocrático. Adicionalmente, a eventual instrumentalização política que os RIAs podem sofrer ao longo do debate parlamentar fica em aberto.

Contexto Político e Emendas Parlamentares. Como último ponto, e em que pese a presente tese esteja voltada à produção legislativa pelo Executivo, cabe dar a devida atenção às emendas parlamentares que alteram suas propostas originais. Trata-se de questão que atinge os desenhos de co-legislação, como o caso brasileiro.

Como visto, o controle *a posteriori* pelo Parlamento de projetos de lei e de MPVs de iniciativa do Executivo, relativamente benéfico e de baixo custo ao próprio Legislativo (se aceita a tese da cooperação entre os poderes), é inerente ao ciclo de vida da construção democrática da norma no Brasil. Todavia, a possibilidade de alterações parlamentares substantivas ao texto salientam um inescapável conflito entre estudo prévio e resultado final.

No capítulo II, expôs-se que as MPVs têm sofrido significativas alterações em seu conteúdo, especialmente a partir da alteração constitucional nº 32, de 2001. Ademais, sua característica de trem de cargas de portas abertas permitiu, ao menos até a decisão do STF na ADI 5127, em outubro de 2015, que diversos temas fossem enxertados no instrumento normativo mediante emendas parlamentares, frequentemente desnaturando-o por completo. Tanto as emendas sem relação com o objeto primário do texto (os chamados “jabutis”) quanto as emendas que propugnam alterações ao seu objeto original, legítimas sob o ponto de vista democrático da co-legislação, colocam-se em potencial conflito com a racionalidade técnica que o uso dos exames *ex ante* propugna.

Elas não são previamente consideradas pelo estudo preliminar — visto serem, até então, inexistentes — e, dado o curto prazo do debate legislativo quando em causa as MPVs, também não sofrem avaliações prévias específicas. Ainda que alguma emenda parlamentar seja avaliada no caso de procedimentos legislativos mais longos, como em um projeto de lei ordinária, o que por certo é bastante raro, nada garante que isso ocorra sob lupas técnico-metodológicas iguais ou similares àquilo aplicado no processo de formulação do texto original.⁵⁶⁰

Existem sugestões para a mitigação desse impasse. A primeira (e mais radical) proposta, mobilizada aqui apenas a título argumentativo, seria alterar o escopo e limitar as alternativas de alteração de textos normativos primários propostos pelo Executivo por parte do Parlamento. A possibilidade de emendas ao texto com o intuito de aperfeiçoá-lo poderia ser substituída, por exemplo, por mero juízo binário de sim ou não, em que o texto, após escrutinado, seria ou não aprovado sem alterações.

Ainda que existam limites importantes ao poder de emenda por parte de parlamentares (veja-se, a propósito, o art. 63, I, da CF/88, ou a recente decisão do STF supracitada), é mister dizer que a solução, aplicada à produção legislativa primária — em nosso caso, leis ordinárias —, vai contra a história constitucional e a própria base de

⁵⁶⁰ Vale lembrar que, pela legislação e pela interpretação constitucional vigente, as MPVs aceitam emendas parlamentares por um período de apenas seis dias. De se notar também que alguns consultores legislativos detectam a inexistência da atividade e propugnam adoção da análise de impacto pelo próprio Congresso Nacional. Cf. MENEGUIM (2010).

separação de poderes que lastreia o estado democrático de direito brasileiro.⁵⁶¹ Ela leva a situação fática de dominância do Executivo no processo de elaboração normativa ao extremo, reduzindo fortemente o papel legislativo que é inerente ao mandato parlamentar e à sua representatividade política. A busca pela racionalidade tecnocrática subjugaria, em certa medida, a legitimidade política de origem e de exercício que alicerça o exercício parlamentar em sua função legiferante. No mais, a proposta demandaria alteração da Constituição que, no entanto, seria de duvidosa compatibilidade com o núcleo constitucional protegido pela cláusula pétrea prevista no art. 60, §4, inciso III, da CF/88.

Em uma segunda alternativa, seria possível fazer com que emendas substantivas de iniciativa parlamentar a textos normativos também sofressem avaliações *ex ante*, preferencialmente sob as mesmas diretrizes metodológicas utilizadas pelo proponente. Como visto no capítulo anterior, a Comissão Europeia defende que o Parlamento Europeu, ao menos desde o acordo interinstitucional de 2002, tenha suas emendas substanciais precedidas de análises de impacto. Também se mostrou que a súplica vem sendo reforçada, como na mais nova manifestação relativa à política legislativo-regulatória, de meados de 2015. No entanto, como detectado pela doutrina (MEUWESE 2008) e tonificado pela própria reiteração recente da demanda, os resultados não têm sido animadores.

Para o caso brasileiro, exigências nesse sentido também parecem fadadas ao insucesso. Não se adotam aqui, como dito no capítulo II, os argumentos que questionam a capacidade técnica e a qualidade das assessorias permanentes e temporárias que compõem o corpo técnico do Parlamento. Para além de dificuldades econômicas e institucionais, aos olhos do autor o principal nó reside na própria dinâmica institucional do processo legislativo, que conjuga prazos curtos para emendas em instrumentos relevantes (no caso das MPVs) com diferentes instâncias que permitem o exame e a eventual alteração do texto.

Tal arranjo processual faz com que a proposta legislativa sofra sugestões de alteração com bastante frequência ao longo do processo, dificultando sobremaneira a avaliação prospectiva da proposta como um todo ou de emendas que lhe são apostas. A

⁵⁶¹ A ressalva relativa às propostas normativas primárias (leia-se aqui leis ordinárias) é importante, visto que no âmbito da produção da legislação infraconstitucional (decretos) cabe ao Parlamento, apenas e tão somente, a sustação de efeitos de decretos regulamentares que supostamente exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de eventual delegação legislativa (art. 49, V, da CF/88).

própria possibilidade de emendas serem realizadas em plenário, com características aditivas, supressivas, modificativas, substitutivas ou aglutinativas, que permitem alterações até o último momento de votação, inviabilizam a adoção de tal obrigatoriedade sem outros ajustes de fundo no processo legislativo.⁵⁶²

Diante de tal quadro, parece central que tamanha limitação esteja posta, e que também seja entendida dentro de seu contexto. De um lado, é fato que todo o trabalho de avaliação prévia pode ser desnaturado devido a uma emenda legislativa substantiva. Não obstante, isso não ocorre sem que haja debate parlamentar. Para que o domínio do Executivo não seja absoluto e apriorístico, parece caber ao proponente e à sua base defender o texto original, os resultados das análises que o embasaram, bem como a necessidade de exames mais densos que justifiquem a alteração sugerida. É dizer: o debate acerca dos resultados das análises de impacto e de sua eventual ausência não é vedado, e pode inclusive qualificar a discussão legislativa.

No mais, essa dificuldade não é apta a invalidar a adoção do RIA, ou de processo-gênero similar de avaliação legislativa *ex ante*, ainda que ele ocorra apenas por parte do Executivo. Para além de uma série de ganhos adicionais (como os avanços de coordenação e de estruturação de propostas normativas, a serem desenvolvidos abaixo), os próprios modelos estrangeiros que detectaram tal óbice mantiveram suas políticas legislativo-regulatórias. Assume-se que há limites, mas que também há ganhos gradativos em sua execução.

3.1.2. Definições de implementação: oportunidades

Apesar dos grandes obstáculos à implementação, em especial quando em pauta eventuais inovações, é necessário rememorar a visão exposta no capítulo II: o desenho brasileiro atual é visto como desfuncional, anacrônico e inadequado. É inegável, pois, que a adoção de uma nova *meta policy* tem largo espaço para produzir potenciais ganhos. Em específico, a utilização sistemática de avaliações prévias de impacto pode, sim, qualificar a performance legislativa. Tais benefícios podem se dar tanto sob o ponto de vista da

⁵⁶² Veja-se o que prevê o capítulo V do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, disponível [on line] em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2012-2015.pdf>>. Acesso: 27.12.2015.

qualidade regulatória quanto, e fundamentalmente, sob a ótica de objetivos adicionais — controle e organização da burocracia, proteção do processo decisório, vedação a projetos insustentáveis — eventualmente almejados.

Começando pelo segundo eixo, já foi dito que a ferramenta pode produzir bons avanços organizacionais, de controle de burocracia, de proteção do fluxo decisório frente a ações extremas ilegítimas e de aprendizado instrumental. Um ciclo de vida de produção normativa primária mais racional, organizado e coeso, cujos partícipes exerçam funções mais claras e conheçam seus pontos de controle, produzindo ou recebendo informações e evidências mais adequadas, beneficia a estruturação das políticas e dos atos normativos que as instituem.

Além disso, avaliações *ex ante* que mobilizem custos e benefícios de diferentes alternativas regulatórias forcem, de maneira mediata ou imediata, melhorias em coleta de dados, gestão de informação e em mecanismos de comunicação interna e externa. Para a burocracia central, há melhoria da atividade que está sob sua supervisão e, ao mesmo tempo, maior controle e proteção sobre a ação política descentralizada. Adaptando percepção de Castro (2014), o rearranjo e a eventual simplificação do processo, entendida como maior clareza de procedimentos e competências, pode ser tanto ou mais relevante que a acurácia dos resultados técnicos.

Quanto ao eixo da qualidade normativa propriamente dita, é verdade que a exigência gradativa de um RIA não garante decisões melhores. Não obstante, ela por certo as impulsiona. Estudos prévios mais completos, que busquem benefícios líquidos e que eventualmente considerem efeitos distributivos em análises complementares, que sejam capazes de colocar em pauta diferentes alternativas de mecânica legislativa e que garantam o uso de canais participativos, têm enorme potencial para graduar o processo de elaboração normativa sob o ponto de vista técnico.

Ainda que se considerem as limitações intrínsecas de suas ferramentas e metodologias, análises de impacto *ex ante* ao menos evitam decisões absurdas (*deterrent effect*), destacam *trade-offs* e oferecem peso empírico à decisão política realizada. Tanto órgãos setoriais, em suas propostas originais, quanto o núcleo central de governo, em sua decisão final, passam a ter melhores informações, e enfrentam maiores constrangimentos relativos a opções desviantes.

Ademais, como bem mostrou Sunstein (2011, 2013b, 2013c), na prática cotidiana muitos problemas atribuídos ao RIA, em especial sob a modalidade CBA, são superáveis, não sendo sua dificuldade abstrata argumento forte a inviabilizar sua adoção. É preciso, porém, que o órgão de supervisão qualificada exerça de fato seu papel. Cabe ao gerente da política dar publicidade e difundir periodicamente documentos relativos ao uso de ferramentas e metodologias, emitir circulares relativas a pontos problemáticos (como por exemplo o baixo número de alternativas efetivamente avaliadas), atualizar *checklists*, uniformizar respostas a perguntas frequentes etc. Cabe à supervisão central promover, com simplicidade e clareza, a padronização gradativa de atividades.⁵⁶³

Para tanto, duas estratégias podem ser mobilizadas em paralelo. Serão aqui qualificadas como *hard power* e *soft power*, de acordo com o grau da força da sanção frente à incoerência do comportamento desejado. Para pontos específicos como obrigatoriedade de uso, treinamento e *checklist* legislativo-regulatório, pode valer o uso de mecanismos fortes de comando e controle, com vistas a equalizar pontos de partida de diferentes proponentes (*hard power*). Já para a indução da consideração de ferramentas ou alternativas não usuais, abordagens leves de baixo custo (*nudges* internos), que direcionem opções mediante o manejo da arquitetura das escolhas, podem incrementar o processo sem eliminar a liberdade decisória (*soft power*).

O redesenho do sistema procedimental de tramitação de atos normativos pode fomentar a avaliação da opção zero ao torná-la uma etapa obrigatória, por exemplo; o destaque ou a saliência de determinada alternativa de mecânica regulatória (como a regulação mediante publicização de informações ao público) pode ampliar seu uso; a regra padrão de preenchimento de documentos para o trâmite de propostas legislativas pode reforçar o peso de certos elementos da *meta-policy*, dando-lhes maior centralidade. Trata-se, em suma, de aplicar também aos comportamentos internos aquilo visto e assumido como importante mecanismo de indução de comportamentos dos próprios indivíduos em sociedade.

⁵⁶³ Nas palavras de Sunstein, para o caso norte-americano (2011, p. 38): “OIRA has posted a simple checklist and also a primer for regulatory impact analyses, as well as answers to frequently asked questions about such analysis. All of these documents are designed to promote simplicity and clarity for agencies and the public alike, and thus to improve disclosure of the anticipated consequences of regulatory choices.”

3.1.3. Sumário dos pontos a serem considerados

Em tentativa de resumir todos os pontos longamente expostos, tem-se o seguinte quadro envolvendo a adoção efetiva de um RIA, aceito enquanto processo-gênero de avaliação legislativa *ex ante*, na produção legislativa primária do Poder Executivo Brasileiro. Primeiro, valem todos os pressupostos apresentados à própria constituição de uma nova *meta policy*: um novo marco legal que estabeleça condições, pressupostos e hipóteses de ocorrência; a definição de funções e competências de órgãos centrais e setoriais, com foco especial na fixação do gerente da política, com os consequentes ajustes institucionais necessários; a implementação gradativa e faseada, de modo a gerar dados que permitam o avanço a outros níveis de execução; a compreensão de suas limitações organizacionais, técnicas, econômicas e políticas.

Depois, é necessário compreender e definir claramente seus objetivos, bem como suas funções e modelos. Tal decisão cabe, por certo, aos proponentes da nova política. Não obstante, aos olhos do autor a exposição realizada ao longo da tese permite afirmar que RIAs que almejem qualificar tecnicamente a produção normativa trazendo amarras e decisões *a priori* ao decisor político têm menor margem de aceitação e pouca chance de sobrevivência, visto que vão de encontro ao contexto que circunda o ciclo de vida da produção legislativa no Brasil. Frustrações relativas à política vigente e aos esforços até então empreendidos, aliadas às características da produção legislativa no vigente presidencialismo de coalizão, explicam tal limitação.

Doutra sorte, RIAs que almejem iluminar *trade offs*, constringendo tecnicamente — mas não eliminando — a decisão política, parecem mais consentâneos com o desenho posto, embora também dependam do grau de sua aceitação sob a ótica do controle técnico-político da burocracia e da procedimentalização da administração. Replicam-se, aqui, os elementos referentes às mudanças institucionais mobilizados acima.

No campo das limitações específicas, alguns aspectos precisam ser considerados. Primeiro, importa definir quais ferramentas e metodologias básicas serão de fato fomentadas. Como dito, é possível estabelecer um padrão comum e, desde já, prever ferramentas adicionais que, dado o contexto relativo a fontes de dados e possibilidades metodológicas, também poderão ser mobilizadas.

Destaque-se ainda a necessidade de previsão de mecanismos ou passos complementares à análise custo-benefício, que tragam ao momento decisório elementos de debate distributivo, dado o contexto brasileiro. O mesmo vale para a definição do procedimento de tramitação, que em sua própria arquitetura pode induzir o exame de alternativas hoje incomuns. Ademais, é relevante determinar a segregação das propostas com base em sua complexidade, com vistas a exigir estudos prévios proporcionais ao desafio imposto por cada grupo normativo. É ainda vital que se planeje previamente um desenho de difusão e treinamento que considere, fundamentalmente, os desafios postos pela cultura administrativa vigente.

Finalmente, a compreensão da dinâmica político-institucional brasileira tem absoluta centralidade. Ela é válida para o debate acerca das regras referentes à publicização das avaliações prévias (em especial momento e forma), assim como para eventuais discussões acerca do impacto que as emendas parlamentares inerentes ao desenho de co-legislação trazem ao tema.

Como último tópico, importa sedimentar a idéia de que tais restrições não invalidam a adoção do RIA. Pela ótica dos objetivos adicionais potencialmente almejados, a ferramenta (em verdade o processo-gênero) pode estruturar e organizar o ciclo de vida regulatório, ampliando o controle sobre a burocracia, protegendo o fluxo decisório e forçando a análise de elementos que hoje não estão em pauta.

Já sob a ótica da qualidade legislativo-regulatória, sua instituição pode evitar decisões extremamente heterodoxas e introduzir melhorias na qualidade das informações e no uso das ferramentas disponíveis. Criam-se constrangimentos adicionais a decisões que se afastem das evidências postas, exigindo um maior esforço argumentativo. Para tanto, o núcleo de supervisão central pode conjugar estratégias de *hard power* e *soft power*: elementos de comando e controle estruturais podem ser encaixados com abordagens mais leves, *nudges* que direcionem escolhas sem retirar dos órgãos setoriais sua liberdade nas sugestões legislativo-regulatórias.

3.2. A Urgente Institucionalização de Avaliações *Ex Post*

Como fortemente aponta a tendência internacional, os recursos relativos às políticas legislativo-regulatórias têm se deslocado, com rapidez, para as avaliações *ex post*. Assim como boa parte da doutrina, a OCDE (2015b) tem defendido sua incorporação firme no ciclo de vida normativo.⁵⁶⁴ De fato, o avanço da produção legislativa baseada em evidências carrega em si a necessidade de se avaliar aquilo que vem sendo feito. A percepção cíclica da produção legislativa demanda exames de efeitos reais, que invariavelmente diferem das previsões originais.

Também como visto, avaliações *ex post* trazem ganhos específicos à atividade legislativo-regulatória. O uso de dados concretos, oriundos do campo, sujeitos a todas as influências factuais, facilita a descoberta dos elos da cadeia regulatória que falharam em sua função. Além disso, sua mobilização pode mitigar divergências surgidas antes e durante o processo de implementação da intervenção pública, mostrando o que de fato funciona. Finalmente, a atividade pode auxiliar tarefas retrospectivas como a redução de entraves burocráticos e a gestão de volume legislativo-regulatório, ao detectar falhas e incongruências que podem servir de *inputs* a ajustes futuros. Em suma, é componente central para uma nova *meta policy*.

Também aqui, inúmeros obstáculos se colocam à sua implementação. A criação de um núcleo próprio de avaliações retrospectivas demanda custos materiais, humanos e temporais, bem como a definição dos parâmetros frente aos quais serão feitas as análises dos resultados dos atos normativos finalístico-instrumentais. Ademais, já se apontou que a exposição de eventuais fragilidades da prática legislativo-regulatória governamental tem enorme peso político — críticas à mecânica regulatória atual frequentemente voltam-se contra o próprio governo. Isso traz o debate sobre o grau de autonomia do núcleo, a se verificar qual sua melhor alocação.

No caso brasileiro, as dificuldades são ainda mais acentuadas. O alegado inchaço da máquina pública e as frequentes crises fiscais limitam sobremaneira propostas que passem pela criação de novos núcleos ou órgãos, ou pela criação de novas rubricas orçamentárias. Não obstante, uma nova *meta policy* que assuma a centralidade das evidências para o ciclo de vida legislativo não pode abrir mão dessa função. A institucionalização de uma atividade que valide periodicamente os resultados de

⁵⁶⁴ Cf., por todos, VERSCHUUREN e Van GESTEL (2009a, 2009b).

intervenções legislativo-regulatórias pré-determinadas — seja via previsões caso a caso na legislação pertinente, seja em programas de avaliação legislativa previamente estipulados — é fundamental ao programa de qualidade regulatória que se almeja redesenhar. É essencial, portanto, buscar alternativas para os problemas de custeio e execução.

No que tange ao custeio, valem as ressalvas discutidas no tópico referente à implementação do RIA. Dada sua natureza, avaliações *ex post* não devem ser realizadas em todo e qualquer caso, sob pena de gastos injustificadamente altos, de mobilização exagerada de mão-de-obra e de perda do discernimento sobre prioridades. A implementação deve ser gradativa e proporcional à relevância dos atos em causa, vinculada a um universo pré-definido de atos.

Programas legislativo-avaliativos periódicos que apontem previamente estudos a serem realizados e seus objetivos — eficácia das medidas, grau de efetiva implementação etc — também podem ser pertinentes, pois antecipam a preparação e a participação de terceiros no processo, auxiliando o levantamento de dados. Finalmente, se utilizada com foco na redução de entraves burocráticos (*red tape*), a avaliação *a posteriori* pode beneficiar-se de percentual dos eventuais ganhos futuramente auferidos, de modo a garantir o custeio de seu funcionamento.⁵⁶⁵

Depois, é fundamental pensar na alocação e no grau de autonomia do núcleo voltado a tal tarefa. O debate relaciona-se, intimamente, com o pressuposto da alteração de desenho institucional discutido acima (item 2.2.), e há inúmeras opções que podem ser dispostas em um contínuo. Aqui, sugerem-se três desenhos típicos, mobilizados seus prós e contras: (i) o enquadramento do núcleo de avaliação *ex post* no mesmo espaço do grupo de supervisão regulatória qualificada que revisa e escrutina as sugestões regulatórias *ex ante*; (ii) o alojamento da tarefa em algum órgão ou entidade pré-existente, ou o estabelecimento de acordos com centros de pesquisa; finalmente, (iii) a aposta em um núcleo externo com maior autonomia.

No primeiro desenho, cargos eventualmente remanescentes da readequação de SAJ e SAG podem ser remanejados para a tarefa.⁵⁶⁶ Os mesmos grupos especializados do

⁵⁶⁵ No caso de *sunset laws*, a própria norma pode criar uma obrigação legal de avaliação, fazendo com que a despesa se torne obrigatória. Ficam pendentes, contudo, os gastos referentes ao custeio da atividade.

⁵⁶⁶ Também é possível pensar na readequação de tarefas da Subchefia de Articulação e Monitoramento - SAM, visto que, uma vez criado o núcleo, pode ela se liberar da atividade primária de avaliação de determinados atos.

núcleo de supervisão qualificada — por exemplo, o grupo de infra-estrutura ou de política social — podem responder pela avaliação *ex post* das políticas anteriormente criadas. Em teoria, o modelo traz ganhos à consolidação da circularidade da política regulatória (a avaliação *a posteriori* utiliza as informações dos estudos *a priori*), garante o bom entendimento da dinâmica governamental e permite o escrutínio da qualidade do trabalho prospectivo anteriormente realizado. Não obstante, ainda em teoria há problemas de independência, transparência e *accountability*.

A proximidade com os avaliadores *ex ante* e com o núcleo governamental acentua riscos de politização de resultados em dois vetores opostos. Estudos *a posteriori* que validem a avaliação prévia podem ter sua imparcialidade e autonomia colocadas em causa; análises *ex post* que detectem grandes diferenças entre o projetado e o realizado, expondo dificuldades da avaliação *ex ante* e da própria intervenção governamental, podem sofrer um maior grau de intervenção.

Uma segunda proposta coloca a tarefa avaliativa *ex post* aos cuidados de órgãos setoriais ou entidades de pesquisa de alguma forma vinculadas ao governo, sem relação direta com o núcleo central ou com o grupo de supervisão qualificada. Entidades como o Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas - IPEA poderiam ser responsáveis, no todo ou em parte, pelos exames retrospectivos. Universidades públicas ou centros de pesquisa também poderiam ser, eventualmente, contratados para tanto.⁵⁶⁷

Tem-se, aqui, uma situação intermediária: ainda há relação com a estrutura governamental e, portanto, compreensão de objetivos, contexto e dificuldades. Não obstante, a relação direta com os estudos *ex ante* fica diminuída, com perdas relativas à circularidade ou à integralidade da política avaliativa. Chances de conflito entre os resultados dos estudos e o núcleo governamental também se acentuam. Embora o distanciamento institucional possa diminuir o risco de intervenções, nada garante que o nível de ruído entre política e tecnocracia será menor.

Finalmente, uma terceira sugestão aposta em desenhos que se valem de avaliadores externos. A proposta aproxima-se, embora com outros objetivos, de arranjos que avaliam externamente a metodologia e a correção dos estudos *ex ante*, como o RSB europeu ou o

⁵⁶⁷ A Escola Nacional de Administração Pública - ENAP, por exemplo, poderia ser envolvida no tema.

ACTAL holandês. Aposta-se na necessidade de autonomia das avaliações, eventualmente protegidas com mandatos, com alegados ganhos de credibilidade e liberdade crítica.

Ao longo da linha contínua de modelos institucionais possíveis, desloca-se para a ponta da maior proteção aos estudos. Por outro lado, pode ser ampliada uma efetiva disputa de dados e versões, em que a atividade em si — e não seus resultados — passem a dominar o debate. Ademais, a ausência daqueles envolvidos com a política em causa no processo avaliativo garante maior autonomia ao exame, mas pode limitar o acesso ao conhecimento dos entraves efetivos, gerar resultados pouco pertinentes à realidade e, no vetor contrário, atrapalhar a aceitação dos resultados pelas próprias equipes de trabalho.⁵⁶⁸

É claro que inúmeros mecanismos internos ou intermediários podem auxiliar na definição desta equação. Procedimentos que conjuguem atividades *ex ante* e *ex post*, colocando as equipes avaliativas em contato perene e fomentando o compartilhamento de dados e de documentos, podem reduzir atritos e desconfianças. Nada impede, também, que equipes externas ou não centralizadas obtenham, por previsão normativa, acesso pleno aos documentos avaliativos prévios, ou que sejam colocadas em contato com os formuladores e gestores do programa estruturado pelo ato normativo.

A formação de equipes mistas, com atores governamentais e examinadores externos, também pode ser utilizada para ampliar a utilidade e a legitimidade interna e externa dos resultados. Trata-se de arranjo que, uma vez estabelecidas as devidas proteções institucionais, pode garantir o acesso à informação sem colocar em causa a liberdade analítica dos responsáveis pelo estudo. Por fim, o foco original das análises também pode ser utilizado para angariar apoiadores: como visto, modelos que apostam em exames voltados à redução de custos administrativos arregimentam adeptos externos, o que pode reforçar sua sedimentação institucional.

Em suma, trata-se de decisão estratégica que precisa ser tomada pelo decisor político. Para os fins do presente trabalho, basta reafirmar que não é possível abdicar da avaliação *a posteriori*, sob pena de forte incongruência com o pressuposto do uso de evidências empíricas no ciclo de vida de elaboração normativa. É esse o caminho que vem sendo trilhado na experiência internacional, e nesse aspecto o contexto brasileiro não parece oferecer dificuldades adicionais ao tema (para além de todos os limites existentes).

⁵⁶⁸ Neste caso, *a priori* far-se-á necessária alteração legal que contemple a criação de órgão ou entidade.

3.2.1. Avaliação *ex post* e avaliação de políticas públicas: uma sobreposição?

Questão bastante relevante, que se torna ainda mais evidente no debate sobre exames *ex post*, refere-se à possível sobreposição entre a chamada avaliação legislativa e a avaliação de políticas públicas. Ao fim e ao cabo, a avaliação de uma intervenção legislativa finalístico-instrumental que estrutura uma política pública, examinada sob o ponto de vista da qualidade regulatória (ou seja, à luz do que ela faz ou promove), confunde-se em alto grau com a avaliação da política pública em si.

Como trazido no capítulo I, *"as políticas públicas não podem e não devem ser reduzidas às disposições jurídicas com as quais se relacionam"* (BUCCI 2009, p. 31). Todavia, também se aceita que a mudança estrutural de parte dos atos normativos que instrumentalizam *policies* os coloca como elementos a elas inerentes. Ainda que se aceite que a avaliação das políticas públicas é tarefa mais ampla, examinar resultados e impactos da proposta legislativa equivale, em boa medida, a avaliar parte da própria política. Poderia estar em causa, assim, uma espécie de relação entre conteúdo e continente.

O tema, muito pouco explorado na literatura, não é simples. São raros os autores do direito que se debruçam sobre a pauta. Karpen (2003), Van Aeken (2009) e Voermans (2006) apenas admitem o problema da sobreposição, enquanto Hoppe (2009) sugere uma incipiente diferenciação.⁵⁶⁹ Nas demais abordagens o tema sequer é mencionado: as duas atividades são tratadas em separado e sem referência a qualquer grau de intercomunicação.

O fato das políticas legislativo-regulatórias serem tratadas de maneira individualizada, sem questionamentos a respeito da sobreposição, indica uma opção pelo tratamento apartado e, pois, pela diferenciação, ainda que não exista uma escolha

⁵⁶⁹“(…) *There is hardly any true legislative evaluation. When legislation is evaluated in Netherlands, it is mostly the success or failure of the policies enshrined in legislation that are being studied, not the effect of legislation (as opposed to other instruments of governance) itself.*” (VOERMANS 2006, p. 182). *“(…) there is a massive overlap between the two, due to the instrumental nature of legislation in the welfare state. Indeed, policy initiatives are commonly translated into legal rules and programmes, implying that the body of policy evaluation techniques is equally useful for legislative evaluation”* (Van AEKEN 2009, p. 107). E ainda: *“It is important to point out that ex ante evaluation is treated here as one, rather specific, subcategory of policy evaluation practices. (...) A policy may or may not resolve itself into a routinised and continuous set of policy measures (a policy program), or into one-off, non-iterative policy projects. As the label ex ante evaluation implies, it is about ex ante evaluation; but it is neither about policy, programs or projects. Ex ante evaluation is unique in focusing on one particular type of policy instrument, rule-making or legislation. Although ex ante evaluation ought to be seen against the larger backdrop of policy evaluation practices, its specificity is to be found in its limitation to rules or laws.”* (HOPPE 2009, p. 83-84).

deliberada. Porém, não se estabelecem características específicas da avaliação legislativa, de modo a atribuir-lhe autonomia.

O ponto importa essencialmente porque, uma vez detectado um alto grau de sobreposição, perde-se parte do caráter inovador do exame legislativo, e questiona-se a própria relevância prática da medida. No limite, a Administração Pública pode ser conduzida a escolhas equivocadas, duplicando gastos orçamentários desnecessariamente. E certamente não há espaço para tal replicação no contexto brasileiro, em que as atividades de avaliação de políticas públicas são relativamente bem institucionalizadas.⁵⁷⁰

Apenas uma revisão completa de literatura que cruze conceitos mobilizados no direito e na administração pública, aliada a estudos empíricos que busquem interseções entre avaliações legislativas e de *policies*, poderia dar segurança ao que aqui se sugere. A economia deste trabalho não permitiu que tais levantamentos e cruzamentos fossem devidamente realizados, e não foram encontrados exemplos de trabalhos similares.

Não obstante, parte da bibliografia brasileira de políticas públicas aqui mobilizada sinaliza um importante compartilhamento conceitual e metodológico com o vasto volume de literatura específica referente à avaliação legislativa que aqui se examinou. Veja-se, por exemplo, como a conceituação de “avaliação de programas” trazida por Jannuzzi (2013, p. 14) é similar ao aqui debatido: “*uma investigação técnica fundamentada nas diferentes estratégias metodológicas da pesquisa social para produzir informação e conhecimento*

⁵⁷⁰ A avaliação de políticas públicas é tema recorrente na literatura relativa a políticas públicas no Brasil. Existe, inclusive, a Rede Brasileira de Monitoramento e Avaliação (BORGES *et alli* 2011), bastante estruturada. Cf., como exemplos na literatura, CUNHA & CASTANHAR (2013); FARIA (2005); JANNUZZI (2013); OLIVEIRA JR, JORDÃO & CASTRO JR (2014); RUA (2003, 2004, 2006). Também há toda a produção da recente *Revista Brasileira de Avaliação e Monitoramento*, disponível [on line] em <<http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/portal/?grupo=96>>. Acesso: 28.12.2015.

Por sua vez, a execução de processos avaliativos de programas governamentais também é bastante frequente no governo federal, em que pese a existência de severas críticas à estrutura e ao grau de institucionalização dos sistemas de monitoramento e avaliação (SM&A). Ao menos em tese, elas ocorrem sistematicamente ao menos desde o Programa Plurianual - PPA de 2000-2003; no desenho atual, existe uma Comissão de Monitoramento e Avaliação, de caráter interministerial, e cada órgão possui uma unidade específica de monitoramento e avaliação (UMA). Para recente exame dos sistemas avaliativos da administração direta federal, cf. SERPA (2011).

Finalmente, como mostra Paes-Souza (2006), o arranjo de avaliação de políticas sociais brasileira parece ser um pouco diferente de outros desenhos latino-americanos, em que existem estruturas concentradas ou centralizadas para o governo como um todo. O Ministério do Desenvolvimento Social - MDS, por exemplo, que dentre outros é responsável pelo Bolsa-Família, citado no capítulo I, possui uma secretaria específica incumbida da tarefa avaliativa (Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação). Cf., para dados sobre monitoramento e avaliação de diversas políticas sociais, <<http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/portal/>> e <<http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/portal/index.php?grupo=134>>. Acesso: 28.12.2015.

para seu desenho ex ante, implementação e validação ex post, com a finalidade de garantir o cumprimento dos objetivos do programa.”

Ou ainda, quando o autor se vale da lição de Cejudo para salientar que contexto e desenho institucional importam sobremaneira:

Sabemos ya que las políticas públicas no ocurren en el vacío. Distintos enfoques de análisis explican cómo el proceso de políticas públicas está influido por numeros factores que le dan forma y contenido. Entendemos que, lejos de ser una simple decisión racional basada en la identificación de problemas, la revisión exhaustiva de alternativas, la decisión informada y la implementación sin restricciones, cada política pública está moldeadas por la instituciones, el entorno organizacional, el marco legal, las condiciones políticas y económicas, y los valores sociales en juego.⁵⁷¹

Em linhas gerais, os debates propostos são inequivocamente correlatos com o que aqui se discute, embora em estágios um pouco mais avançados. Eles se referem ao fomento do uso de evidências nos diagnósticos, aos obstáculos à sistematização de informações, às dificuldades de institucionalização, aos empecilhos para mudanças na cultura administrativa, aos problemas da crença excessiva na legitimidade tecnocrática e à importância da escolha e da organização dos instrumentos para o fomento de novidades, dentre outros. Em termos específicos, discute-se por exemplo se os exames *ex post* devem colocar sob foco a implementação ou os resultados (efeitos reais da intervenção), bem como a melhor maneira de apresentar e difundir os resultados, de modo a engajar a burocracia.⁵⁷² É evidente a proximidade com o que se demanda nesta tese.

Para os fins deste capítulo, sob o ponto de vista da implementação prática cabe compreender tais limites e sombreamentos. A institucionalização de núcleos de avaliação legislativa — tanto a supervisão qualificada *ex ante* quanto, principalmente, o núcleo de avaliações *ex post* — requererá acertos constantes com os órgãos e entidades responsáveis pela avaliação de políticas públicas em âmbito federal. Será necessário aparar arestas, compartilhar dados e ferramentas, evitando sobreposições.

Como agenda futura em aberto, estudos mais detalhados que cumpram as exigências metodológicas acima expostas poderão dizer, ao final, se a hipótese de

⁵⁷¹ CEJUDO (2010, p. 93), *apud* JANNUZZI (2013, p. 25).

⁵⁷² Cf, por exemplo, os conceitos mobilizados na bibliografia citada na nota acima. Para temas pertinentes à avaliação de políticas públicas, cf. JANNUZZI (2013). Lembre-se, ainda, da relação entre políticas legislativo-regulatórias e o *New Public Management* proposta por RADAELLI & MEUWESE (2009).

sobreposição está ou não empiricamente justificada. Ademais, se aceita a sugestão de que os atores jurídicos participem de todo o ciclo de vida da produção do ato normativo — e, mediamente, da própria formulação da política pública que ele eventualmente estrutura —, diminuindo o artificial fosso que separa advogados públicos e gestores governamentais, é factível presumir que boa parte do trabalho referente à avaliação legislativo-regulatória poderá ser aglutinada ao fluxo de avaliação de *policies* em sentido estrito. Restará saber se os enclaves (pseudo-)técnicos permitirão que o procedimento de elaboração normativa seja de fato racionalizado.

3.3. A Adoção de Testes e Experimentos Legislativos

A elevação da avaliação *ex post* a uma posição de centralidade em uma nova política legislativo-regulatória brasileira faz jus a um dos principais elementos que basearam a construção desta tese, qual seja, o necessário incremento da utilização de evidências e dados empíricos no ciclo de vida da elaboração normativa, qualificando decisões. Enfatiza-se, em especial, a importância dos dados colhidos na própria experiência política-jurídica em avaliação, de forma a serem analisadas as ocorrências em seu real *habitat*. Na mesma linha, eventual nova fronteira que merece ser explorada é a da chamada legislação temporária, é dizer, a legislação experimental e os experimentos legislativos.

Foi visto no capítulo II que, embora prevista no vigente Decreto 4.176/2002, a legislação temporária não é usual no direito brasileiro, em nenhuma de suas hipóteses. Não há uso sistemático de *sunset clauses* que dêem temporalidade à norma, aliadas à previsão de avaliação de seus efeitos (*sunset laws*). Também não se faz utilização recorrente de leis que, por um período pré-determinado e para um universo de aplicação pré-definido, dentro

de limites e objetivos pré-estabelecidos, revoguem parcialmente a legislação vigente com vistas a testar determinada intervenção (experimento legislativo ou leis exploratórias).⁵⁷³

Por outro lado, alguns exemplos internacionais bem-sucedidos foram apresentados no capítulo III, nas mais variadas áreas. É verdade que alguns autores defendem que a mobilização da legislação temporária é mais simples e adaptada ao *rulemaking* do que ao processo legislativo propriamente dito, especialmente quando em causa dificuldades inerentes ao modelo de co-legislação, como no caso brasileiro.⁵⁷⁴ Não obstante, o fato é que alguns testes têm produzido bons resultados, mesmo em se tratando de legislação primária. Destacam-se ganhos como a obtenção de informações reais, a detecção de efeitos inesperados (positivos ou negativos) e a dissipação de dúvidas existentes antes da implementação da intervenção governamental introduzida por lei.

Para os limites desta tese, assume-se que uma importante vantagem adicional de sua gradativa utilização no contexto brasileiro residiria, especialmente, no inerente fomento à realização de avaliações *ex post*. A imperiosa previsão de exames dos efeitos da legislação ordinária temporária (*sunset laws* e experimentos legislativos) poderia induzir uma maior realização da atividade avaliativa e, eventualmente, um maior aprendizado instrumental. Tratar-se-ia de maneira menos brusca de se exigir a realização de tais avaliações, o que, no entanto, poderia produzir efeitos relevantes para a sua institucionalização.

No que tange à possibilidade de inclusão na nova política legislativo-regulatória brasileira, tanto a lei temporária (*sunset laws*) quanto o experimento legislativo parecem ter caminhos parecidos, embora com dificuldades um pouco diversas. Pelo lado das

⁵⁷³ O conjunto legislativo brasileiro possui exemplos recentes de legislação temporária, como a chamada Lei Geral da Copa (Lei 12.663, de 5 de junho de 2012) e a lei que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações - RDC (Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011), aplicáveis inicialmente a licitações e contratos exclusivamente vinculados a obras voltadas a eventos como a Copa das Confederações FIFA 2013, a Copa do Mundo FIFA 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016. Não obstante, a Lei Geral da Copa é lei temporária de espécie distinta daquilo que aqui se propõe (RANCHORDÁS 2015). No caso desse diploma legal, boa parte de seus efeitos são de eficácia exaurível (ou já exaurida), não existindo previsão de avaliação posterior para que se decida pela manutenção ou não do regime jurídico criado (como visto, o exame *ex post* é elemento caracterizador de *sunset laws*). O caso do RDC é um pouco diverso: embora a avaliação posterior também não estivesse prevista, os resultados iniciais de sua aplicação — positivos, sob a ótica do legislador — fizeram com que o escopo de sua aplicação fosse gradativamente ampliado por novos atos legislativos. Formalmente, não houve lei temporária marcada por uma *sunset clause*; não obstante, na prática seus dados concretos contribuíram para a revisão da lei ordinária.

⁵⁷⁴ Rememore-se que Gubler (2014) aponta dificuldades do uso de legislação temporária na produção legislativa primária. Elas colocam-se pela necessidade de aprovação dupla: primeiro aprova-se o teste; depois, se for o caso, aprova-se a alteração na legislação perene. Nada garantiria que os dados colhidos ao longo da vigência do diploma temporário seriam de fato utilizados no debate legislativo sobre o tema.

similitudes, ambos possuem um mesmo pressuposto inicial de instalação: dependem de um forte apoio político, que assuma e defenda o uso de experimentações no intuito de coletar evidências empíricas e de qualificar decisões públicas. Dada a temporalidade dos mandatos e a necessidade política de resultados rápidos, não se trata de requisito simples.

Depois, é fundamental que tais exercícios sejam bem desenhados previamente, de modo a garantir períodos adequados à avaliação e a não colocar em risco o ambiente de negócios. Ainda, considerado o desenho de co-legislação, é factível que ambos possam enfrentar resistências no momento de eventuais alterações legislativas adicionais, necessárias caso os testes sejam aprovados (lembre-se que a legislação temporária positivamente avaliada demanda a adequação da legislação perene para sua consolidação). É necessário vencer, pois, o *path dependence* legislativo salientado por Gubler (2014).

Ademais, como exposto, leis temporárias são questionadas sob a ótica da segurança jurídica, especialmente no que tange à estabilidade e à previsibilidade das regras, e também sob as lentes da isonomia. Quanto ao primeiro ponto, argumentos desenvolvidos no capítulo anterior tentaram mostrar que a percepção de uma robusta segurança jurídica atribuída à legislação perene é, em boa medida, ilusória. Defendeu-se que os testes e a verificação de efeitos práticos em menor escala podem, inclusive, incrementar a segurança da intervenção proposta, evitando que toda a sociedade seja colocada sob a égide de ações ainda não testadas. Em suma, trata-se de empecilho que, embora utilizável no embate político-legislativo, não parece suficiente para questionamentos jurídicos de fôlego.

Já no que tange ao questionamento sobre isonomia, as ressalvas são maiores. Elas atingem, em especial, os experimentos legislativos. Dado o debate internacional, parece razoável presumir questionamentos jurídicos iniciais à sua implementação no Brasil, visto que o teste legislativo pressupõe a existência concomitante de regimes jurídicos diferentes para grupos distintos — tratamento e controle — por um determinado período de tempo. Em que pese a possível judicialização, crê-se aqui haver lastro constitucional para seu uso no direito brasileiro.

Sustentou-se no capítulo anterior que a constitucionalidade das medidas concretas não deve ser afastada de plano, mas sim investigada à luz de exames de proporcionalidade. Em apertado resumo, elas devem ser adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito. Precedentes de cortes constitucionais estrangeiras mostraram que os tribunais têm

seguido essa linha de abordagem, dando ênfase especial a requisitos como a existência prévia e consistente de objetivos, limites e instrumentos de mensuração da intervenção transitiva. Regra geral, há bom histórico de aceitação.

Assim, a implementação de experimentos normativos com respaldo jurídico, em especial na produção normativa primária, deve aliar duas linhas complementares de proteção. Primeiro, a defesa incontestada de seu mérito enquanto intervenção controlada e em menor escala, que protege a sociedade de eventuais riscos ainda não conhecidos e qualifica a intervenção mediante o uso de elementos empíricos na retroalimentação do ciclo de vida da norma. Depois, a pré-definição incontestada de objetivos, limites e instrumentos claros de mensuração de efeitos, de modo a garantir mecanismos avaliativos efetivos e um mínimo de estabilidade para as relações vigentes. Exige-se, em resumo, uma estratégia transparente de implementação e execução.

Em que pese o assunto não esteja estritamente vinculado à política legislativo-regulatória, importa dizer que o incentivo à experimentação legislativa pode (e talvez deva) ser conduzido em conjunto com uma política de fomento a testes de políticas públicas em sentido amplo. Como debatido, a prática governamental contemporânea tem se voltado fortemente para essa frente. Ao fim e ao cabo, ela se alinha aos mesmos passos e metas da experimentação legislativa: testar, agregar dados e informações, detectar efeitos positivos e negativos, fazer ajustes e, ao final, obter melhores resultados para as intervenções públicas.

Um último tópico é pertinente. Trata-se da percepção de que, na prática da legislação temporária e experimental, só faz sentido falar em testes efetivos se o instrumento normativo for utilizado e observado sob a ótica da qualidade regulatória. A possibilidade de testar intervenções simbólicas é bastante reduzida (restringe-se, por certo, a avaliações de percepção). Exames de resultados de instrumentos normativos oriundos de mera composição política também estarão, muito provavelmente, fadados ao insucesso. Reforça-se, portanto, novamente, a importância de uma boa seleção de casos passíveis de experimento.

3.4. A Abordagem Comportamental: novos componentes para intervenções de baixo custo e direcionamento interno

O quarto elemento que, sob a ótica da presente tese, deve ser explorado em uma nova política legislativo-regulatória, diz respeito aos aspectos relacionados à nova abordagem comportamental e à sua aplicação na atividade governamental. Compõe-se, em verdade, de uma ampla série de instrumentos e ferramentas, aplicáveis, como regra, de forma horizontal. Quer-se aqui dizer que outros mecanismos e instrumentos podem ser por eles atingidos, valendo-se de seus *inputs*.

Como explorado no capítulo anterior, a chamada economia comportamental tem influenciado diversas áreas do conhecimento.⁵⁷⁵ No direito, em que se fala de um *behavioral law and economics*, ela é frequentemente aplicada na definição das alternativas de mecânica legislativo-regulatória, tanto para compreender quanto para induzir o comportamento nas duas pontas da relação — a do cidadão e a do agente público. Ela auxilia a montagem de intervenções regulatórias mais leves e, tanto quanto possível, de baixo custo. Não obstante, a abordagem está fora da caixa de ferramentas da elaboração normativa brasileira. Como mostrado pelos próprios burocratas do alto escalão governamental, não há mobilização ou mesmo conhecimento mais detalhado acerca das novas figuras. Há, pois, enorme espaço para avanço.

Na linha do paternalismo libertário Thaler e Sunstein (2008), a abordagem comportamental aplicada à atividade normativa governamental pode ser extremamente útil. Compreendendo os equívocos avaliativos mais comuns e as oportunidades de indução mais eficientes e eficazes, ela pretende influenciar escolhas com o objetivo de reduzir opções ruins, sem supressão da liberdade do cidadão. Assim o faz, fundamentalmente, mediante “empurrõezinhos” comportamentais, normativos e não normativos, bem como com ajustes na arquitetura que contingencia o ambiente em que as escolhas são feitas.

Rememore-se que, a partir de algumas descobertas comportamentais básicas — tendência à inércia e à procrastinação, alto grau de influência pela forma de disposição das informações, baixa capacidade de compreender e lidar com probabilidades, peso do contexto social etc —, essa nova fronteira propõe um ferramental para a produção normativa que aceite tais pressupostos e que tente corrigir os efeitos negativos de más escolhas. Sob tal lógica podem ser utilizadas estratégias como a alteração de regras-padrão ou a remodelagem do caminho procedimental para determinada opção, com foco em

⁵⁷⁵ Para outros rótulos, cf. SIBONY & ALEMANNI (2015).

automatizar definições consideradas mais adequadas, ou em hierarquizar alternativas com base nos benefícios esperados. A simplificação de atividades desejáveis também pode ser empregada, permitindo que o cidadão compreenda melhor o que está em jogo em menor tempo.

Para o que importa à construção da nova *meta policy* brasileira, a abordagem é interessante sob ao menos duas óticas. A primeira, mais óbvia, é a de agregar tais ferramentas ao conjunto que está à disposição do gestor-legislador. Prevê-las no novo marco regulatório e no *checklist* mínimo a ser observado por órgãos setoriais e centrais, bem com fomentar experiências que as utilizem por meio de reforços periódicos, pode qualificar os efeitos da intervenção governamental. Trata-se de conjunto de habilidades que, pelo seu fim último, pode auxiliar na construção de alternativas mais numerosas e, eventualmente, de menor custo.

Ademais, uma necessidade menos explícita, mas também deveras importante, refere-se à sua adequada compreensão pelo corpo burocrático governamental, dado seu uso recorrente por parte do setor privado. Tal utilização pode exigir da administração pública atividades regulatórias concretas, como estratégias regulatórias que utilizem os chamados *contra nudges*. Essa atuação demanda conhecimento, e requer capacitação. Por isso, a implantação gradativa e escalonada da nova política deve dar centralidade a esse treinamento específico, bem como à sua difusão. Nada obsta, contudo, que o núcleo de supervisão qualificada tenha grupo especializado no tema, que consiga sugerir aos órgãos setoriais ajustes pontuais ou alternativas de fundo às propostas.

É certo que tais ferramentas são mais facilmente aplicáveis à normatização infralegal. Pequenos ajustes em procedimentos ou formulários com o objetivo de dar mais saliência a informações relevantes, por exemplo, em regra prescindem de alteração legal. Ainda assim, como aventado no capítulo anterior, é plenamente possível vislumbrar leis ordinárias que, considerando os pressupostos da tendência à inércia e à procrastinação, desenhem o regime jurídico de determinada *policy* de modo a automatizar aquela considerada como melhor escolha.

A segunda possibilidade de mobilizar os *inputs* comportamentais é utilizá-los não para fora, com vistas às ações dos cidadãos e do setor privado, mas para dentro, com vistas a direcionar a atuação da própria Administração Pública. Ajustes na arquitetura do

procedimento de tramitação das propostas normativas pode induzir a avaliação de diferentes alternativas de mecânica regulatória, bem como fortalecer quaisquer outros elementos que os formuladores da nova política desejarem: o levantamento de custos e benefícios, o uso de metodologias complementares que considerem elementos de equidade etc. Ajustar o fluxo da produção legislativa com o uso do ferramental comportamental alinha-se com a função de organização administrativa que circunda a *meta policy*, e pode gerar ganhos evidentes à Administração. Auxilia a alteração institucional não-abrupta de que se tratou anteriormente.

É claro que a publicização dessa quarta fronteira da *meta policy* gera debates acerca de seus limites. Não se assume que tal proposta está a salvo de críticas, e como visto no capítulo anterior alguns estudos têm mostrado que as ferramentas têm deficiências, enfrentam *trade offs* e não se aplicam a inúmeras situações. No entanto, os surpreendentes ganhos iniciais de abordagens similares — como a do *Behavioral Insights Team* no Reino Unido — e a recente adoção explícita por parte do governo americano, após seu fomento pela OIRA, mostram que tais celeumas não são impeditivas. Em que pese seja necessário atentar-se para o contexto próprio em que a abordagem será mobilizada, há bom potencial para resultados positivos.

Finalmente, há ainda o possível desacordo frente aos objetivos públicos perseguidos, em especial sobre as opções a serem “facilitadas” ou “dificultadas”. Levantam-se aqui importantes questionamentos éticos e jurídico-políticos. Não obstante, a maioria dos argumentos destinados a compreender a confusão que a crítica faz entre objetivos e instrumentos, mobilizada nos capítulos I e III, pode ser aqui reutilizada. Eventual discordância frente aos objetivos almejados e induzidos pela construção normativa coloca-se em patamar prévio, está sujeita a debates e decisões de cunho político, e não atinge propriamente as ferramentas em si. Elas devem estar à disposição do gestor, cabendo ao debate político público, transparente e controlável, a definição de seus propósitos.

3.5. Da Periferia ao Centro: componentes adicionais a uma nova política legislativo-regulatória

O último conjunto de componentes sugerido para a nova política legislativo-regulatória congrega, em verdade, sugestões bastante diversas entre si. Elas existem em ao menos três das quatro categorias de elementos de *meta policy* anteriormente apresentadas. Trata-se de um rol de propostas que, dado algum êxito em outros contextos, podem ser assumidas e testadas na produção legislativa brasileira.

Como já foi amplamente defendido, sua adoção depende das condições, da adaptação e da correta compreensão do contexto político-institucional em que serão desenvolvidas. Também dependem da assunção dos pressupostos acima explicitados, que exacerbam os limites de cada alternativa e constroem as recomendações. Não obstante, especialmente a partir do quadro obtido no capítulo II, parece haver espaço para outros ajustes mais simples. Afastados do fetichismo institucional que cerca as macro-propostas, especialmente relacionadas à adoção do RIA, podem contribuir para a melhoria do cenário de qualidade normativa.

Aspectos Internos de Qualidade Normativa e Publicização. Sob o ponto de vista formal ou dos aspectos internos de qualidade normativa, já se afirmou que a produção legislativa do Executivo federal brasileiro tem um bom patamar de qualidade, graças à experiência e à *expertise* dos profissionais que se encarregam das revisões. Por não se tratar de elemento central à alteração da cultura de elaboração normativa e ao incremento de sua qualidade substantiva, não é pedra de toque da presente tese. Não obstante, vale advogar por esforços mais ativos quanto à simplificação dos atos normativos, em prol de textos mais acessíveis. Normas mais compreensíveis pelos agentes públicos (*enforcement*) e pelos cidadãos (*compliance*) reduzem a tarefa de mediação legislativa, reduzindo custos desnecessários.

Ademais, a padronização da linguagem normativa e de procedimentos similares pode melhorar a relação entre Estado e sociedade. Nada obsta que se pense, por exemplo, em uma regra padronizada de solicitação de licenças ou autorizações que, em que pese a necessária flexibilidade para especificidades de cada setor, ofereça enquadramento legislativo similar a diferentes situações, ao menos em grandes linhas.

Além disso, é de se avaliar a possibilidade do compartilhamento de informações não sensíveis e não legalmente vedadas relativas a cidadãos ou contribuintes pelas

agências públicas. Tal procedimento evitaria que dados idênticos fossem requeridos mais de uma vez, de forma reiterada, pelo mesmo ente federativo, diminuindo o *red tape* inerente aos diversos formulários que intermedeiam a relação entre cidadão e poder público, ou que dão base à implementação de políticas públicas.⁵⁷⁶

Na linha do combate aos custos administrativos desnecessários, também pode ser desenvolvido um programa efetivo de gestão do estoque legislativo, de modo que o passivo legislativo seja periodicamente revisitado, revisto e simplificado com vistas à limpeza da base de dados e à retirada de exigências burocráticas anacrônicas. Colocam-se aqui as figuras da consolidação, coleção e codificação do universo legislativo-regulatório, bem como programas legislativos periódicos que podem definir qual setor regulatório merecerá a revisão.

Ao lado dos esforços para maior simplificação, padronização e tratamento do estoque normativo, também é possível avançar frente ao anacronismo do formato atual de publicização de normas. Não é segredo algum a inadequação do formato do diário oficial impresso em um país cuja internet comercial existe desde 1995 e cresce exponencialmente, e cujos meios digitais permitem informações mais rápidas e fáceis. O portal da legislação do governo federal, o mais conhecido e confiável repositório legal do Brasil, facilita a difusão de informações legislativas. Todavia, ele não se configura como repositório oficial e está preso ao antigo formato de mera apresentação de textos.

Dentro da Administração Pública, demandas de órgãos de comunicação social e da burocracia de nível de rua por fluxogramas, tabelas, gráficos e exemplos, bem como por documentos simplificadores como perguntas e respostas, são recorrentes. Eles permitem que a mensagem normativa seja entendida de maneira mais rápida e clara. O próprio fomento e a aceitação das *policies* pela comunidade dependem de informações objetivas e concisas sobre critérios e procedimentos, que não são facilmente obtidas com a leitura do

⁵⁷⁶ Não há justificativa para a solicitação do preenchimento do Cadastro de Pessoas Físicas - CPF de um cidadão ou do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ de uma empresa aliado ao preenchimento de outras informações gerais em um formulário de licenciamento governamental federal, visto que as bases de dados do CPF e do CNPJ já estão sob guarda da própria administração pública (no caso, da Receita Federal do Brasil). É claro que o compartilhamento e a utilização de dados sob guarda do poder público por diferentes agências governamentais demandam legislação própria que estabeleça limites ao uso e, fundamentalmente, um marco legal de proteção de dados pessoais. Mas vale a idéia de não se exigir algo que já lhe foi anteriormente exigido, ou que o Estado já possui.

ato normativo. Tais tarefas já são em grande parte desenvolvidas, mas servem fundamentalmente para consumo interno, ou são direcionadas a algum público específico.

Como citado no capítulo anterior, elementos não textuais começam a ser utilizados em instrumentos legislativos em algumas jurisdições, com vistas a oferecer maior inteligibilidade ao comportamento induzido. Ao invés de serem produzidos documentos apartados, gráficos e fluxogramas podem passar a compor o ato normativo em sumários executivos, ao final de seções ou em anexos ao final do texto. Vídeos explicativos podem ser produzidos e disponibilizados no sítio eletrônico da norma, de modo a explicar eventuais alterações regulatórias.

Além disso, referências legislativas a formulários, órgãos e entidades podem receber hiperligações clicáveis (*links*) que permitam acesso rápido aos próprios documentos referidos ou a sítios institucionais da rede mundial de computadores, propiciando pesquisas mais completas. Etiquetas (*tags*) criadas e oferecidas pelo próprio poder público no mesmo espaço de publicização da norma podem congregiar tudo o que vem sendo debatido sobre determinado tema referente ao ato legislativo em causa, permitindo o acesso público às dúvidas mais frequentes e facilitando a obtenção de suas soluções.

É sabido que um dos pressupostos dos regimes jurídico-legislativos modernos — a presunção de que a legislação é conhecida e compreendida por todos de uma dada comunidade — possui limitações imanentes. Aliás, ele encontra ainda mais dificuldades no desenho contemporâneo, quando em causa a inflação legislativa e a instrumentalização das normas que estruturam políticas.⁵⁷⁷ Também se tem em mente que inúmeros outros elementos cercam e condicionam o cumprimento normativo (*compliance*), não apenas a atividade administrativa de publicização e fomento.⁵⁷⁸ Não obstante, almeja-se que, no caso de cumprimento voluntário a cargo do próprio cidadão, o acesso à norma em causa seja ao menos mais simples e inteligível. Facilitar o entendimento e o cumprimento de

⁵⁷⁷ No quadro brasileiro, cabe ao art. 3º do decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, a explicitação do pressuposto jurídico clássico: "*Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.*"

⁵⁷⁸ Para motivações relativas a *compliance*, com foco nas teorias racionais e construtivistas, em especial na importância de uma espécie de efeito carona, cf. VOERMANS (2013a). Também BALDWIN, CAVE & LODGE (2010, cap. VII); MORGAN & YEUNG (2007).

normas (*compliance*) pode implicar, em certa medida, na melhoria dos resultados de intervenções legislativo-regulatórias.⁵⁷⁹

Também é certo que há risco de conflito entre a interpretação do texto escrito e a interpretação do elemento não textual. Como mostrou Barnes (2006), há precedentes nesse sentido. Para tal caso, regras de solução de controvérsias precisam ser dispostas. Como sugestão a um início seguro, a regra inicial pode pender em favor do texto escrito, até que eventual jurisprudência se consolide a respeito.

Finalmente, em prática diversas vezes tangenciada ao longo dessa tese, mas sem respaldo efetivo na dinâmica legislativa brasileira, uma medida que auxilia a produção de dados empíricos e de evidências para a qualificação do debate legislativo é o estabelecimento de uma agenda legislativa futura, periodicamente apresentada.⁵⁸⁰ Viu-se no capítulo anterior que alguns países adotam a medida, que é proposta, inclusive, pela OCDE (2008a, p. 24), como instrumento apto a ampliar transparência, previsibilidade e coordenação. Isso não significa uma restrição dos temas que podem ser legislativamente tratados; trata-se, apenas e tão-somente, da apresentação prospectiva de um núcleo temático cuja revisão se intencional realizar, sinalizando as preocupações e angariando partícipes ao debate.

Em suma, há avanços relativos a aspectos formais e de publicização da norma que podem ser estimulados na nova *meta policy* brasileira. Para tanto, o papel do núcleo central enquanto seu coordenador efetivo é fulcral. Apenas com indução — mediante apelo, defesa e reforço sistemático do uso de novas práticas — será possível incutir tais preocupações no ciclo de vida do ato normativo. A utilização de *nudges* internos, que dêem saliência aos elementos de inteligibilidade da norma em circulares operacionais e no próprio sistema de tramitação de atos normativos, pode ser um bom começo.

Aspectos de Mecânica Regulatória. Considerada a defasagem existente nesta categoria, a maior parte dos aspectos do *como fazer* legislativo-regulatório já foi discutida.

⁵⁷⁹ Essa não é uma relação necessária, pois inúmeros outros elementos cercam a figura do cumprimento normativo.

⁵⁸⁰ Existe no Brasil a chamada Mensagem Presidencial, enviada ao Congresso Nacional no início de todo ano legislativo, em que o governo apresenta suas prioridades. Não obstante, apesar de seu conteúdo indicar o que se pretende para o ano, não há um rol explícito e objetivo dos documentos legislativo-regulatórios a serem criados ou revisados, nem um grupo que coordene esse trabalho a partir de então.

Ela é central a uma nova abordagem, não componente periférico adicional, e é aqui resgatada por respeito à estrutura de apresentação. Seu ponto fulcral reside na ampliação do cardápio e no fomento à consideração e ao uso de outras alternativas legislativas na montagem de políticas públicas e dos atos que as estruturam.

Ao lado da tradicional sanção penal que domina a criação legislativo-regulatória, requer-se maior participação de mecanismos outros como a regulação mediante publicização e transparência de informações, ou a realocação de responsabilidades, por exemplo. Em especial, é fundamental adotar, no fluxo de construção dos atos, a preocupação com os elementos comportamentais.

Farta literatura de base empírica, que discute possibilidades e limites para cada uma das opções postas, dado que elas se adequam de forma diferente a diferentes tipos de problemas a serem atacados, foi mobilizada. Também como já adiantado, o debate contemporâneo mais qualificado recai não mais sobre seu uso, apenas, mas sim sobre as combinações de abordagem, tendo em vista as dificuldades de implementação (recebimento de informações, *enforcement* e *compliance*). Em suma, o debate e as ferramentas precisam ser conhecidos e confrontados com os dados nacionais.

No que se refere à nova política brasileira, requer-se fundamentalmente que seu grupo gestor — no caso, o núcleo de supervisão qualificada — seja apto a difundir e fomentar as opções não usuais. Um marco legislativo que dê visibilidade a tal desafio, aliado aos esforços de difusão e ao apoio jurídico-político relativo a experiências menos usuais, permite que a implementação estruturada por fases incuta tais elementos no fluxo produtivo.

Aspectos Metodológicos em Sentido Estrito. Os pontos centrais relativos aos elementos metodológicos em sentido estrito foram explicitados no debate sobre o RIA. Defendeu-se que diferentes passos e metodologias podem ser adotadas dentro do conceito guarda-chuva da análise legislativa *ex ante*. Reitere-se apenas que, na linha do que apontam literatura e OCDE diante da relevância de aspectos distributivos para o cenário brasileiro, o uso de componentes adicionais à análise custo-benefício parece bastante salutar. Para tanto, é plausível que sejam adotados desenhos multi-critérios.

Para além da questão relativa às análises multi-critério, é possível que a decisão acerca de uma nova política legislativo-regulatória oferte inicialmente variadas alternativas metodológicas. Como explanado, a metodologia mais recorrente e tradicional de avaliação prospectiva é a análise custo-benefício (CBA/RIA). Também se afirmou que as análises custo-efetividade são correntes na administração pública, especialmente quando um dos parâmetros está pré-estabelecido de antemão. Mas nada impede que também sejam estabelecidos parâmetros para a implementação de análises do modelo padrão de custos (SCM), diretamente voltadas ao setor produtivo, ou outros. Trazer as alternativas à luz, com a conseqüente definição contínua de soluções frente a problemas de execução, não significa adotá-las de forma sincrética, ou com o mesmo peso.

A metodologia SCM, por exemplo, almeja reduzir entraves burocráticos desnecessários. Como visto, há problemas iminentes ao seu conteúdo, a exigir, no bojo da *meta policy* em sentido amplo, sua necessária conjugação com mecanismos que resguardem outros objetivos regulatórios. Há risco de busca por uma forte redução de custos e por uma severa desregulamentação sem a devida preocupação com os demais resultados almejados pela atividade regulatória. No entanto, a decisão acerca de sua adoção para determinada parcela do volume legislativo-regulatório é estratégia que pode angariar apoio externo inicial para a política legislativa. Uma vez em funcionamento e com respaldo dos envolvidos, pode contribuir para o aprendizado instrumental governamental, fundamental para a manutenção e a expansão da *meta policy* em médio e longo prazo.

É verdade que uma aproximação mais efetiva entre público e privado com vistas à redução de entraves burocráticos pode acentuar riscos de captura e de um mercado negocial de decisões regulatórias, tão salientados por teorias que apontam o protagonismo dos interesses privados, como a *public choice*. Assumindo o histórico do contexto brasileiro, isso pode ser ainda mais delicado. Não obstante, como visto no capítulo I, a coleta e o tratamento de informações mediante a relação entre regulador e regulado é pressuposto inerente a políticas legislativas contemporâneas. É certo que a tarefa apresenta dificuldades intrínsecas; todavia, elas não são exclusivas do SCM. As formas de proteger tal relação frente a interesses não republicanos variam conforme as diferentes teorias regulatórias, mas em regra passam por desenhos institucionais que dêem peso e visibilidade a mecanismos de transparência, participação e controle social.

O desafio não está, portanto, na metodologia em si, mas sim na montagem e no monitoramento do desenho. Se de um lado ele deve permitir a relação mais próxima entre regulador e regulados, com vistas a uma detecção rápida do *red tape* e da definição da linha-base de custos informacionais de uma empresa típica de determinado setor, de outro o núcleo de supervisão qualificada deve se resguardar frente aos riscos, optando por desenhos abertos e translúcidos. Ademais, em que pese exista espaço para redução de custos desnecessários, a coordenação da *meta policy* não deve deixar que os demais objetivos regulatórios fiquem fora do jogo. Ainda, é preciso definir se tal abordagem será feita de forma autônoma ou se será, de alguma forma, integrada aos elementos estabelecidos para as análises *ex ante*.

Finalmente, existe a possibilidade de elementos de análise de risco serem incutidos na nova política legislativo-regulatória. De fato, em muitas jurisdições o elemento risco é acoplado a análises custo-benefício, sob uma ótica essencialmente econômica. Não obstante, tal abordagem pode demandar, em verdade, uma completa alteração do *modus operandi* governamental. É forte o argumento de Black no sentido de que desenhos estruturados de identificação, mensuração, gestão e resposta proporcionais a riscos, que conjuguem análise e gerenciamento, têm enorme potencial para uma revolução governamental. Alteram a definição de prioridades, a formação de agenda e a relação entre tecnocracia e sociedade civil.

Assim, a adoção de uma *risk-based regulation* no Brasil talvez demande ou produza alterações mais profundas de gestão do que um mero ajuste na política legislativo-regulatória. Não se afirma que a regulação baseada no risco ou a aceitação de alguns de seus componentes é inadequada ou incompatível com os elementos anteriormente trazidos. Apenas se adianta que uma adoção de fôlego, não restrita a tópicos adicionais no *checklist* de avaliação *ex ante*, requer mudanças mais profundas.

Aspectos de Agregação de Informação e Democratização do Processo de Elaboração Normativa. O tema da agregação de informações ao processo de construção da norma foi tangenciado quando debatidos os testes legislativos e a dinâmica de construção das bases de custo-padrão do SCM. Já o tópico da construção colaborativa de textos normativos que estruturam políticas públicas e da democratização de seu processo

não é, como outrora salientado, tema central deste trabalho, por merecer tratamento exclusivo. Não obstante, a título meramente exploratório, adiante-se que a decisão relativa a uma nova *meta policy* legislativo-regulatória deverá ter em mente, necessariamente, tais questionamentos.

Como visto, os debates acerca da participação ativa ao longo de todo o ciclo de vida legislativo no Brasil estão, em certa medida, mais avançados do que aqueles referentes à qualidade regulatória. Se a implantação de avaliações *ex ante* ou *ex post* ainda patina, o fomento e a adoção cada vez mais perene de modelos dinâmicos de consulta, que permitem a interação de diferentes atores em uma mesma plataforma e em um mesmo patamar, têm gradativamente ampliado a exigência por procedimentos desse tipo.

A instituição da Política Nacional de Participação Social, em 2014, estabilizou padrões participativos mínimos e diretrizes básicas para as consultas públicas, que precisam ser consideradas.⁵⁸¹ A propósito, previu-se expressamente no que "*compete à Casa Civil da Presidência da República decidir sobre a ampla divulgação de projeto de ato normativo de especial significado político ou social nos termos do art. 34, caput, inciso II, do Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002*" (Decreto 8.243, de 23 de maio de 2014, art. 21).

Defendeu-se aqui que o modelo dinâmico de participação traz ganhos à construção de alternativas em políticas públicas e em intervenções legislativo-regulatórias — equalização dos participantes, aglutinação organizada de informações, publicização ativa de documentos, teste público de argumentos etc. Também há ganhos de legitimidade, em que pese o incremento da complexidade decisória. O desafio da nova política legislativo-regulatória brasileira está em aceitar tal patamar participativo, sem inviabilizar a abordagem tecnocrática que marca parte da gestão baseada em evidências.

É claro que muitos dos problemas anteriormente tratados também se colocam aqui. Dificuldades relacionadas à publicização prévia dos estudos, à adequação estratégica de comportamentos por parte dos partícipes, bem como à diferença de compreensão de riscos entre técnicos e cidadãos, estão inequivocamente presentes. Não obstante, como mostra um

⁵⁸¹ Cf. Decreto 8.243, de 23 de maio de 2014, cuja suspensão de efeitos está em debate no Congresso Nacional. Cf. também o portal de participação do governo federal brasileiro, que congrega em um só espaço a maior parte dos temas sob consulta e uma biblioteca digital sobre participação social no governo: < <http://www.participa.br/>>. Acesso: 21.12.2015. Para debate, cf SPECIE (2015).

dos conceitos-chave da política nacional de participação, o diálogo deve ser incrementado e “*considerado*” em seus elementos materiais. Há, pois, novo indício relativo à forma pela qual a qualificação técnica da produção legislativa deve ser observada. Assim como os resultados das variadas instâncias de participação social, também os resultados da abordagem tecnocrática devem servir como *inputs* ao processo decisório. Não definem a decisão, mas sim a constroem.

3.5.1. Sumário dos pontos adicionais a serem considerados

Em resumo voltado a facilitar a apresentação, repise-se a idéia de que alguns componentes podem ser assumidos com o intuito de qualificar e incrementar os resultados de uma nova política legislativo-regulatória no Brasil, embora não configurem pilares centrais e autônomos à sua estruturação.

Sob o ponto de vista da qualidade formal, cinco aspectos adicionais candidatam-se a incrementar a política em questão: (i) a simplificação normativa, (ii) a padronização de procedimentos similares, (iii) o tratamento sistemático dos estoques legislativos, (iv) a utilização de agendas legislativas periódicas e (v) o uso de elementos não-textuais que auxiliem na compreensão e na inteligibilidade da norma. Neste último eixo encontraram-se referências a fluxogramas, gráficos, exemplos, vídeos explicativos, *hiperlinks* e etiquetas (*tags*) acompanhando, de uma forma ou de outra, o ato normativo.

No que tange às estratégias de mecânica regulatória, viu-se que uma nova *meta policy* requer a necessária ampliação e o estímulo à diversidade das alternativas regulatórias efetivamente consideradas. A responsabilidade pela difusão de opções e pelo fomento de usos que fujam ao mecanismo tradicional de comando e controle recai, essencialmente, sobre seu grupo de coordenação.

Quanto aos aspectos metodológicos em sentido estrito, lembrou-se que as análises CBA/RIA em contextos de exagerada desigualdade exigem a mobilização de outros componentes metodológicos, especialmente voltados aos aspectos distributivos, o que pode levar à adoção de análises multi-critérios. Requer-se, pois, também em percepção central, a definição de critérios mínimos de ponderação entre diferentes elementos, a garantir que os resultados das avaliações preliminares produzam alternativas tecnicamente

hierarquizadas.⁵⁸² Ademais, cogitou-se a definição dos parâmetros de implantação da metodologia SCM, visto que ela pode auxiliar na conquista de apoio político por parte dos regulados e no aprendizado instrumental aí envolvido.

Finalmente, naquilo que se refere ao tema da democratização do ciclo de vida legislativo, destacou-se o patamar já alcançado pela experiência brasileira. É fato que aspectos participativos são inerentes a políticas legislativo-regulatórias contemporâneas. Contudo, no caso do Brasil, o nível atingido parece exigir a incorporação de práticas ainda mais abertas e colaborativas, visto que cada vez mais consolidadas, em especial naquilo que tange ao modelo dinâmico de construção de propostas.

4. Aplicando a *Meta Policy* à Própria Política Legislativo-regulatória

Postos os principais elementos que envolvem a construção, a implementação, a execução e o monitoramento de uma nova política legislativo-regulatória para o Brasil, importa dar peso à idéia de que ela deve ser tratada, ao fim e ao cabo, como mais uma política pública. Ela também é, assumido o conceito amplo mobilizado no capítulo I, uma ação governamental, resultante de um processo minimamente regulado, que visa coordenar meios para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Deste modo, o que aqui foi discutido em referência à construção da *policy* e do ato normativo que a estrutura também lhe é aplicável.

De início, sua reformulação precisa basear-se em bons diagnósticos, calcados, naquilo que for possível, em elementos empíricos. A propósito, a contribuição do capítulo II da presente tese teve esse intento. Depois, é importante verificar quais alternativas disponíveis, seus custos e benefícios, bem como seu potencial de adaptação ao contexto sócio-político-econômico específico de execução. O debate travado nos capítulos III e IV tentou cumprir esse papel.

Consideradas as condições específicas do contexto brasileiro, alterações na política legislativa vigente configuram, inexoravelmente, um verdadeiro experimento, ainda que

⁵⁸² Nada impede que se trabalhe com regimes flexíveis, cujos pesos possam ser adaptados ao tema específico em debate.

com características de experimento informado. Mecanismos de acompanhamento e monitoramento, bem como avaliações retrospectivas que examinem a evolução de seus resultados, são fulcrais. A implementação faseada que se propôs exige que avaliações *ex post* ocorram periodicamente, desde que bem planejadas e acompanhadas. Apenas com a retroalimentação regular do ciclo de vida da nova política será possível verificar ganhos e entraves.

Defende-se também que deve valer, aqui, a concepção da política legislativo-regulatória enquanto *nudge* interno. Uma vez aceita como limitada em sua cruzada tecnocrática, visto que fadada a embates difíceis e com problemas iminentes a cada uma de suas ferramentas, a *meta policy* pode ser assumida originalmente como “empurrãozinho”. Ela busca, dentro do possível a baixo custo, melhorar escolhas legislativo-regulatórias sem eliminar a liberdade decisória.

Isso significa aceitá-la, primeiramente, como instrumento de coordenação e de organização administrativa, deixando para um segundo plano temporal os resultados (imediatos) de qualidade regulatória. Uma vez fomentado o uso das novas ferramentas e metodologias, a aceitação gradativa de seus resultados pode enfim ser o motor legitimatório que a alce a um patamar mais sólido.

Ainda, é fundamental dar saliência e visibilidade aos instrumentos que podem gerar incremento no nível de qualidade legislativo-regulatória. Para tanto, cabe ao coordenador da política (sugeriu-se o núcleo de supervisão qualificada) utilizar mecanismos para enfatizar e induzir as mudanças internas desejadas. Isso demanda, em essência, gerenciamento efetivo, que vá além da letra fria da lei. Circulares e orientações normativas, treinamentos recorrentes, fomento e indução de escolhas setoriais mediante a arquitetura dos sistemas de processamento de atos normativos, debate e criação de planos legislativos periódicos etc, são passos iniciais importantes nesse sentido. A mera emissão de novo marco regulatório, alijado de esforços efetivos e contínuos de implementação, será insuficiente para vencer os desafios postos ao ajuste.

5. Conclusões Parciais: pressupostos e componentes de uma nova política regulatória para o Brasil

A título conclusivo, é possível afirmar que existem fortes limites, mas também boas possibilidades, para o desenvolvimento de uma nova política legislativo-regulatória voltada ao incremento da qualidade da legislação no Brasil. Em linhas gerais, ela pode cumprir seu objetivo de melhoria da produção legislativa, e também pode ser usada para ampliar aspectos de coordenação e de organização administrativa, com aumento de controle por parte do núcleo da Administração. Em verdade, crê-se que tais propósitos são basilares, precedendo o incremento qualitativo almejado.

Ao abrir este capítulo final, a existência de três acepções básicas que embasam a presente tese foi consolidada. Primeiro, a percepção de que parte da produção legislativa contemporânea tem feições finalístico-instrumentais que requerem abordagem diversa para a avaliação de sua qualidade, inclusive no Brasil. Segundo, a idéia de que a política legislativo-regulatória brasileira vigente é anacrônica e de baixa credibilidade, havendo largo espaço para ajustes. Terceiro, a idéia de que existe um cardápio de opções à modernização e à racionalização da elaboração normativa que, todavia, precisa ser examinado à luz do contexto e da dinâmica político-jurídica e institucional vigente, sob pena de frustrações.

No exemplo brasileiro, importam também o peso e a relevância do Executivo na dinâmica institucional que circunda a produção normativa, bem como a característica do instrumento legislativo primário — em especial da MPV — enquanto elemento definidor e mantenedor de uma base de apoio congressional. Também são extremamente relevantes para a instituição de uma nova *meta policy* a experiência negativa dos atores governamentais com a política até então vigente e os resultados insuficientes obtidos com o PRO-REG, que podem acentuar a resistência a novas propostas.

Aceitas as premissas, foram estabelecidos quatro pressupostos para a criação de uma nova política legislativo-regulatória. Não se concebe uma nova política legislativo-regulatória que prescindia da instituição de um novo ato normativo, de um novo arranjo institucional — em especial a fusão parcial de atividades entre núcleos de SAJ e SAG —, de um programa de implementação faseado e periodicamente avaliado, bem como da aceitação de seus limites intrínsecos e extrínsecos, sejam eles técnicos, institucionais, políticos ou econômicos.

Quatro grupos de componentes principais foram então alçados a pilares centrais de uma nova posposta: (i) a efetiva implantação de um processo de análise *ex ante* de propostas legislativas primárias, conjugado sob o gênero RIA, que congregue estratégias de convencimento e difusão mais duras e mais leves; (ii) a institucionalização de mecanismos de avaliação *ex post*, agregados ao ciclo de vida de elaboração normativa; (iii) o uso progressivo de testes e experimentos legislativos; (iv) os *inputs* originários da recente e promissora abordagem comportamental. Cada um dos grupos possui limites e aporias, que precisam ser devidamente considerados e sopesados.

Também foram mobilizados elementos adicionais que, como em um ataque partindo da periferia em direção ao centro, podem gerar bons resultados, a partir de ajustes mais simples. Alocados especialmente nas categorias de qualidade interna e publicização (elementos formais), de metodologia em sentido estrito e de democratização do ciclo de vida legislativo, são aptos a qualificar a produção, angariar defensores e ampliar sua legitimidade.

Finalmente, defendeu-se que a *meta policy*, enquanto espécie de política pública, também deve ser monitorada e avaliada, preferencialmente com referência a dados empíricos de sua execução. E que, uma vez consideradas as dificuldades de aceitação pela burocracia, ela deve ser implementada em seu início, preferencialmente, como *nudge* interno voltado a induzir escolhas legislativo-regulatórias mais adequadas, sem eliminar a liberdade decisória. Isso significaria aceitá-la, primeiramente, como instrumento de coordenação e de organização administrativa, deixando para um segundo momento os resultados imediatos de qualidade regulatória.

CONCLUSÃO

UMA NOVA POLÍTICA LEGISLATIVO-REGULATÓRIA PARA O BRASIL

A presente tese de doutorado almejou discutir os limites e as possibilidades de desenvolvimento e implementação de uma nova política legislativo-regulatória no Brasil, concebida como uma *meta policy* voltada ao aperfeiçoamento do processo de elaboração de instrumentos normativos e, fundamentalmente, ao incremento da qualidade da norma. Para tanto, quatro passos foram seguidos. Foram apresentados o pressuposto, o objeto, as experiências e, por fim, a proposta daí decorrente.

De maneira geral, e sob as ressalvas apresentadas ao longo do texto, é possível afirmar que a tese básica de trabalho foi confirmada. A literatura mobilizada e os dados obtidos permitem defender que há espaço para a construção de uma nova política legislativa no Brasil. Todavia, também mostram que ela enfrenta restrições importantes: é necessário compreender que os instrumentos e as ferramentas possuem limitações iminentes, e que ela se insere em um contexto político-institucional próprio, que deve ser fortemente considerado, sob pena de nova tentativa frustrada de emulação acrítica de mecanismos internacionais.

A título conclusivo, um breve resgate das principais conclusões parciais será realizado. Ademais, a proposta de uma nova *meta policy* legislativo-regulatória para o Brasil será melhor desenvolvida e esquematicamente resumida. Por fim, alguns pontos que ficaram em aberto ao longo do texto serão resgatados, na montagem de uma agenda de pesquisa futura.

O Pressuposto

O capítulo I discutiu, sob diferentes lentes, o pressuposto teórico que deu base a este trabalho. O objetivo principal foi apresentar a característica finalístico-instrumental

que marca boa parte da produção normativa contemporânea, salientando seu crescimento. Como debatido, fala-se apenas em parcela do universo normativo, e não de seu todo, devido ao fato de que as normas finalístico-instrumentais não exaurem as possibilidades e as funções que podem ser exercidas pela legislação contemporânea.

Também foram estabelecidos como pressupostos relevantes o caráter cíclico e processual da produção dos atos normativos, bem como a alteração dos parâmetros avaliativos da qualidade da lei. Considerada especialmente a idéia de qualidade como medida do sucesso da implementação de políticas legalmente estruturadas, focada em resultados e efeitos (qualidade regulatória), assumiu-se a aceitação da premissa finalístico-instrumental como necessária à mobilização de *meta policies* voltadas à qualidade normativa, ainda que ela ocorra de forma indireta ou mediata.

Com esse intuito, duas linhas explicativas distintas, mas que por vezes fortemente se sobrepõem, foram mobilizadas. Primeiro, apresentou-se o avanço do Estado Regulador. Em uma perspectiva jurídica, voltada essencialmente ao estabelecimento de regras (*standard setting*), as novas feições das estratégias regulatórias foram discutidas. Deu-se ênfase ao uso da legislação enquanto alternativa regulatória importante — porém não exclusiva —, bem como à sua relevância para a montagem de boa parte das demais opções de intervenção.

Depois, foi exposta a ascendente gramática das políticas públicas, com foco no papel que o instrumento legislativo exerce em sua estruturação. Com a clareza de que as políticas não se resumem aos atos normativos que eventualmente as estruturam, percebeu-se que a ferramenta legal pode exercer variadas funções em sua construção e implementação. A proximidade dos ciclos de vida de ambos foi salientada e a necessidade da aproximação do trabalho do gestor e do advogado público foi destacada, a evitar um descasamento de atividades que, aos olhos da presente tese e aceito o pressuposto instrumental, não mais se justifica do ponto de vista estrutural.

As duas linhas de argumentação levaram a um mesmo resultado: há suporte teórico mínimo que aponta a existência e o crescimento contemporâneo da característica finalístico-instrumental da norma. Não obstante, coube discutir algumas críticas teóricas a esse respeito. De maneira geral, viu-se que alguns questionamentos são adequados e

pertinentes; contudo, também se deixou claro que parte deles está deslocada, visto atingirem não o instrumento, mas sim o objetivo legislativo em causa.

Finalmente, em breve parênteses, dois debates específicos relativos à doutrina brasileira foram tangenciados, já que se refletem na compreensão do processo de elaboração normativa. Primeiro, o excessivo legalismo que marca as abordagens relativas à construção e à execução de políticas públicas. Segundo, a incorporação restritiva e, talvez, inadequada, da idéia de regulação no Brasil, ainda estritamente vinculada ao desenho institucional das agências reguladoras e aos setores fortemente regulados.

O Objeto

O capítulo II preocupou-se em definir o objeto em espécie da política legislativo-regulatória brasileira. A delimitação recaiu sobre a produção legislativa ordinária do Poder Executivo Federal, por dois motivos distintos. Primeiro, assumiu-se que a produção legislativa primária no Brasil possui forte conteúdo regulatório, ou introdutório de políticas públicas, e que é ela em boa medida o objeto da *meta policy* hoje vigente. Depois, viu-se que o que se qualificou como análise “parlamentocêntrica” parece deixar de fora de seu exame alguns elementos contemporâneos importantes.

Ademais, uma vez aceita a premissa de que o contexto político, econômico, jurídico e institucional importa para a implantação de uma nova *meta policy*, nuances fáticas que cercam o processo de elaboração normativa foram apresentadas. Para tanto, três caminhos centrais foram percorridos.

Primeiro, o processo de elaboração normativa dentro do Poder Executivo Federal foi retratado. Com o auxílio da dicotomia *law in books* e *law in action*, expôs-se o afastamento entre a previsão normativa e a realidade fática dessa atividade. Observou-se que, por um lado, o fluxo construtivo de normas é demasiado complexo, configurando relevante peso institucional; por outro, também se mostrou que contingências importam em todas as fases do processo.

Viu-se que a política legislativo-regulatória vigente, em especial o Decreto 4.176/2002, não produz resultados satisfatórios, em especial naquilo que tange aos

aspectos materiais da norma — tanto a literatura quanto a percepção dos atores envolvidos na tarefa apontaram no mesmo sentido. Viu-se ainda, ao se discutir o papel da Casa Civil, que a atuação de SAJ e SAG está por vezes sobreposta, o que, defendeu-se aqui, pode ser muito atribuído a aspectos estruturais como a alteração das características das normas, agora avaliadas por seus resultados.

Em segundo lugar, a produção normativa do Executivo foi examinada sob as lentes da ciência política. Pretendeu-se desmistificar a tese do abuso da atividade legislativa do Executivo, em especial no que tange às medidas provisórias, defendendo-se que o ativo papel legislativo do governo é recorrente e, por vezes, necessário à governabilidade e ao avanço das políticas públicas em modelos de presidencialismo de coalizão. Tal atividade legislativa também foi vista como inerente à caixa de ferramentas que está à disposição do Executivo em tais desenhos. Salientou-se ainda a inafastável influência mútua entre a produção normativa e a dinâmica institucional entre Executivo e Legislativo, que precisa ser perenemente considerada.

Finalmente, em um terceiro momento, a legislação brasileira ordinária produzida em nível federal, entre 2007 e 2012, foi catalogada e categorizada — não com finalidade essencialista, mas sim com o fim específico de servir ao debate desta tese. Leis ordinárias com características finalístico-instrumentais foram selecionadas, com o intuito de constatar substrato fático que desse base ao pressuposto teórico desta tese. Observou-se que, na letra fria do cômputo legislativo geral, o número total de normas com tal faceta ficou abaixo do esperado. Não obstante, o ajuste metodológico que retirou da contagem leis com características de atos concretos — o que, aos olhos desta tese, pareceu adequado — ressignificou o resultado final, atribuindo aos atos normativos instrumentais maior peso.

Argumentou-se, por fim, que análises baseadas apenas na iniciativa legislativa dizem pouco sobre a real participação do Executivo no processo. E que, seja como for, o volume de atos que alteram ou instituem políticas públicas, ou que inserem no mundo jurídico marcos regulatórios, pareceu apto à continuação do debate acerca da uma nova *meta policy* legislativo-regulatória no Brasil.

As Experiências

O capítulo III trouxe ao texto as principais experiências dos últimos 20 anos relativas a políticas legislativo-regulatórias, bem como seus instrumentos centrais. Embora longo e por vezes descritivo, ele pareceu necessário, visto apresentar o estado-da-arte do debate internacional e, fundamentalmente, as críticas que permeiam sua execução. É esse exame que serviu de parâmetro para a sugestão feita no capítulo IV.

A partir da evolução contemporânea das *meta policieis*, foram debatidos em específico os modelos do *Better Regulation* e do *Smart Regulation*, assim como o caráter de avaliação integral das propostas recentes. Depois, assumido o pressuposto de que a difusão das políticas para os diferentes países ocorreu sem convergência, dadas as diferenças de contextos de implementação e execução, também foi atribuída ênfase a proximidades e afastamentos.

Em específico, estiveram em causa os modelos norte-americano e europeu. Debateu-se a origem, o desenho institucional e as funções de cada uma das abordagens. No que importou à presente tese, discutiu-se especialmente a diferença de âmbito de aplicação: enquanto no EUA são revisados atos delegados, na UE destaca-se o uso na produção da legislação primária.

O debate foi importante para mostrar que o que se propõe para o Brasil já foi testado e criticamente avaliado, em que pese o modelo tangencie as experiências estrangeiras de forma diversa. Sob a ótica da aplicação das ferramentas à legislação primária, da complexidade do modelo institucional e de seu impacto na relação com o Parlamento (co-legislação), aproxima-se da experiência europeia. Sob a ótica do funcionamento interno das unidades de supervisão e revisão, aproxima-se, em alguma medida, da mecânica federal norte-americana.

Expostos os desenhos e seu funcionamento em nível macro, passou-se então à apresentação dos elementos que podem compor uma política legislativo-regulatória. Para tanto, uma readequação analítica foi proposta, com a sugestão de quatro categorias principais. Deixou-se claro que seus recortes não são exatos e estão funcionalizados a esta tese.

No que tange aos (i) aspectos internos de qualidade normativa, os elementos formais que permeiam a produção normativa foram abordados. Ao lado do debate clássico sobre o incremento do *drafting* e da técnica legislativa, inclusive sob a ótica do movimento

plain language, foram expostos esforços contemporâneos de simplificação, de destaque de informações importantes ao cumprimento da norma e de uso de elementos não-textuais.

Quanto aos (ii) aspectos de mecânica legislativo-regulatória, a discussão travada no capítulo I sobre diferentes estratégias foi resgatada. Deu-se ênfase à idéia de que o debate contemporâneo tem seu foco mais na conjugação de métodos do que, propriamente, na seleção exclusiva de algum deles. Ademais, a nova abordagem da economia comportamental foi apresentada em sua base teórica e em suas ferramentas, especialmente os *nudges*, com foco em sua enorme possibilidade de projeção e em seus bons resultados preliminares.

Nos (iii) aspectos metodológicos *stricto sensu*, a discussão teve como objeto principal a análise de impacto regulatório (RIA). Pareceu relevante mostrar que a ferramenta — em verdade um gênero de características fortemente processuais — pode ter diferentes objetivos, funções, modelos e percepções, não sendo cabível uma apresentação que lhe seja unívoca ou estática. Foi importante expor também que o RIA é alvo de fortes críticas, tanto teóricas quanto práticas, especialmente quando observado sob a ótica de sua principal metodologia, a análise custo-benefício.

Defendeu-se que, para ser bem compreendido, é preciso entendê-lo em sua complexa relação com o ambiente político. Em suma, não seria o RIA uma ferramenta mágica e completa de solução de problemas, como às vezes a literatura faz parecer. No entanto, também haveria motivos para crer que seu emprego pode ser benéfico ao ciclo de elaboração normativa, especialmente dado seus benefícios organizacionais, de coordenação e de repulsa a propostas descabidas.

Também foram criticamente debatidas outras alternativas metodológicas como a análise de custo-efetividade, o modelo de padrão de custos (SCM) — de resultados muito interessantes na redução de fardos administrativos —, a análise de risco — que, em verdade, contém grande potencial disruptivo se aceita de forma mais ampla — e, finalmente, as chamadas análises multi-critério. Em todas as opções, prós e contras foram mobilizados e analisados.

Ainda, sob a ressalva metodológica do não tratamento completo do tema da participação no processo de construção normativa, (iv) os aspectos construtivos e de coleta de informações foram discutidos em duas linhas distintas. Primeiro, apresentou-se o

avanço brasileiro no tema da democratização da produção legislativa, em especial seu desenho dinâmico de interação. Depois, apresentou-se tema que parece ter um longo caminho futuro, que é o dos testes e experimentos legislativos. Nesse ponto, houve destaque a alguns questionamentos jurídicos (segurança e isonomia) que podem marcar sua adoção.

Finalmente, uma breve nota sobre elementos de política legislativo-regulatória que não se enquadraram nas categorias construídas foi apresentada. A adoção de medidas aparentemente mais simples como o tratamento do estoque legislativo ou a planificação legislativa, para ficarmos em aspectos mais formais, pode ser vista como boa alternativa de atacar o problema da qualidade legislativa de maneira leve e sob outro vetor (da periferia ao centro). Também podem ser aqui incluídos a padronização e o uso de elementos não-textuais.

Um último aspecto de relevo foi abordado. Trata-se do avanço do apoio internacional à elaboração de avaliações retrospectivas ou *ex post*, considerado seu grande potencial de contribuir com evidências de campo ao ciclo de elaboração normativa.

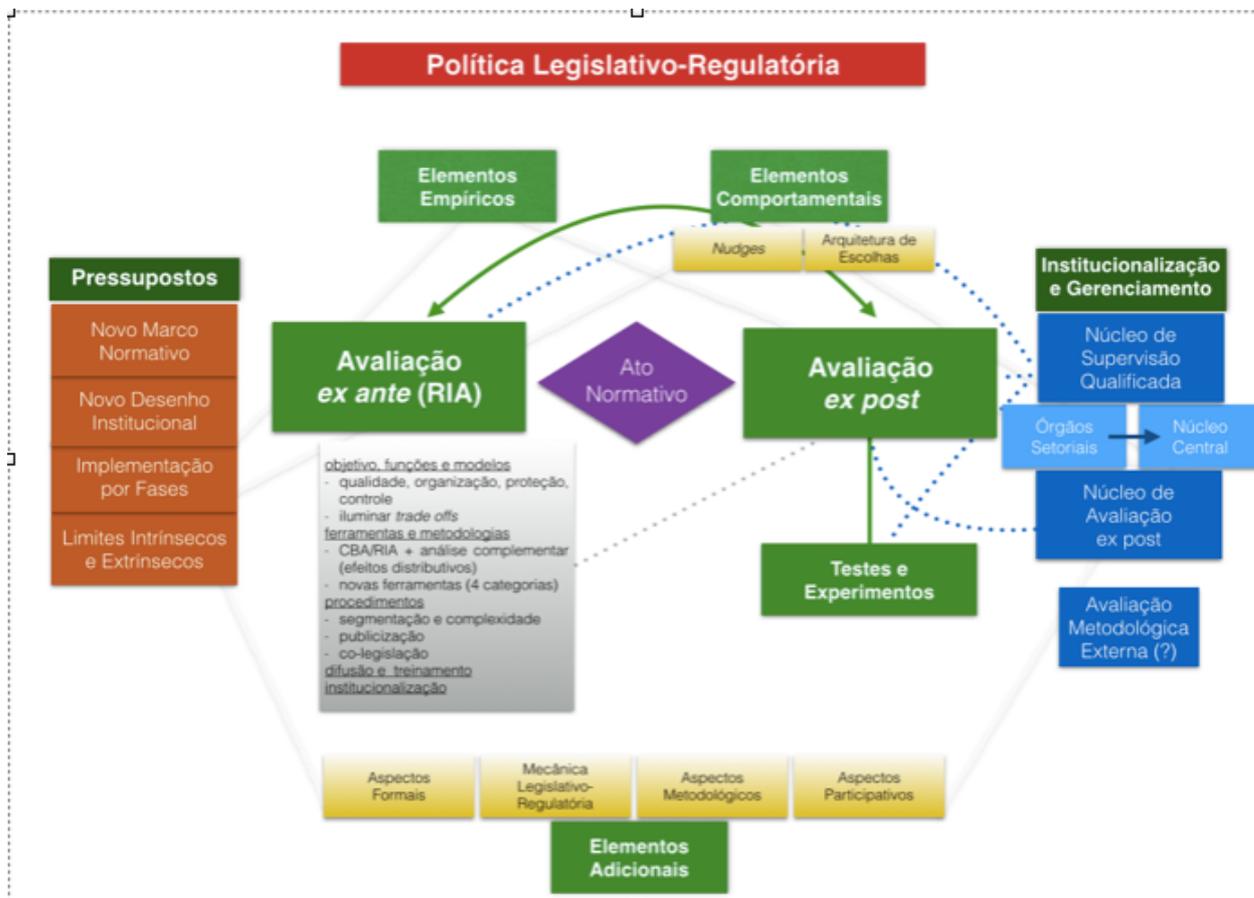
A Proposta

Finalmente, a proposta apresentada no capítulo IV congregou elementos que pareceram os mais aptos a configurarem um novo desenho de política legislativo-regulatória no Brasil. Buscou-se delinear uma *meta policy* que, a partir de determinada decisão jurídico-política, consiga aperfeiçoar o processo de elaboração do instrumento normativo e avançar no incremento de sua qualidade, valendo-se do uso progressivo de evidências e de bons diagnósticos. Uma *meta policy* que efetivamente permita a avaliação de alternativas *ex ante* e de resultados *ex post* pelos decisores. Fundamentalmente, que conduza a intervenções normativas mais eficazes, eficientes e efetivas, com melhores resultados.

A seleção partiu do cruzamento entre o exame crítico dos elementos que compuseram o estado-da-arte das *meta policie*s com o contexto brasileiro, especialmente a

relevância da dinâmica institucional para a produção legislativa e a frustração com as experiências da política atualmente vigente e das tentativas recentes de sua difusão.

Ela pode ser graficamente representada, em boa medida, pela figura que segue:



No diagrama, vê-se primeiramente que a nova política legislativo-regulatória sugerida para o desenho brasileiro depende da aceitação de quatro pressupostos básicos: (i) um novo ato normativo; (ii) um novo arranjo institucional, com ênfase na fusão parcial de atividades entre núcleos de SAJ e SAG; (iii) um programa de implementação faseado, que avance de acordo com os resultados de suas avaliações; e, fundamentalmente, (iv) a aceitação de limites intrínsecos e extrínsecos à implantação e aos resultados, sejam eles técnicos, institucionais, econômicos ou políticos.

Depois, o ciclo de vida de elaboração do instrumento legislativo que estrutura políticas públicas tem como pilares centrais a criação ou o fortalecimento da avaliação *ex ante*, da avaliação *ex post* e, intimamente relacionada à última, em menor escala de importância, do emprego de testes e experimentos legislativos. Eles são iluminados pela necessária mobilização de elementos empíricos, pelo uso dos promissores elementos comportamentais (em especial os *nudges*), e por elementos adicionais das quatro categorias de componentes de *meta policies*: aspectos formais (ou de qualidade interna), aspectos de mecânica legislativo-regulatória, aspectos de metodologia em sentido estrito e aspectos de democratização e de agregação de informações. Além de constituírem partes dos pilares centrais (avaliações *ex ante* e *ex post*), alguns de seus elementos podem ser mobilizados autonomamente, da periferia ao centro da política, auxiliando a construção de instrumentos legislativos mais eficientes.

Sob o ponto de vista da avaliação *ex ante*, ferramentas e metodologias se aglutinam sob o conceito guarda-chuva da análise de impacto regulatório - RIA, um processo-gênero que se presta ao exame prospectivo do ato legislativo. Sua aplicação na produção legislativa primária dependerá, fundamentalmente, de entendimentos e definições prévias acerca de seus objetivos, funções e modelos, bem como de seus componentes (ferramentas e metodologias), procedimentos, estratégias de difusão, treinamento e arranjo institucional.

Como desenvolvido ao longo da tese, tanto a literatura quanto a experiência internacional apontaram que o RIA não é solução mágica. Ele é cercado por uma série de limitações mas, ao fim e ao cabo, pode trazer importantes benefícios. Tais parâmetros, aliados às características do contexto brasileiro, apontam para a defesa de um procedimento que objetive essencialmente destacar e iluminar os *trade offs* existentes nas alternativas, e não suprimir a decisão. Em suma: o processo almeja constranger tecnicamente a decisão política, não a substituir. Finalmente, dado o tempo de maturação e de difusão das ferramentas, seu foco inicial pode recair prioritariamente na organização, coordenação e estruturação da produção legislativa, ampliando o controle hoje existente, protegendo seu fluxo e fomentando o uso de novos elementos.

Sob o ponto de vista da avaliação *ex post*, importa perceber sua centralidade nas políticas legislativo-regulatórias recentes e sua imprescindibilidade ao novo desenho. Há uma relação quase necessária entre o pressuposto de base empírica e o exame dos

resultados reais das políticas e dos atos normativos que as estruturam. Definições similares àquelas discutidas para a avaliação *ex ante* também se colocam aqui, fundamentalmente no que tange ao grau de autonomia inerente ao posicionamento institucional do núcleo avaliativo, à transparência de seus resultados e aos recortes relativos ao universo de atos que estarão *sub judice*.

Intimamente relacionados à avaliação retrospectiva e ao pressuposto empírico estão os testes legislativos e os experimentos normativos enquanto espécie de legislação temporária. Há bom espaço para sua mobilização na nova *meta policy* brasileira; ademais, a inovação pode render importantes frutos para a qualidade regulatória, ao colocar luz sobre resultados reais e ao fomentar análises *a posteriori* obrigatórias. Não obstante, como visto, um bom preparo prévio frente a eventuais questionamentos jurídicos que podem surgir parece essencial para a sua consolidação.

Importa ainda notar a necessária retroalimentação entre dados e resultados das avaliações *ex ante* e *ex post*, a qualificar efetivamente o processo de construção do instrumento legislativo enquanto ciclo completo. O monitoramento, a avaliação dos resultados e as propostas de alteração daquilo que não produziu os impactos positivos almejados é central à produção normativa que se preocupa com o que foi de fato atingido pela intervenção estatal. Reforça-se a idéia de ciclo processual e aproxima-se da ideia de avaliação integral.

No mais, três lentes de larga amplitude iluminam a proposta. A da abordagem empírica, que lhe é indelével, marca a sugestão na grande maioria de suas frentes. Relaciona-se diretamente com as avaliações *ex ante*, *ex post*, com os testes e os experimentos legislativos. Também dialoga de maneira inequívoca com o pressuposto finalístico-instrumental da norma, avaliada por seus resultados.

Adiciona-se a ela a lente que congrega os prósperos elementos comportamentais que atingem bons resultados no cenário internacional. Seja mediante *nudges*, como alteração de regras-padrão ou simplificações, seja mediante o uso da arquitetura de escolhas, que salientem alternativas desejáveis ou facilitem opções aceitas como publicamente mais benéficas, tais componentes parecem ter espaço cativo em políticas que se pretendam eficientes. Em que pese suas ferramentas possam ser utilizadas de forma

autônoma, o recorte comportamental ilumina e perpassa todo o ciclo, marcando as preocupações por melhores resultados.

Finalmente, sob a lente dos elementos adicionais, a mobilização autônoma dos itens constantes de ao menos três das quatro categorias de elementos de política legislativa-regulatória pode gerar importantes avanços. Esforços de simplificação, de padronização, de tratamento de estoques normativos e de publicização mais consentânea com os meios contemporâneos, utilizando elementos explicativos e interpretativos não textuais, podem auxiliar o incremento da compreensão, do *enforcement* e do *compliance*, melhorando resultados. Alie-se a isso o eventual uso de metodologias como o SCM para determinados casos — em especial para angariar apoio externo —, bem como a ampliação dos instrumentos participativos e de criação legislativa colaborativa.

Em um último eixo, voltado ao desenho institucional, é fundamental reforçar a premissa de que nenhum avanço sob a ótica da qualidade regulatória será alcançado se um núcleo responsável pelo fomento e pela difusão da nova política legislativo-regulatória não for estruturado e defendido. Dado que elementos contextuais e institucionais importam — dinâmica político-jurídica, história da produção legislativo-regulatória local e frustrações sob a ótica da qualidade material, capacidade administrativa, eficiência e resistência burocrática, dentre outros pontos —, a implementação necessita de um adequado gerenciamento.

No desenho proposto, optou-se pelo fortalecimento de um núcleo de supervisão qualificada centralizado, com duas funções principais. Primeiro, (i) supervisionar e revisar propostas legislativas primárias concretas, oriundas dos órgãos setoriais. Cabe-lhe discutir os objetivos propostos, os passos realizados, as alternativas e estratégias regulatórias avaliadas e os resultados almejados. Segundo, (ii) gerenciar a implementação e o desenvolvimento da *meta policy*. Cabe-lhe induzir a utilização de instrumentos e ferramentas, difundir o conhecimento, densificar soluções para entraves concretos mediante uma atividade normativa suplementar e, em suma, definir o ritmo da implementação faseada.

Escolheu-se, para tanto, uma alocação centralizada, mais próxima aos decisores políticos. E foram dois os motivos para tal. Primeiro, (i) o respeito à história institucional de supervisão centralizada pré-existente no ciclo de elaboração normativa do Executivo.

Nesse ínterim, e também devido à mudança estrutural que atingiu a característica de boa parte dos atos normativos, foi proposta a fusão parcial entre SAJ e SAG, de modo a serem formados núcleos interdisciplinares para o exame dos atos finalístico-instrumentais de maneira mais eficiente, sem sobreposições ou custos adicionais. Segundo, (ii) a busca por maior legitimidade e maior legitimação frente à resistência burocrática da Administração. O objetivo aqui subjacente é o de fortalecer a política desde o início, a partir de ganhos organizacionais, de coordenação e de controle da Administração, com respaldo inicial e progressivo aumento de importância perante o núcleo central de governo.

O desenho procedimental sugerido para as propostas normativas manteria, via de regra, o modelo trifásico (autor setorial, co-autores setoriais, núcleo de supervisão qualificada), com a elaboração dos estudos prospectivos preliminares descentralizados. Novamente se respeita o desenho atual, mas se entende como relevante e necessária a gradativa capacitação horizontal, com vistas a ganhos mais amplos e difusos de aprendizado instrumental.

Ainda, previu-se o núcleo de avaliações *ex post*, por certo vital ao novo modelo, que pode ser institucionalizado de diferentes maneiras, à escolha do decisor político. A decisão depende basicamente do grau de autonomia e, por outro lado, do grau de proximidade e de facilidade de coleta de dados que se pretenda atribuir ao órgão. Como último aspecto institucional, ficou em aberto a criação de um órgão externo de controle e avaliação metodológica que, aos olhos desta tese, não parece essencial à primeira fase de execução.

Finalmente, importa resgatar a idéia da implementação inicial de parte da política legislativo-regulatória enquanto *nudge* voltado à própria Administração. Ao contrário de estratégias *top-down* de comando e controle, conflitivas, que podem encontrar grandes resistências burocráticas, sugere-se que a implementação da nova *meta policy* seja considerada, em grande medida, como um empurrãozinho em prol de decisões legislativo-regulatórias mais adequadas. A forma de ofertar as ferramentas disponíveis e a arquitetura dos procedimentos relativos ao processo de elaboração normativa podem induzir escolhas melhores, sem retirar, ao menos no início, a liberdade decisória existente.

A Agenda Futura

Para finalizar, foi possível detectar ao longo desta tese alguns eixos práticos e teóricos ainda em aberto. Compõem espécie de agenda de pesquisa futura.

Do ponto de vista prático, interessa que o trabalho de catalogação e categorização da produção legislativa ordinária do Brasil seja mantido e aprofundado. Assumiu-se ao longo deste trabalho, em especial no capítulo I, a premissa de que as características das normas variam com o tempo. Defendeu-se, como visto, a acentuação contemporânea das feições finalístico-instrumentais do ato normativo. Assim, acompanhar as feições legislativas e verificar o avanço de eventuais mutações é fundamental para novos estudos relativos ao ciclo de elaboração normativa.

Do ponto de vista teórico, ao menos dois pontos merecem aprofundamento. Primeiro, o papel dos decretos regulamentares e, principalmente, dos decretos autônomos na estruturação de políticas públicas e na alteração de marcos regulatórios. Nesta tese, o debate esteve majoritariamente circunscrito à produção legislativa ordinária; não obstante, boa parte do que foi aqui afirmado também vale para a produção infralegal do Executivo, mesmo que sem referência direta à capacidade normativa das agências reguladoras. É preciso, no entanto, confirmar a hipótese.

Não obstante, o tema que talvez exija maior atenção em uma agenda de pesquisa futura é aquele relativo às fronteiras da sobreposição existente entre avaliação de políticas públicas e avaliação legislativa. Como visto, o exame da literatura referente a ambas as atividades sinaliza um altíssimo grau de proximidade entre conceitos, ferramentas e ressalvas de utilização. E um elevado nível de similaridade pode colocar em causa o caráter inovador do exame legislativo, questionando sua relevância prática. Pode também conduzir a Administração Pública a escolhas equivocadas e gastos desnecessários. Apenas uma pesquisa de fôlego, que se valha dos resultados avaliativos de ambos os lados, pode ser capaz de responder tais questionamentos.

Por fim, é claro que o acompanhamento da política legislativo-regulatória brasileira se coloca como peça-chave de uma agenda de pesquisa futura. Caso ela seja mantida em seus moldes atuais, vale o monitoramento de forma a detectar eventuais mudanças de padrão ou a acentuar suas já enormes dificuldades. Caso parte das sugestões de alteração

aqui adiantadas sejam aceitas, o exame crítico da implementação da nova *meta policy* e de seus resultados passa a ter absoluta centralidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Pedro. *Separação de Poderes e Medidas Provisórias*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, v. 31, n. 1, 1988, p. 5-38.

ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 113, jan. 2000, p. 633-727.

ADLER, M. Cost-benefit analysis and distributional weights - an overview. *Duke Environmental and Energy Economics Working Paper Series*, Working Paper EE 13-04, 2013. Disponível [on line] em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2313388>.

AEKEN, Koen van. Legal Instrumentalism Revisited. In WINTGENS, Luc (ed). *The Theory and Practice of Legislation*. Aldershot: Ashgate, 2005, p. 67-92.

_____. Pushing Evaluation Forward: institutionalization as a means to foster methodological growth of legislative *ex ante* evaluation. In VERSCHUUREN, J. (ed). *The Impact of Legislation: a critical analysis of ex ante evaluation*. Leiden - Boston: Martinus Nijhoff, 2009, p. 105-134.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 8a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

AGUILLAR, Fernando H. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

AIRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation: transcending the deregulation debate*. New York: Oxford University Press, 1992.

ALBUQUERQUE, Kélvia. A Visão da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. In PROENÇA, Jadir; COSTA, Patricia Vieira da; MONTAGNER, Paula (coord.). *Desafios da Regulação no Brasil*. Brasília: ENAP, 2009, p. 83-104.

ALEMANNI, A.; MEUWESE, A. Impact Assessment of EU Non-legislative Rulemaking: the missing link to new comitology. *European Law Journal*, v. 19, n. 1, jan 2013, pp. 76-92.

ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 66, 2002, p. 13-64.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Acir. Processo Legislativo: mudanças recentes e desafios. *Boletim de Análise Político-institucional*, n. 7. Brasília: IPEA, 2015. Disponível [on line] em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/boletim_analise_politico/150714_boletim_analisepolitico_07_cap6.pdf>.

ALMEIDA, Guilherme Almeida de. Marco Civil da Internet: antecedentes, formulação colaborativa e resultados alcançados. In ARTESE, Gustavo (org). *Marco Civil da Internet: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 19-63.

ALVES, Flávia Neves Rocha; PECI, Alketa. Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta para a melhoria da regulação na ANVISA. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n.4, 2011. Disponível [on line] em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102011000400023>>.

AMARAL JR., José Levi Mello do. *Medida Provisória e sua Conversão em Lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AMES, Barry. *The deadlock of democracy in Brazil*. Ann Arbor: Michigan University Press, 2001.

AMORIM NETO, Octavio. Presidential cabinets, electoral cycles, and coalition discipline in Brazil. In MORGENSTERN, Scott; NACIF, Benito (Eds.). *Legislative politics in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2002, p. 48-78.

ANDRADE, A. C. Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3a ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ANNENBERG, Flávia. *Direito e Políticas Públicas: uma análise crítica de abordagens tradicionais do direito administrativo a partir de um estudo do programa bolsa família*. Dissertação (Mestrado junto ao Departamento de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), 2014.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Curso de Direito Administrativo*. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Interpretação Consequencialista e Análise Econômica do Direito Público à luz dos Princípios Constitucionais da Eficiência e da Economicidade. In RAMALHO, Pedro Ivo S. (org.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: ANVISA, 2009, p. 29-52.

ARAGÃO, Murilo de. Crise do Presidencialismo de Coalizão. *O Estado de São Paulo*. Opinião. 24 de fevereiro de 2015.

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

ATIENZA, Manuel. *Contribución a Teoría de la Legislación*. Madrid: Civitas, 1997.

_____. Contribución para una Teoría de la Legislación. *DOXA*, n. 6, 1989, p. 385-403.

_____. Reasoning and Legislation. In WINTGENS, Luc (ed). *The Theory and Practice of Legislation*. Aldershot: Ashgate, 2005, p. 297-317.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010 (reprinted 2013).

_____. *Understanding Regulation: theory, strategy and practice*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BAMBINI DE ASSIS, Luiz Gustavo. *Processo Legislativo e Orçamento Público*. Tese (Doutorado junto ao Departamento de Direito do Estado da Universidade de São Paulo), 2009.

BARCELONA, Pietro et alli. *La Formación del Jurista (capitalismo monopolístico y cultura jurídica)*. 2ª. Ed. Madrid: Civitas, 1983.

BARNES, Jeffrey. The Continuing Debate About ‘Plain Language’ Legislation: a law reform conundrum. *Statute Law Review*, 27(2), 2013, p. 82-132.

BARROS, Sérgio Resende de. Medidas, Provisórias? *Revista da Procuradoria do Estado*, n. 53, jun 2000, p. 67-82.

BAUMGARTNER, Frank; JONES, Bryan. *Agendas and Instability in American Politics*. Chicago: University of Chicago Press. 1993.

BINDER, Sarah A.; RHODES, R. A. W.; ROCKMAN, Bert A. (eds). *The Oxford Handbook of Political Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

BIX, Brian. Law as an Autonomous Discipline. In CANE, Peter; TUSHNET, Mark (ed.). *The Oxford Handbook of Legal Studies*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

BLACK, Julia. Critical Reflections on Regulation. *Australian Journal of Legal Philosophy*, v. 27, p. 1-36, 2002. Disponível [on line] em <<http://www.lse.ac.uk/accounting/CARR/pdf/dps/disspaper4.pdf>>.

_____. Tensions in the Regulatory State. *Public Law*, 2007, p. 58–73.

_____. What is regulatory innovation? In BLACK, J.; LODGE, M.; THATCHER, M. *Regulatory Innovation: a comparative analysis*. Cheltenham / Northampton: Edward Elgar, 2005, p. 1-16.

BLINDER, Alan. *Bancos Centrais: teoria e prática*. São Paulo: Editora 34, 1999.

_____. Is Government too Political? *Foreign Affairs*, v. 76, n. 6, 1997, p. 115-126.

_____. *The Quiet Revolution: Central Banks Goes Modern*. New Haven: Yale University Press, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função*. Barueri: Manole, 2007.

_____; **MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G.** *Dicionário de Política*. 6a ed. Brasília: UnB, 1994.

BOHNE, E. The Politics of *Ex Ante* Evaluation of Legislation. In VERSCHUUREN, J. (ed). *The Impact of Legislation: a critical analysis of ex ante evaluation*. Leiden - Boston: Martinus Nijhoff, 2009, p. 63-79.

BORGES, Afonso Henriques et alli. A Rede Brasileira de Monitoramento e Avaliação: um relato do processo de sua criação e desenvolvimento. *Revista Brasileira de Monitoramento e Avaliação*, v. 1, p. 5-17, 2011.

BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. *A Administração Pública Gerencial: estratégia e estrutura para um novo Estado*. Texto para discussão 09. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública - ENAP, 1996.

_____. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. *Revista do Serviço Público*, v. 47(1) jan-abril, 1996. Disponível [on line] em <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>.

_____. Do Estado Patrimonial ao Gerencial. In PINHEIRO, Wilhelm e Sachs (org.), *Brasil: um século de transformações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001, p. 222-259.

BRUNET, P; MILLARD, E.; MINDUS, P. (eds.). Realist Conceptions of Legislation. *The Theory and Practice of Legislation*, v. 1, n. 1, June 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. *Fórum Administrativo*, n. 104, out 2009, p. 20-34.

_____. O Conceito de Política Pública em Direito. In: BUCCI, M. P. Dallari (org.), *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 8a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAREY, John; SHUGART, Matthew (eds.). *Executive Decree Authority: calling out the tanks or filling out the forms?* New York: Cambridge University Press, 1998.

CARRIGAN, C.; COGLIANESE, C. The Politics of Regulation: from new institutionalism to new governance. *Annual Review of Political Science*, v. 14, 2011, p. 107-129.

CARVALHO, Kildare G. *Direito Constitucional*. V. II. 20 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTRO, Camila Moreira de. Some Aspects of Implementing Regulatory Impact Analysis in Brazil. *Revista de Administração Pública*, v. 48, n. 2, 2014, p. 323-342.

CAUPERS, João. Dos Porquês aos Para Quês das Leis: existirá uma verdadeira racionalidade legislativa? *Cadernos de Ciência da Legislação*, v. 50, 2009, p. 79-89.

CHAISTY, Paul; CHEESEMAN, Nic; POWER, Timothy. Rethinking the 'presidentialism debate': conceptualizing coalitional politics in cross- regional perspective. *Democratization*, 21(1), 2014, p. 72-94. DOI: 10.1080/13510347.2012.710604.

CHEVALLIER, J. A racionalização da produção jurídica. In *Cadernos de Ciência de Legislação*, n. 3, 1992, p. 9-23.

CHU, Vivian; GARVEY, Todd. Executive Orders: issuance, modification and revocation. *Congressional Research Service*, 7.5700, RS 20846, abril 2014. Disponível [on line] em <<https://www.fas.org/sgp/crs/misc/RS20846.pdf>>.

CINTRA, Antonio C. A.; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 21a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COELHO, Fabio Alexandre. *Processo Legislativo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

COGLIANESE, Cary. Presidential Control of Administrative Agencies: a debate over law or politics? *Journal of Constitutional Law*, v. 12(2), 2009-2010, p. 637-649.

COHEN, M.; MARCH, J.; OLSEN, J. A Garbage Can Model of Organizational Choice. *Administrative Science Quarterly*, v. 17 (1), 1972, p. 1-25.

COLETTI, Paula; RADAELLI, Claudio. Economic Rationales, Learning and regulatory Policy Instruments. *Public Administration*, v. 91, n. 4, 2013, p. 1056-1070.

COMPARATO, Fábio K. Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas. *Revista dos Tribunais*, v. 737, 1997, p. 11-22.

COUTINHO, Diogo R. Linking promises to policies: law and development in an unequal Brazil. *Law and Development Review*, v. 3, n. 2, 2010, p. 1-40.

_____. O Direito nas Políticas Públicas. In MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Alberto P. de (ed). *Política Pública como Campo Interdisciplinar*. São Paulo: Editora UNESP, 2013. Disponível [on line] em <http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/item_766/14_05_12_160_direito_nas_politicas_publicas_FINAL.pdf>.

_____. O Direito no Desenvolvimento Econômico. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 38, jul/set 2012, p. 31-34.

_____. Roles of Law in Development Policies: decentralization and coordination in the *Bolsa Família* program. 2013. Disponível [on line] em <https://media.law.wisc.edu/s/c_638/2ngrk/diogo_paper_7-17.pdf>.

CRUZ, Veronica. Estado e Regulação: fundamentos teóricos. In RAMALHO, Pedro Ivo S. (org.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: ANVISA, 2009, p. 53-86.

CUNHA, F. L.; CASTANHAR, J. C. Avaliação dos Programas Públicos: desafios conceituais e metodológicos. *Revista da Administração Pública*, v. 37, n. 5, 2003, p. 969-992.

CYRUL, Wojciech. Lawmaking: between discourse and legal text. In WINTGENS, Luc (ed). *Legislation in Context: essays in legisprudence*. Hampshire / Burlington (USA): Ashgate, 2007, p. 43-54.

_____. How Rational is Rational Lawmaking? In WINTGENS, Luc (ed). *The Theory and Practice of Legislation*. Aldershot: Ashgate, 2005, p. 93-103.

DAMONTE, Alessia; DUNLOP, Claire; RADAELLI, Claudio. Controlling Bureaucracies with fire alarms: policy instruments and cross-country patterns. *Journal of European Public Policy*, v. 21, n. 9, 2014, p. 1330-1349.

DERANI, Cristiane. Política Pública e a Norma Política. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 41, 2004, p. 19-28.

DE FRANCESCO, Fabrizio. Diffusion of Regulatory Impact Analysis Among OECD and EU Member States. *Comparative Political Studies*, vol. 45, n. 10, 2012, p. 1277-1305.

_____; **RADAELLI, Claudio; TROEGER, Vera.** Implementing Regulatory Innovations in Europe: the case of impact assessment. *Journal of European Public Policy*, 19:4, May 2012, p. 491-511.

DHALIVAL, Iqbal et alli. Comparative Cost-Effectiveness Analysis to Inform Policy in Developing Countries: a general framework with applications for education. 2012. Disponível [on line] em <<http://www.povertyactionlab.org/publication/cost-effectiveness>>.

DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Deciding not to Decide: deferral in constitutional design. *ICON - International Journal of Constitutional Law*, n. 9, 2011, p. 636-672.

DYZENHAUS, David. Constitutionalism in an Old Key: legality and constituent power. *Global Constitutionalism*, vol. 1(2), 2012, p. 229-260.

ENG, Svein. Legislative Inflation and the Quality of Law. In WINTGENS, Luc (ed). *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation - proceedings of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory*. Oxford-Portland: Hart Publishing, 2002, p. 65-79.

ENGEL, Ricardo José. O Papel da Doutrina Jurídica: um enfoque teórico sob o ponto de vista da Política Jurídica. *Novos Estudos Jurídicos*, n. 12, abr/2001, p. 85-94.

ERICSSON, Lars. Making Society Through Legislation. In WINTGENS, Luc (ed). *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation - proceedings of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory*. Oxford-Portland: Hart Publishing, 2002, p. 41-47.

EUROPEAN UNION. *The European Union Explained: how the European Union Works*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A Política de Avaliação de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 20, n. 59, out 2005, p. 97-109.

FARIA, Cristiano Ferri. Analysis of the legislative framework in Brazilian Policymaking Process. *Dissertation submitted in partial fulfilment for the degree of MSc in Public Policy*, Queen Mary College, University of London, 2005.

FARIA, José Eduardo. Inflação legislativa e a crise do Estado no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 1994, p. 165-182.

_____. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. O Modelo Liberal de Direito e Estado. In FARIA, José Eduardo (org). *Direito e Justiça*. São Paulo: Ática, 1989, p. 19-35.

_____. *Sociologia Jurídica: direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Pedro. Mejorando la Genti3n de la Regulaci3n: la experiencia del Banco INteramericano de Desarrollo - BID en Brasil. In RAMALHO, Pedro Ivo S. (org.). *Regulaci3n e Ag3ncias Reguladoras: governan3a e an3lise de impado regulat3rio*. Bras3lia: ANVISA, 2009, p. 207-228.

FERRAZ JR, T3rcio Sampaio. A rela3o meio/fim na Teoria Geral do Direito Administrativo. *Revista de Direito P3blico*, n. 62, 1982, p. 27-33.

_____. *Introdu3o ao Estudo do Direito: t3cnica, decis3o, domina3o*. 4a ed. S3o Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gon3alves. *Do Processo Legislativo*. 6a ed. S3o Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIREDO, Argelina C.; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed FGV, 1999.

_____. Presidential Power, Legislative Organization, and Party Behavior in Brazil. *Comparative Politics*, v. 32, n 2, 2000, p. 151-170.

FLORES, Imer B. The Quest of Legisprudence: Constitutionalism vs Legalism. In WINTGENS, Luc (ed). *The Theory and Practice of Legislation*. Aldershot: Ashgate, 2005, p. 26-52.

GAETANI, Francisco; ALBUQUERQUE, K3lvia. An3lise de Impacto Regulat3rio e Melhoria Regulat3ria. In RAMALHO, Pedro Ivo S. (org.). *Regulaci3n e Ag3ncias Reguladoras: governan3a e an3lise de impado regulat3rio*. Bras3lia: ANVISA, 2009, p. 189-196.

GAROUPA, Nuno. Improving Legislation: a note of pessimism. *Cadernos de Ci3ncia da Legisla3o*, n. 50, 2009, p. 153-161.

_____. Limites Ideol3gicos e Morais 3 avalia3o econ3mica da legisla3o. *Cadernos de Ci3ncia da Legisla3o*, n. 42/43, jan/jun 2006, p. 83-102.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. *Entre o Centro e a Periferia: a perspetivação ideológico-política da dogmática jurídica e da decisão judicial no Critical Legal Studies Movement.* Dissertação (Mestrado em ciências jurídico-políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004.

GESTEL, Rob van; MENTING, Marie-Claire. Ex Ante Evaluation and Alternatives to Legislation: going dutch? *Statute Law Review*, 32(3), 2011, p. 209-226.

GESTEL, Rob van; VRANKEN, Jan. Assessing the Accuracy of *ex ante* Evaluation Through Feedback Research: a case study. n VERSCHUUREN, J. (ed). *The Impact of Legislation: a critical analysis of ex ante evaluation.* Leiden - Boston: Martinus Nijhoff, 2009,p. 199-228.

GOMES, Fábio de Barros Correia. Cooperação, Liderança e Impasse entre o Legislativo e o Executivo na Produção Legislativa do Congresso Nacional do Brasil. *DADOS - Revista de Ciências Sociais.* Rio de Janeiro, v. 55, n. 4, 2012, p. 911-950.

GONÇALVES, Pedro. *Regulação das Telecomunicações.* Segundo Curso de Pós-graduação em Regulação Pública – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE). Coimbra, 2002.

GRAU, Eros Roberto. Mercado, Estado e Constituição. *Boletim de Ciências Econômicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,* Coimbra, v. 47, 2004, p. 107-119.

_____. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto.* 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRIFFITHS, John. Is law important? *New York University Law Review*, n. 54, 1979, p. 339-374.

GUBLER, Zachary J. Experimental Rules. *Boston College Law Review*, 55, 2014, p. 129-179.

GUNNINGHAM, N.; GRABOSKY, P; SINCLAIR, Darren. *Smart Regulation: designing environmental policy.* Oxford: Clarendon Press, 1998.

HABER, Carolina Dzimidas. *A Relação entre o Direito e a Política no Processo Legislativo Penal.* Tese (Doutorado junto ao Departamento de Filosofia do Direito da Universidade de São Paulo), 2011.

HAHN, Robert; DUDLEY, Patrick. How Well Does the US Government do Benefit-Cost Analysis? *Review of Environmental Economics and Policy*, v. 1:2, 2007, p. 192–211.

HAHN, Robert; TETLOCK, Paul. Has Economic Analysis Improved Regulatory Decisions? *The Journal of Economic Perspectives*, v. 22 (1), 2008, p. 67-84.

HALL, H. A. Historical Institutionalism in Rationalist and Sociological Perspective. *In* J. MAHONEY, J.; THELEN, K. *Explaining Institutional Change: ambiguity, agency, power*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

HARRINGTON, Winston. *Grading Estimates of the Benefits and Costs of Federal Regulation: a review of reviews*. Discussion Paper: RFF DP 06-39, 2006. Disponível [on line] em <<http://ssrn.com/abstract=937357>>.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 2a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HAUSMANN, Ricardo. *The Problem with Evidence Based Policies*. s/l, feb 2016. Disponível [on line] em <<https://www.project-syndicate.org/commentary/evidence-based-policy-problems-by-ricardo-hausmann-2016-02#WpfflwpefRPhTBT3.99>>.

HAYNES, Laura et alli. Testar, Aprender, Adaptar: desenvolver as políticas públicas mediante experimentos aleatórios controlados. *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 41, dez 2013, p. 11-43.

HOOD, Christopher; PETERS, Guy. The Middle Aging of New Public Management: into the age of paradox? *Journal of Public Administration Research and Theory*, v. 14 (3), 2004, p. 267-282.

HOPPE, Robert. *Ex Ante* Evaluation of Legislation: between puzzling and powering. *In* VERSCHUUREN, J. (ed). *The Impact of Legislation: a critical analysis of ex ante evaluation*. Leiden - Boston: Martinus Nijhoff, 2009, p. 81-104.

JANNUZZI, P. M. Sistema de Monitoramento e Avaliação de Programas Sociais: revisitando mitos e recolocando premissas para sua maior efetividade na gestão. *Revista Brasileira de Monitoramento e Avaliação*, v. 5, p. 4-27, 2013.

JANSEN, Wim; VOERMANS, Wim. Procura e Destruição nos Países Baixos: políticas legislativas no combate à burocracia. *Cadernos de Ciência da Legislação*, v. 44, out/dez 2006, p. 63-79.

KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farraz, Straus and Giroux, 2011.

KARPEN, Ulrich. Avaliação legislativa – a experiência alemã. *Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, n. 33/34, jan-jun 2003, [s/p].

_____. Institutional Framework for an efficient Regulatory Impact Assessment. *Cadernos de Ciência da Legislação*, v. 50, 2009, p. 379-389.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. The Law as a Specific Social Technique. *In University of Chicago Law Review*, v. 9, n. 1, 1941, p. 75-97.

KENNEDY, Duncan. An Interview with Duncan Kennedy (entrevista realizada por Christine Kuta). In: *Bimonthly Review of Law Books*, v. 3-5, 1994. Disponível [on line] em: <<http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/An%20Interview%20with%20Duncan%20Kennedy%20by%20Christine%20Kuta.pdf>>.

_____. A Conversation with Duncan Kennedy (entrevista realizada por Gerard Clark). In: *The Advocate – The Suffolk University Law Scholl Journal*, n. 2, v. 24, 1994, p. 56-61. Disponível [on line] em: <http://www.duncankennedy.net/documents/The%20Advocate_A%20Conversation%20with%20Duncan%20Kennedy.pdf>.

_____. Nota Sobre la Historia de CLS em los Estados Unidos. *DOXA*, n. 11, 1992, p. 283-293.

KINGDON, John. *Agendas, Alternatives, and Public Policies*. 2nd ed. New York: Longman, 1995.

KIRKPATRICK, Colin; PARKER, David; ZHANG, Yin-Fang. Regulatory Impact Assessment in Developing and Transition Economies: a survey of current practice. *Public Money & Management*, 24(5), 2004, p. 291-296.

KOOP, Christel; LODGE, Martin. What is regulation? An Interdisciplinary Analysis. *Regulation & Governance*, 2015. DOI:10.1111/rego.12094.

KUMM, Mattias. Global Constitutionalism and the Cosmopolitan State: an integrated conception of public law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Fall 2013. Disponível [on line] em <http://www.wzb.eu/sites/default/files/u32/m_kumm_ccfls_2013_global_constitutionalism_and_the_cosmopolitan_state.pdf>.

LAMOUNIER, Bolívar. Estrutura Institucional e Governabilidade na Década de 90. In VELLOSO, João Paulo dos Reis (org), *O Brasil e as Reformas Políticas*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1992.

_____. A democracia brasileira de 1985 à década de 90: a síndrome da paralisia hiperativa. In VELLOSO, João Paulo Reis (org.), *Governabilidade, sistema político e violência urbana*. Rio de Janeiro, José Olympio, 1994.

LAPORTA, Francisco. Materiales para una Reflexión sobre Racionalidad y Crisis de la ley. *DOXA*, n. 22, 1999, p. 321-330.

LAROCHE, Pieter. Ex ante evaluation of legislation torn among its Rationales. In VERSCHUUREN, J. (ed). *The Impact of Legislation: a critical analysis of ex ante evaluation*. Leiden - Boston: Martinus Nijhoff, 2009, p. 39-62.

LEAL, Victor Nunes. Técnica Legislativa. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LIMA, Wagner Gonçalves. Política Pública: discussão de conceitos. *Interface*, v. 5, out 2012. Disponível [on line] em <<http://www.ceap.br/material/MAT26022013171120.pdf>>.

LIMONGI, Fernando. A Democracia no Brasil: Presidencialismo, Coalizão Partidária e Processo Decisório. *Novos Estudos - CEBRAP*, v. 76, nov 2006, p. 17-41.

_____; **FIGUEIREDO, Argelina.** *As Bases Institucionais do Presidencialismo de Coalizão*. *Lua Nova*, n. 44, 1998, p. 81-106.

_____. Poder de Agenda e Políticas Substantivas. In INACIO, Maria; RENOÓ, Lucio (org.). *Legislativo Brasileiro em Perspectiva Comparada*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 77-104.

LINZ, Juan. The Perils of Presidentialism. *Journal of Democracy*, n. 1, 1990, p. 51–69.

_____. Presidential or Parliamentary Democracy: does it make a difference? In LINZ, Juan; VALENZUELA, Arturo (eds). *The Failure of Presidential Democracy*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1994, p. 3–90.

LODGE, Martin; WEGRICH, Wai. *Managing Regulation: regulatory analysis, politics and policy*. London: Palgrave MacMillan, 2012.

LOIS, Cecilia Caballero (coord.). *Delimitação das Atribuições entre os Poderes Executivo e Legislativo no Tocante à Regulamentação sobre Organização e Funcionamento da Administração Pública Federal (art. 84, VI c/c art. 61, I, II, e): iniciativa privativa do Presidente, decreto autônomo e emendas parlamentares em questão*. Brasília: Ministério da Justiça / PNUD, 2009. (Série Pensando o Direito, n. 14).

MacCORMICK, Neil. Legislative Deliberation: notes from the european Parliament. In WINTGENS, Luc (ed). *The Theory and Practice of Legislation*. Aldershot: Ashgate, 2005, p. 285-296.

MADER, Luzius. A Avaliação Legislativa: uma nova abordagem do direito. *Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, n. 1, jan-jun 2006, s/p.

_____. Avaliação dos feitos da Legislação – a situação actual na Suíça. *Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, n. 33/34, jan-jun 2003, s/p.

_____. Avaliação Prospectiva e Análise de Impacto Legislativo Tornam as Leis Melhores? *Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, n. 1, jan-jun 2006, p. 177-191.

_____. Evaluating the Effects - a Contribution to the Quality of Legislation. *Statute Law Review*, v. 22, n. 2, 2001, pp. 119 - 131.

MAHONEY, James; THELEN, Kathleen. *Explaining Institutional Change: ambiguity, agency and power.* Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

MAINWARING, Scott. Presidentialism, Multipartyism and Democracy: the difficult combination. *Comparative Political Studies*, v. 26, n. 2, 1993, 198–228.

_____; **SHUGART, Matthew (ed).** *Presidentialism and Democracy in Latin America.* Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

MAJONE, G. As Transformações do Estado Regulador. *Revista de Direito Administrativo*, v. 262, 2013, p. 11-43.

_____. Controlling Regulatory Bureaucracies: lessons from the american experience. *European University Institute Working Papers SPS*, Florence, n. 93/3, 1993.

_____. Do Estado Positivo ao Estado Regulador: Causas e Conseqüências da Mudança no Modo de Governança. In MATTOS, Paulo *et alli* (org.), *Regulação Econômica e Democracia: o debate europeu.* São Paulo: Ed. Singular, 2006.

_____. Regulatory Legitimacy. In MAJONE, G. (org), *Regulating Europe.* London: Routledge, 1996, p. 284-301.

_____. Understanding Regulatory Growth in the European Community. *European University Institute - Working Papers SPS*, Florence, n. 94/17, 1994.

_____. When Does Policy Deliberation Matter? *European University Institute Working Papers SPS*, Florence, n. 93/12, 1993.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In SUNDFELD, Carlos Ari (org). *Direito Administrativo Econômico.* São Paulo: Malheiros, 2000, p. 72-98.

MARTINEZ, Ana Paula. Análise de custo-benefício na adoção de políticas públicas e desafios impostos ao seu formulador. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, 2009. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v251.2009.7527>.

MASSA-ARZABE, Patricia H. Dimensão Jurídica das Políticas Públicas. In BUCCI, M. P. Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51-74.

MEEHAM, José Hector. Principios Generales de técnica legislativa. In SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (org). *Políticas Públicas – volume II*. Brasília: ENAP, 2006, p. 21-57. (original: *Teoría y técnicas legislativas*. BSA: DePalma, 1976, p. 71-97.)

MENDES, Gilmar Ferreira. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1, 1993, p. 255-271.

MENEGUIM, Fernando. *Avaliação de Impacto Legislativo no Brasil*. Centro de Estudos da Consultoria do Senado – textos para discussão, n. 70, mar 2010.

MEUWESE, Anne. *Impact Assessment in EU Lawmaking*. Leiden: EM Meijers Instituut, 2008.

MEUWESE, Anne; SENDEN, Linda. European Impact Assessment and the Choice of Alternative Regulatory Instruments. In VERSCHUUREN, J. (ed). *The Impact of Legislation: a critical analysis of ex ante evaluation*. Leiden - Boston: Martinus Nijhoff, 2009, p. 137-174.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). *Guia de Avaliação de Impacto Normativo*. Lisboa: Almedina, 2010.

_____. O “Programa Legislar Melhor”: dois anos depois. *Cadernos de Ciência da Legislação*, v. 50, 2009, p. 61-78.

MORGAN, Bronwen; YEUNG, Karen. *An Introduction to Law and Regulation*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

MORGENSTERN, Scott; POLGA-HECIMOVICH, John; SHAIR-ROSENFELD, Sarah. Tall, Grande, or Venti: Presidential Powers in the United States and Latin America. *Journal of Politics in Latin America*, 5(2), 2013, p. 37-70.

MOUSMOUTI, Maria. The “effectiveness test” as a tool for law reform. *IASL Student Law Review*, v. 2, n. 1, 2014, p. 4-8. DOI: <http://dx.doi.org/10.14296/islr.v2i1.2116>.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem e Violência: elementos de uma teoria constitucional I*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

_____. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Teoria Moderna e Interpretação dos Direitos Fundamentais, Especialmente com Base na Teoria Estruturante do Direito. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 7, 2003, p. 315-327.

_____. Tesis Acerca de la Estructura de las Normas Jurídicas. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 27, sep./dic. 1989, p. 111-126.

NEGRETTO, Gabriel. Government Capacities and Policy Making by Decree in Latin America: the cases of Brazil and Argentina. *Comparative Political Studies*, v. 37, 2004, p. 531-562.

_____. Minority Presidents and Democratic Performance in Latin America. *Latin American Politics and Society*, 2006, 48: 3, p. 63–93.

NEIVA, Pedro Robson P. Coesão e Disciplina Partidária no Senado Federal. *DADOS - Revista de Ciências Sociais*, v. 54, n.2, 2011, p. 289-318.

NEVES, António Castanheira. A Redução Política do Pensamento Metodológico-jurídico. In: NEVES, António Castanheira. *Digesta*. v. 2. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 379-421.

_____. Método Jurídico. In: NEVES, António Castanheira. *Digesta*. v. 2. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 283- 336.

_____. Metodologia Jurídica: problemas fundamentais. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Studia Jurídica n. 1*, Coimbra, Coimbra, 1993.

_____. *O Direito Hoje e com que Sentido? – o problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Piaget, 2002.

NEVES, Marcelo. Pesquisa Interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ*, v. 1, n. 3, jan./dez. 2005, p. 207-214.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a Pesquisa em Direito no Brasil. *Cadernos DIREITO GV*, n. 1, 2004, p. 3-19.

_____ **et alli.** *O que é Pesquisa em Direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

OCDE (OECD). *Administrative Simplification in The Netherlands*. Paris: OECD Publishing, 2007. DOI: 10.1787/9789264037496-en.

_____. *Boosting Resilience Through Innovative Risk Governance*. Paris: OECD Publishing, 2014. DOI: 10.1787/9789264209114-en.

_____. *Cutting Red Tape: national strategies for administrative simplification*. Paris: OECD Publishing, 2006. DOI: 10.1787/9789264029798-en.

_____. *From Red Tape to Smart Tape: administrative simplification in OECD countries*. Paris: OECD Publishing, 2003. DOI: 10.1787/9789264100688-en.

_____. *Government at a Glance*. Paris: OECD Publishing, 2015. DOI: 10.1787/gov_glance-2015-en.

_____. *Government Capacity to Assure High Quality Regulation in Brazil*. Paris: OECD Publishing, 2008. Disponível [on line] em <<http://www.oecd.org/brazil/40668590.pdf>>.

_____. *OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*. Paris: OECD Publishing, 2005. Disponível [on line] em <<http://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>>.

_____. *OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis*. Paris: OECD Publishing, 1997. Disponível [on line] em <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf>>.

_____. *OECD Reviews of Regulatory Reform: Brazil — strengthening governance for growth*. Paris: OECD Publishing, 2008. Disponível [on line] em: <<http://www.oecd.org/brazil/oecdreviewsofregulatoryreform-brazilstrengtheninggovernanceforgrowth.htm>>.

_____. *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*. Paris: OECD Publishing, 2012. Disponível [on line] em <<http://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/49990817.pdf>>.

_____. *Recommendation on Improving the Quality of Government Regulation*. Paris: OECD Publishing, 1995. Disponível [on line] em <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=OCDE/GD\(95\)95](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=OCDE/GD(95)95)>.

_____. *Regulatory Impact Analysis: best practices in OECD countries*. Paris: OECD Publishing, 1997.

_____. *Regulatory Impact Analysis (RIA) inventory*. Paris: OECD Publishing, 2004. Disponível [on line] em <www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/35258430.pdf>.

_____. *Regulatory Policies in OECD Countries: from interventionism to regulatory governance*. Paris: OECD Publishing, 2002.

_____. *Regulatory Policy in Perspective: a reader's companion to the OECD regulatory policy outlook*. Paris: OECD Publishing, 2015.

_____. *Risk and Regulatory Policy*. Paris: OECD Publishing, 2010. DOI: 10.1787/9789264082939.

_____. *The Governance of Regulators*. Paris: OECD Publishing, 2014. DOI: 10.1787/23116013.

_____. *Why is Administrative Simplification so Complicated?* Paris: OECD Publishing, 2010. DOI:10.1787/9789264089754-en.

OGUS, Anthony. Análise do Impacto Legislativo: a dimensão política. *Cadernos de Ciência da Legislação*, n. 42/43, jan/jun 2006, p. 163-175.

OLIVEIRA JUNIOR, T. M.; JORDÃO, C. S.; CASTRO JUNIOR, J. L. P. Transparência, Monitoramento e Avaliação de Programas no Brasil: em busca de opacidades que podem restringir o exercício de controle social. *Revista do Serviço Público*. Brasília, 65 (1), jan/mar 2014, p. 25-47.

PAES-SOUZA, Rômulo. *Avaliação e Gestão de Políticas Públicas: notícia de uma relação muito delicada*. Trabalho apresentado no IX Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Ciudad de Guatemala, Nov 2006. Disponível [on line] em <http://www.mds.gov.br/suas/revisoes_bpc/biblioteca-virtual-do-beneficio-de-prestacao-continuada-da-assistencia-social/textos_politica_social/avaliacao_e_gestao_de_politicas_publicas_noticias_de_uma_relacao_muito_delicada.pdf/view>.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *A Fábrica de Penas*. São Paulo: REVAN, 2009.

PARISI, Francesco; KLINK, Jonathan. Functional Law and Economics: the search for value-neutral principles of lawmaking. *Chicago-Kent Law Review*, v. 79, 2004, p. 431-450.

PAULA, Felipe de. *A (De)Limitação dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Executive Decree Authority and Lawmaking Environment in Brazil: a broader view of Provisional Measures. *Statute Law Review*, n. 36, 2015, p. 233-252.

_____. O Desenho Jurídico-institucional do Estado Regulador: apontamentos sobre eficiência e legitimidade. *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*, ano XXII, n. 12, dez / 2006, p. 1348-1371.

_____. Processo Legislativo, Doutrina e Academia: hipóteses de afastamento e efeitos deletérios. *Fórum Administrativo*, v. 116, 2010, p. 67-75.

PECI, Alketa. Avaliação do Impacto Regulatório e sua Difusão no Contexto Brasileiro. *Revista de Administração de Empresas*, v. 51, n. 4, jul/ago 2011. Disponível [on line] em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-75902011000400003>>.

_____. Desenho de uma estratégia de implantação e institucionalização da Análise do Impacto Regulatório. 2009. Disponível [on line] em <<http://www.regulacao.gov.br/>

[acompanhe-o-pro-reg/trabalhos-de-consultoria/desenho-de-uma-estrategia-de-implantacao-e-institucionalizacao-da-analise-do-impacto-regulatorio/view>](#).

PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy; RENOÓ, Lúcio. Agenda Power, Executive Decree Authority, and the Mixed Results of Reform in the Brazilian Congress. *Legislative Studies Quarterly*, v. 33, n. 1, 2008, p. 5-33.

_____. Under what Conditions do Presidents Resort to Decree Power? Theory and Evidence from the Brazilian Case. *The Journal of Politics*, v. 67, n. 1, feb 2005, pp. 178-200.

POGREBINSCHI, Thamy (coord.). *Entre Representação e Participação: As conferências nacionais e o experimentalismo democrático brasileiro*. Brasília: Ministério da Justiça / PNUD, 2010. (Série Pensando o Direito, n. 27).

POPELIER, Patricia. Five Paradoxes on Legal Certainty and the Lawmaker. *Legisprudence*, n. 1, v. 2, 2008, p. 47-66.

POPELIER, Patricia; VERLINDEN, Victoria. The Context and the Rise of Ex ante Evaluation. In VERSCHUUREN, J. (ed). *The Impact of Legislation: a critical analysis of ex ante evaluation*. Leiden - Boston: Martinus Nijhoff, 2009, p. 13-37.

POWER, Timothy J. Continuity in a Changing Brazil. In: CASTRO, Fábio de; KOONINGS, Kees; WIESEBRON, Marianne (eds). *Brazil Under the Workers' Party: continuity and change from Lula to Dilma*. London: Palgrave MacMillan, 2014, p. 10-35.

_____. The pen is mightier than the Congress: Presidential decree power in Brazil. In CAREY, John; SHUGART, Matthew (Eds.). *Executive Decree Authority: calling out the tanks or filling out the forms?* New York: Cambridge University Press, 1998, p. 197-230.

PRADO, Mariana M. Presidential Dominance from a Comparative Perspective: the relationship between the executive branch and regulatory agencies in Brazil. In ACKERMAN, Susan-Rose; LINDSETH, Peter L (ed). *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar: Cheltenham / Northampton, p. 225-245. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1690815>>.

RADAELLI, Claudio. Diffusion without Convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment. *Journal of European Public Policy*, 12(5), oct 2005, p. 924-943.

_____. Measuring Policy Learning: regulatory impact assessment in Europe. *Journal of European Public Policy*, 16(8), 2009, p. 1145-1164.

_____. Regulating Rulemaking via Impact Assessment. *Governance: an International Journal of Policy, Administration and Institutions*, v. 23, n. 1, 2010, p. 89-108.

_____. Regulatory Management: training whom, how and for what purposes? *Cadernos de Ciência da Legislação*, v. 50, 2009, p. 221-232.

_____. *Towards Better Research on Better Regulation*. Paper delivered to the advanced colloquium on better regulation, Centre for Regulatory Governance, jan 2007. Disponível [on line] em <<https://ore.exeter.ac.uk/repository/bitstream/handle/10036/23973/RadaelliTowardsBetterResearch.pdf?sequence=1>>.

_____. Whither Better Regulation for the Lisbon Agenda? *Journal of European Public Policy*, 14(2), 2007, p. 190-207.

RADAELLI, Claudio; DENTE, Bruno; DOSSI, Samuele. Recasting Institutionalism: institutional analysis and public policy. *European Political Science*, v. 11, 2012.

RADAELLI, Claudio; MEUWESE, A. Better Regulation in Europe: between public management and regulatory reform. *Public Administration*, v. 87, n. 3, 2009, pp. 639-654.

_____; _____. Hard Questions, Hard Solutions: Proceduralisation through Impact Assessment in the EU. *West European Politics*, 33(1), 2010, p. 136-153.

RAILE, Eric; PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy. The Executive Toolbox: building Legislative Support in a Multiparty Presidential Regime. In: *Political Research Quarterly*, v. 64, n. 2, june 2011, p. 323-334.

RAMOS, Marcelo. A Visão dos Órgãos Centrais. In PROENÇA, Jadir; COSTA, Patricia Vieira da; MONTAGNER, Paula (coord.). *Desafios da Regulação no Brasil*. Brasília: ENAP, 2009, p. 131-152.

_____. Governança Regulatória: experiências e contribuições para uma melhor qualidade regulatória. In RAMALHO, Pedro Ivo S. (org.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: ANVISA, 2009, p. 197-205.

RANCHORDÁS, Sofia. Sunset Clauses and Experimental Regulations: blessing or curse for legal certainty. *Statute Law Review*, v. 36 (1), 2015, p. 28-45.

_____. The Whys and Whoes of Experimental Legislation. *Theory and Practice of Legislation*, v. 1 (3), 2013, p. 415-440.

RENDA, Andrea. *Impact Assessment in the EU: the state-of-the-art and the art of the state*. Brussels: Center for European Policy Studies, 2006.

RENNÒ, Lúcio. Executive-Legislative Relations in Brazil: is 2009 the First Year of the Rest of our Lives? *Revista de Ciência Política*, vol. 30, n 2, 2010, p. 213 – 230.

RIPLEY, Randall. Stages of the Policy Process. In McCOOL, Daniel C (org). *Public Policy - Theories, Models and Concepts: an anthology* . New Jersey: Prentice Hall, 1995.

RIZEK JR, Rubens N. *O Processo de Consolidação e Organização Legislativa*. Tese (Doutorado apresentado junto ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), São Paulo, 2009.

ROCHA, Jean-Paul Cabral Veiga da. *A Capacidade Normativa de Conjuntura no Direito Econômico: o déficit democrático da regulação financeira*. Tese (Doutorado apresentado junto ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo), São Paulo, 2004.

_____. *Quem tem medo da delegação legislativa?* Working Paper - SSRN. 2015. Disponível [on line] em <file:///Users/felipe/Downloads/SSRN-id2612869.pdf>.

_____. Regulação Econômica e Separação dos Poderes: a delegação legislativa na tradição do direito público brasileiro. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 11, 2002, p. 69-87.

ROSENBLATT, Paulo. The Process of Legislative Drafting in a Civil Law Jurisdiction: a Case Study of Brazil. *International Journal of Legislative Drafting and Law Reform and Contributors*, n. 1, 2012, p. 157-158.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Bauru: EDIPRO, 2000.

RUA, Maria das Graças. *Avaliação de Políticas, Programas e Projetos*. Mimeo, 2003 (Escola Nacional de Administração Pública - ENAP).

_____. *A Avaliação no Ciclo da Gestão Pública*. Mimeo, 2004 (Escola Nacional de Administração Pública - ENAP).

_____. *A Estrutura Metodológica do Monitoramento e da Avaliação*. Mimeo, 2006 (Escola Nacional de Administração Pública - ENAP).

RUBIN, E. Law and Legislation in the Administrative State. *Columbia Law Review*, v. 89(3),1989, p. 369-426.

SABATIER, Paul; JENKINS-SMITH, Hank. *Policy Change and Learning: the advocacy coalition approach*. Boulder: Westview Press. 1993.

SABATIER, Paul; WEIBLE, Christopher. The Advocacy Coalition Framework: innovations and clarifications. In SABATIER, Paul (ed.). *Theories of the Policy Process*. 2nd ed. Westview: Westview Press, 2007, p. 189-222.

SALINAS, Natasha Schmitt C. A Lei como Instrumento Governamental: fundamentos teóricos, limites e potencialidades. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, n. 8, 2013, p. 129-155.

_____. *Avaliação Legislativa no Brasil: Um Estudo de Caso sobre as Normas de Controle das Transferências Voluntárias de Recursos Públicos para Entidades do Terceiro Setor*. Dissertação (Mestrado apresentado junto ao Departamento de Filosofia do Direito da Universidade de São Paulo), 2008.

_____. *Legislação e Políticas Públicas: a lei enquanto instrumento de ação governamental*. Tese (Doutorado apresentado junto ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo), 2012.

SAMPAIO, Marco Aurélio. *A Medida Provisória no Presidencialismo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Questões Relevantes ao Desenho do Marco Normativo Adequado à Implantação da Análise de Impacto Regulatório em Âmbito Federal*. Relatório de Trabalho PRO-REG - Contrato 001/2010. 2010. Disponível [on line] em <<http://www.regulacao.gov.br/acompanhe-o-pro-reg/trabalhos-de-consultoria/proposta-de-atos-normativos-para-implantacao-da-analise-de-impacto-regulatorio>>.

SANTOS, Diogo de Almeida V. dos. Provisional measures as a Legislative Tool for Achieving Policy Efficiency and Obtaining Regime Legitimacy in 1990s Brazil. *Forum of International Development Studies*, 39, 2010, p. 139-161.

SANTOS, Luiz Alberto dos. *A Devolução da MP 669: erro jurídico e instabilidade institucional*. 2015. Disponível [on line] em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/outros-destaques/a-%E2%80%9Cdevolucao%E2%80%9D-da-mp-669-erro-juridico-e-instabilidade-institucional/>>.

_____. Desafios da Governança Regulatória no Brasil. In PROENÇA, Jadir; COSTA, Patricia Vieira da; MONTAGNER, Paula (coord.). *Desafios da Regulação no Brasil*. Brasília: ENAP, 2009.p. 105-130.

_____. Desafios da Governança Regulatória no Brasil. In RAMALHO, Pedro Ivo S. (org.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: ANVISA, 2009, p. 178-188.

SARAVIA, Enrique. Introdução à Teoria da Política Pública. In SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (org). *Políticas Públicas – volume I*. Brasília: ENAP, 2006, p. 19-42.

SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____; **MARINONI, Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel.** *Curso de Direito Constitucional*. 3a ed. São Paulo: RT, 2014.

SARTORI, Giovanni. Nem Presidencialismo, Nem Parlamentarismo. *Novos Estudos Cebrap*, vol. 35, 1993, p. 3-20.

SCHARPF, Fritz. Games Real Actors Could Play: positive and negative coordination in embedded negotiations. *Journal of Theoretical Politics*, v. 6, n. 1, 1994, p. 27-53.

SCHMIDT, Vivien. Reconciling Ideas and Institutions through Discursive Institutionalism. In BÉLAND, D; COX, R.H.(eds.). *Ideas and Politics in Social Research*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 47-65.

SERPA, Selma Maria H. C. Levantamento do Tribunal de Contas da União Sobre os Sistemas de Monitoramento e Avaliação da Administração Direta do Poder Executivo. *Revista Brasileira de Monitoramento e Avaliação*, v. 2, p. 46-75, 2011.

SHAPIRO, Stuart; MORRALL III, John F. The Triumph of Regulatory Politics: benefit-cost analysis and political salience. *Regulation & Governance*, v. 6, 2012, p. 189-206.

SHUGART, Matthew; CAREY, John. *Presidents and Assemblies: Constitutional design and electoral dynamics*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1992.

SIBONY, Anne-Lise; ALEMANNI, Alberto. *The Emergence of Behavioral Policy-Making: a european perspective*. HEC Paris Research Paper No. LAW-2015-1084. 2015. Disponível [on line] em <<http://ssrn.com/abstract=2562322>>.

SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional da Formação de Leis*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. A Evolução dos Direitos Fundamentais. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 6, 2005, p. 541-558.

_____. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, 2002, p. 23-50.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. In *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 50, jan/jul 2007, p. 124-142.

_____. *Produção do direito e conhecimento da lei à luz da participação popular e sob o impacto da tecnologia da informação*. Tese (Doutorado apresentado junto à Universidade Federal de Minas Gerais), 2002.

_____. Simplificação e elaboração da legislação tributária infralegal: notas sobre o acesso ao direito vigente e a gestão da elaboração legislativa pelo Executivo. In *Cadernos de Finanças Públicas*, Brasília, n. 12, p. 219-254, dez. 2012.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. *Sociologias*, n. 16, 2006, p. 20-45.

SOUZA, José Pedro G. de; GARCIA, Clóvis L.; CARVALHO, José Frago T. de. *Dicionário de Política*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1998.

SOUZA, Leomar Barros Amorim de. *A Produção Normativa do Poder Executivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Presidencialismo de coalizão em crise. *JOTA*. Opinião. 13 mar 2015. Disponível [on line] em <<http://jota.info/presidencialismo-de-coalizao-em-crise>>.

SPECIE, Priscila. Direito e Participação Social. Tese (Doutorado apresentado junto ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo), 2015.

STRAUSS, Peter. Legislative Theory and The Rule of Law: some comments on Rubin. *Columbia Law Review*, v. 89 (3), 1989, p. 427-451.

STREECK, Wolfgang; THELEN, Kathleen. *Beyond Continuity: institutional change in advanced political economies*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Direito Público e Regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (org). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 97-128.

SUNSTEIN, Cass. Empirically Informed Regulation. *The University of Chicago Law Review*, n.78, 2011, p. 1349-1429.

_____. *Simpler: the future of the government*. New York: Simon & Schuster, 2013.

_____. The Office of Information and Regulatory Affairs: myths and realities. *Harvard Law Review*, v. 126, 2013, p. 1838-1878.

_____. *The Real World of Cost-Benefit Analysis: thirty-six questions (and almost as many answers)*. 2013. Disponível [on line] em <ssrn.com/abstract=2199112>.

TAMANAH, Brian. Law. *St John's University School of Law - Legal Studies Research Paper Series*, n. 08-0095, 2008. Disponível [on line] em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1082436>.

_____. The Perils of Pervasive Legal Instrumentalism. *St John's University School of Law - Legal Studies Research Paper Series*, n. 05-011, 2005. Disponível [on line] em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=725582>.

THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. New Haven / London: Yale University Press, 2008.

THELEN, Kathleen. Historical Institutionalism in Comparative Politics. *Annual Review of Political Science*, n. 2, 1999, p. 369-404.

_____. *How Institutions Evolve: the political economy of skills in Germany, Britain, the United States and Japan*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

THELEN, Kathleen; STEINMO, Sven. Historical Institutionalism in Comparative Politics. In STEINMO, Sven; THELEN, Kathleen; LONGSTRETH, Frank (ed). *Structuring Politics: historical institutionalism in comparative analysis*. New York: Cambridge University Press, 1992, p. 1-32.

THION, Philippe. Questioning Alternatives to Legal Regulation. In WINTGENS, Luc (ed). *Legislation in Context: essays in jurisprudence*. Hampshire / Burlington: Ashgate, 2007, p. 95-116.

UNGER, Roberto Mangabeira. Uma Nova Faculdade de Direito no Brasil. *Cadernos FGV Direito Rio*, v. 1, 2005, p. 16-38.

VAITSMAN, J.; PAES-SOUZA, R. (org.). *Avaliação de Políticas e Programas do MDS - Resultados: bolsa-família e assistência social*. Brasília: MDS, 2007.

VALENTE, Patricia Rodrigues Pessoa. *Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado*. Dissertação (Mestrado junto ao Departamento de Direito do Estado da Universidade de São Paulo), 2010. (Publicado posteriormente, sob mesmo nome, em Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013).

VARONE, F; JACOB, S.; WINTER, L. de. Polity, Politics and Policy Evaluation in Belgium. *Evaluation*, n. 11(3), 2005, p. 253-273.

VEIT, Sylvia. National Experiences Forms of *ex Ante* Evaluation of Legislation: the cases of Germany and Sweden. In VERSCHUUREN, J. (ed). *The Impact of Legislation: a critical analysis of ex ante evaluation*. Leiden - Boston: Martinus Nijhoff, 2009, p. 175-197.

VERSCHUUREN, J; GESTEL, Rob van. Conclusions: A conditional Yes to *Ex Ante* Evaluation of Legislation. In VERSCHUUREN, J. (ed). *The Impact of Legislation: a critical analysis of ex ante evaluation*. Leiden - Boston: Martinus Nijhoff, 2009, p. 255-272.

_____. Ex ante Evaluation of Legislation: an introduction. In VERSCHUUREN, J. (ed). *The Impact of Legislation: a critical analysis of ex ante evaluation*. Leiden - Boston: Martinus Nijhoff, 2009, p. 3-10.

VOERMANS, Win. A Learning Legislator? Dutch attempts to prevent brain drains in the legislative process. In MOLL C. A. (ed.), *Proceedings of the 7 Congress of the European Association of Legislation*, 31st May, 1st June 2006, The Hague, The Netherlands. Academy for Legislation. The Hague 2008, p. 179-196.

_____. Concern About the Quality of EU Legislation: what kind of problem, by what kind of standards? *Erasmus Law Review*, v. 2, issue 1, 2009. p. 59-95.

_____. Is the European Legislator after Lisbon a Real Legislature? *Cadernos de Ciência da Legislação*, v. 50, 2009, p. 391-413.

_____. *Motive-based Enforcement*. Working Paper Leiden University. 2013. Disponível [on line] em <<http://ssrn.com/abstract=2238329>>.

_____. Styles of Legislation and their Effects. *Statute Law Review*, 32(1), 2011, p. 38-53.

_____. *To Measure is to Know: the quantification of legislation*. 2013. Disponível [on line] em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2277657>.

_____; **NAPEL, Hans-Martien ten (ed).** *Legislative Processes in Transition: comparative study of the legislative processes in Finland, Slovenia and the United Kingdom as a source of inspiration for enhancing the efficiency of the dutch legislative process*. Leiden / The Hague, WODC Ministry of Security and Justice / Universiteit Leiden, 2012.

VOGEL, D. *National Styles of Regulation: environmental policy in Great Britain and the United States*. Ithaca: Cornell University Press, 1986.

WAHLGREN, Peter. Legislative Techniques. In WINTGENS, Luc (ed). *Legislation in Context: essays in legisprudence*. Hampshire / Burlington: Ashgate, 2007, p. 77-94.

WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEST, William. The Institutionalization of Regulatory Review: organizational stability and responsive competence at OIRA. *Presidential Studies Quarterly*, 35(1), May 2005, p. 76-93.

WESTERMAN, Pauline. Governing by Goals: governance as a legal style. *Legisprudence*, v. 1, n.1 p. 51-72, 2007.

_____. The Emergence of New Types of Norms. In WINTGENS, Luc (ed). *Legislation in Context: essays in legisprudence*. Hampshire / Burlington (USA): Ashgate, 2007, p. 117-133.

WIENER, Jonathan B. Better regulation in Europe. *Current Legal Problems*, v. 59, 2006, p. 447-518.

_____. The Diffusion of Regulatory Oversight. In LIVERMORE, Michael; REVESZ, Richard (eds.). *The Globalization of Cost-Benefit Analysis in Environmental Policy*. 2013. Disponivel [on line] em <<http://www.oup.com/us/catalog/general/subject/Economics/Environmental/?view=usa&ci=9780199934386>>. Regulatory Policy Program Working Paper RPP-2013-03.

_____. **ALEMANN, A.** Comparing Regulatory Oversight Bodies Across the Atlantic: the Office of Information and Regulatory Affairs in the US and the Impact Assessment Board in the EU. In ACKERMAN, Susan-Rose; LINDSETH, Peter (ed). *Comparative Administrative Law*. Cheltenham / Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010, p. 309-335.

WIESEBRON, Marianne. Social Policies During the Lula Administration: the conditional cash transfer program *Bolsa Familia*. In: CASTRO, Fábio de; KOONINGS, Kees; WIESEBRON, Marianne (eds). *Brazil Under the Workers' Party: continuity and change from Lula to Dilma*. London: Palgrave MacMillan, 2014, p. 126-149.

WINTGENS, Luc. Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence. In WINTGENS, Luc (ed). *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation - proceedings of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory*. Oxford-Portland: Hart Publishing, 2002, p. 9-39.

_____. Legisprudence as a New Theory of Legislation. *Ratio Juris*, v. 19, n. 1 march 2006, p. 1-25.

_____. Legitimacy and Legitimation from the Legisprudential Perspective. In WINTGENS, Luc (ed). *Legislation in Context: essays in legisprudence*. Hampshire / Burlington: Ashgate, 2007, p. 3-42.

_____. Rationality in Legislation - Legal Theory as Legisprudence: an introduction. In WINTGENS, Luc (ed). *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation - proceedings of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory*. Oxford-Portland: Hart Publishing, 2002, p. 1-7.

XANTHAKI, Helen. European Union Legislative Quality After the Lisbon Treaty: The Challenges of Smart Regulation. *Statute Law Review* 35(1), 2013, 66–80.

_____. Legislative drafting: a new sub-discipline of law is born. *IASL Student Law Review*, v. 1, n. 1, 2013. Disponível [on line] em <<http://sas-space.sas.ac.uk/5234/1/1706-2278-1-PB.pdf>>.

_____. The Problem of Quality in EU legislation: What on Earth is Really Wrong? *CML Review*, v. 38, 2001, 651–76.

ZAHARIADIS, N. The Multiple Streams Framework: structure, limitations, prospects. In SABATIER, Paul (ed.). *Theories of the Policy Process*. 2nd ed. Westview: Westview Press, 2007, p. 65-92.

ZAMBONI, Mauro. *The policy of law: a legal theoretical framework*. Oxford-Portland: Hart Publishing, 2007.

ANEXO