

# O Velho Espírito Estatizante Brasileiro no Período Constituinte e Pós-Constituição de 1988 e a Agenda de Reforma Regulatória

*Otávio Augusto de Oliveira Cruz Filho*<sup>1</sup>  0000-0002-4487-870X

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) - Brasília/DF

**Resumo:** O presente artigo buscou refletir sobre o anacronismo do pensamento estatizante brasileiro no período constituinte e pós-Constituição Federal de 1988 e o atual movimento de reforma regulatória. Para isso, foi feito um breve apanhado sobre a teoria da regulação econômica para, posteriormente, discorrer sobre o pensamento estatizante brasileiro no período constituinte e pós-Constituição de 1988 e apresentar considerações sobre a agenda de reforma regulatória. Verificou-se que os debates travados na Constituinte permaneciam imbuídos do velho pensamento estatizante brasileiro, o qual resultou em uma constituição anacrônica fadada a produzir efeitos deletérios na economia. Tais efeitos só foram parcialmente revertidos pelas assim chamadas “reformas liberalizantes” a partir da segunda metade da década de 1990. No entanto, a criação das agências reguladoras com vistas à regulação de mercados trouxe elementos típicos da burocracia estatal brasileira. Não obstante, o debate atual se concentra agora em uma agenda de reforma regulatória à luz dos princípios da nova governança regulatória com vistas a assegurar as opções regulatórias mais eficientes e eficazes.

**Palavras-chave:** Reforma, Regulação, Economia, Constituição, Análise de Impacto Regulatório.

<sup>1</sup>Mestre em Administração Pública pela UnB e Pós-graduando em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela FGV. É servidor do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) desde 2018, onde exerce o cargo de Chefe do Serviço de Cooperação Internacional no Cade. E-mail: otaviocruz.filho@gmail.com

## El Viejo Espíritu Estatizador Brasileño en el Período Constituyente y posterior a la Constitución de 1988 y la Agenda de Reforma Regulatoria

**Resumen:** El presente artículo buscó reflexionar sobre el anacronismo del pensamiento estatista brasileño en el período constituyente y pos Constitución Federal de 1988 y el actual movimiento de reforma regulatoria. Para eso, se realizó un breve recorrido sobre la teoría de la regulación económica para, posteriormente, discutir sobre el pensamiento estatista brasileño en el período constituyente y posterior a la Constitución de 1988 y presentar consideraciones sobre la agenda de reforma regulatoria. Se verificó que los debates realizados en la Constituyente permanecían imbuidos del viejo pensamiento estatista brasileño, que dio como resultado una constitución anacrónica destinada a producir efectos nocivos en la economía. Dichos efectos solo fueron parcialmente revertidos por las llamadas “reformas liberalizadoras” a partir de la segunda mitad de la década de 1990. Sin embargo, la creación de las agencias reguladoras con vistas a la regulación de mercados trajo elementos típicos de la burocracia estatal brasileña. El debate actual, sin embargo, ahora se concentra en una agenda de reforma regulatoria a la luz de los principios de la nueva gobernanza regulatoria con vistas a asegurar las opciones regulatorias más eficientes y eficaces.

**Palabras clave:** Reforma, Regulación, Economía, Constitución, Análisis de Impacto Regulatorio.

## The Old Brazilian Statizing Spirit in the Constituent Period and Post-Constitution of 1988 and the Regulatory Reform Agenda

**Abstract:** The present article aims to reflect on the anachronism of Brazilian statist thinking in the constituent period and after the Federal Constitution of 1988 and the current regulatory reform movement. For this, a brief overview was made of the theory of economic regulation to discuss Brazilian statist thinking in the constituent period and post-Constitution of 1988 and present considerations on the regulatory reform agenda. It was found that the debates held in the Constituent Assembly remained imbued with the old Brazilian statist thinking, which resulted in an anachronistic constitution destined to produce deleterious effects on the economy. The liberalizing reforms in the second half of the 1990s only partially reversed such effects. However, creating regulatory agencies to regulate markets brought typical elements of the Brazilian state bureaucracy. The current debate, however, now focuses on a regulatory reform agenda in light of the principles of the new regulatory governance to ensure the most efficient and effective regulatory options.

**Keywords:** Reform, Regulation, Economy, Constitution, Regulatory Impact Analysis.

## Introdução

Ainda durante o desenvolvimento do trabalho dos constituintes, o Professor Ives Gandra da Silva Martins já demonstrava, em seu texto intitulado “A Caminho do Passado” de 1988, sua preocupação com a “absoluta falta de sintonia entre os parlamentares, que produz[iam] a nova Carta, e a realidade econômica do Brasil e do Mundo”. Para ele, enquanto todos os países do mundo, fossem eles capitalistas ou socialistas, vislumbravam uma abertura para o liberalismo econômico, o Brasil retornava às já superadas discussões sobre o papel do Estado na economia travadas pela Europa no pós-Segunda Guerra Mundial (MARTINS, 1988).

Tal fato é evidenciado pelo professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto ao realizar uma comparação entre a Constituição de 1967, em conjunto com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, e a Constituição Federal de 1988. Enquanto aquelas previam 14 modalidades de intervenção estatal, esta já demonstrava sua hipertrofia estatal com 41 institutos intervencionistas, subdivididos em quatro categorias: (i) 28 intervenções regulatórias, (ii) uma intervenção concorrencial, (iii) cinco intervenções sancionatórias e (iv) sete monopolísticas (CAMPOS, 2018).

Ainda que, já a partir da segunda metade do século XX, movimentos de revisão da intervenção estatal na economia se expandissem mundo afora; no Brasil, a Constituição Federal de 1988 aumentava o controle do Estado sobre o setor produtivo sujeitando-os às intempéries da capacidade estatal. Inseria-se na nova carta constitucional, portanto, uma substituição das chamadas “falhas de mercado” por “falhas de governo”.

Foi em um contexto de tentativa de transição de um modelo de maior intervenção estatal na economia para um novo modelo de Estado regulador durante a reforma do Estado conduzida pelo governo Fernando Henrique Cardoso que as agências reguladoras foram criadas e atribuiu-se a elas a competência para “corrigir falhas de mercado”, dentre as quais se destacam o monopólio, as externalidades e os bens públicos.

Tal decisão, posteriormente, demandaria esforços da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) quando a temática da regulação eficiente passou a dar o tom dos debates. Assim, visando a busca por uma melhor regulação, era fundamental que os governos se atentassem para os altos custos que uma regulação desnecessária ou malfeita pode gerar à iniciativa privada e à sociedade por meio de instrumentos como a Análise de Impacto Regulatório (OLIVEIRA, 2022).

Em função disso, o presente artigo tem como objetivo refletir, a partir da revisão de literatura, sobre o anacronismo do pensamento estatizante brasileiro no período constituinte e pós-Constituição Federal de 1988 e o atual movimento de reforma regulatória que busca recuperar um atraso de algumas décadas em relação a outras jurisdições.

Para alcançar esse objetivo, procurou-se (i) tecer breves considerações sobre a teoria da regulação econômica, (ii) discorrer sobre o pensamento estatizante brasileiro no período constituinte e pós-Constituição de 1988 e (iii) apresentar a agenda de reforma regulatória, em especial, o instrumento de Análise de Impacto Regulatório (AIR).

Desenvolveu-se, para isso, uma pesquisa bibliográfica e teórica, na qual se buscou trazer uma revisão de literatura fundamentada em livros e artigos científicos publicados em periódicos nacionais e internacionais, bem como na jurisprudência, doutrina e legislação sobre o tema, abordando ainda critérios históricos.

Nesse sentido, após esta introdução, o presente trabalho tece a seguir considerações sobre a teoria econômica da regulação para, posteriormente, discorrer sobre o pensamento estatizante brasileiro no período constituinte e pós-CF/88. Por fim, apresentam-se algumas considerações sobre a agenda de reforma regulatória e as considerações finais do artigo.

## A Teoria da Regulação Econômica

Inicialmente, há de se mencionar que a regulação é apenas uma das várias ferramentas que o Estado tem à sua disposição para intervir na economia. Como regra, pelo menos duas outras ferramentas podem ser mencionadas: antitruste e intervenção direta na economia por meio de empresas estatais.

A regulação, portanto, pode ser considerada um conjunto de técnicas administrativas de uma interferência do Estado na economia. Logo, a regulação é justificada com vistas a se atingir o padrão de bem-estar social desejável devido a existência de falhas de mercado, isto é, situações em que o próprio mercado não tem capacidade para se autorregular, gerando problemas alocativos e distributivos (DAYCHOUM; SAMPAIO, 2017).

Assim, ao escolher dentre diferentes técnicas de regulação, o Estado gera efeitos sobre a economia com vistas a alcançar os objetivos almejados. No entanto, escolha de tais técnicas é feita pelo Estado por ser esse um agente monopolista e com poder de coerção e não pelos agentes no mercado. Por essa razão, a regulação se constitui como uma forma de intervenção (externa) sobre a dinâmica (interna) de funcionamento da economia (MATTOS, 2006).

Nesse sentido, o início da década de setenta, o prêmio Nobel de Economia George Stigler desenvolveu, em seu trabalho seminal sobre regulação, a teoria da regulação econômica depois de trabalhos empíricos que demonstravam a ausência dos efeitos que deveriam advir da regulação. Assim, a tarefa principal da teoria da regulação econômica é explicar (i) quem receberá os benefícios ou encargos da regulação, (ii) de que forma a regulação acontecerá e (iii) os efeitos da regulação sobre a alocação de recursos (STIGLER, 1971).

Para Stigler (1971), fundamentado na teoria de ação coletiva de Mancur Olson, a regulação, geralmente, é estabelecida de forma a beneficiar os grupos de interesse mais bem organizados, já que grupos com menores custos para se organizar teriam maior probabilidade de sucesso de influência no processo regulatório. Logo, grupos menores e mais homogêneos, como a indústria, tenderiam a influenciar a regulação em detrimento a grupos maiores e mais difusos, como consumidores.

A tese formulada por Stigler é de que, em regra, a indústria apodera-se da regulação e a opera principalmente para seu benefício. De acordo com o autor, em geral, a regulação é requerida justamente por setores industriais regulados com o objetivo de conferir barreiras à entrada de novos competidores nesses mercados (STIGLER, 1971).

Sua interpretação, no entanto, é frequentemente confundida com a “Teoria da Captura” de Gary Becker<sup>2</sup>. Segundo Becker (1976), a influência no processo regulatório exercida por determinado grupo dependeria da pressão exercida sobre o regulador/legislador comparativamente aos demais grupos existentes na sociedade.

O autor examina o problema à luz de como políticos e burocratas determinam a agenda regulatória considerando a competição entre grupos de interesse presentes na sociedade. Logo, o que importa para determinar a influência no processo regulatório não é só o que o grupo de interesse tem a oferecer, mas a pressão que ele exerce sobre o legislador/regulador (BECKER, 1976).

As teses de Becker (1976) e Stigler (1971) foram inovadoras ao contradizerem as duas ideias até então difundidas (i) de que a regulação pretende alcançar objetivos públicos e (ii) de que o processo político não pode ser racionalmente explicado.

O primeiro ponto é contestado na medida em que as pessoas procuram promover seus próprios interesses de modo racional. Portanto, as empresas exerceriam pressão sobre o legislador/regulador com vistas a garantir determinados benefícios advindos da regulação, como (i) obtenção de subsídios; (ii) criação de barreiras à entrada de novos competidores no setor; (iii) fixação de preços e (iv) regulação a favor de produtos complementares e em detrimento de produtos substitutos. Já a segunda ideia é refutada dado que haveria uma espécie de mercado político em que os sistemas políticos são influenciados pelos grupos de interesse e próprios responsáveis pela regulação com vistas à produção de uma regulação que lhes beneficiem (STIGLER, 1971).

Corroborando com esse pensamento, a teoria da escolha pública (*Public Choice Theory*) entende que a regulação é reivindicada por aqueles que têm interesse em seus resultados. Assim, de acordo Peltzman (1976), a regulação econômica apresenta-se como um bem econômico transacionado no mercado político e, como qualquer outro mercado, existe um mercado com oferta e demanda: constituintes do lado da demanda e seus representantes políticos do lado da oferta.

Logo, como a regulação implica necessariamente “transferência de bem-estar”, ela gera custos para alguns grupos e benefícios para outros. A distribuição do bem regulação se dá, portanto, àqueles grupos cujas demandas são maiores (PELTZMAN, 1976).

Verifica-se, portanto, que o exercício do processo regulatório na sua função principal de corrigir falhas de mercado como justificativa para a intervenção estatal na economia não está incólume às intempéries políticas ou mesmo desprovido de pessoalidade, dado que são tomadas por seres humanos, igualmente motivados por ponderações de custo e benefício. Nesse sentido, a eventual substituição de falhas de mercado por falhas de governo pode levar, ao fim e ao cabo, a um prejuízo irreversível à economia devido a uma intervenção equivocada e enviesada (OLIVEIRA, 2021a).

<sup>2</sup> No entendimento de Viscusi, Harrington e Venon (2005), a “Teoria da Captura” não constitui uma teoria *per se*, mas sim uma hipótese que expressa regularidades empíricas. Uma regularidade empírica é a ocorrência repetida de um fato, mas que não tem generalidade suficiente para explicar teoricamente o evento da regulação (DAYCHOUM; SAMPAIO, 2017).

Levando em consideração esses aspectos, passa-se agora à análise do pensamento regulatória do Estado brasileiro no período constituinte e pós-Constituição de 1988.

### **O pensamento intervencionista brasileiro nos períodos constituinte e pós-constituição de 1988**

Ainda que a discussão das ideias liberais no Brasil tenha exercido forte influência nas Cartas de 1824 e 1891 mesmo com o mercado brasileiro incipiente à época; à exceção da instituição do Banco Central do Brasil em 1964, não é possível se identificar uma intenção deliberada de se instituir um modelo regulador de Estado até a Constituição Federal de 1988 (OLIVEIRA, 2021b).

Durante as décadas de 1930 a 1980, o processo de industrialização brasileiro esteve marcadamente centralizado no Estado por meio do desenvolvimento econômico baseado na criação de inúmeras empresas estatais e, principalmente, por meio da articulação entre capital estatal e capital privado. Assim, mesmo o setor produtivo privado passou a se desenvolver estreitamente enlaçado com investimentos estatais (MATTOS, 2006).

Embora se esperasse uma alteração desse cenário com o fim do período militar e o início dos trabalhos para a confecção de uma nova constituição, dita social-liberal, os debates para a Constituição de 1988 já demonstravam um total anacronismo dos constituintes com o contexto econômico mundial da época.

Enquanto todos os países procuravam atrair investimentos internacionais, estimular poupanças e incentivar trabalho, a nova Constituição caminhava na direção oposta. Embora tenha sido discutida e aprovada numa fase de derrocada do socialismo, a nova carta política permaneceu imbuída do velho espírito estatizante brasileiro (CAMPOS, 2018).

De acordo com Martins (1988), viu-se claramente a eficiência do setor privado que gera riquezas, empregos e desenvolvimento sendo substituída pela ineficiência de governantes e legisladores que aceleram a crise de desperdícios, de inflação e de privilégios à custa dos tributos pagos pelo cidadão. Esqueceram-se, portanto, das importantes lições de Mises (2009) sobre o papel do empreendedor na descoberta de novos caminhos que move a economia. Segundo o autor, o empreendedor é justamente quem assume os riscos e os custos desse processo de identificação de novas oportunidades.

Tal desvirtuamento estava fadado a causar efeitos deletérios na economia, uma vez que, como aponta Hayek (2017) em seu livro “Erros Fatais do Socialismo”, a melhor forma de potencializar a organização da economia é por meio da liberdade de ação do empreendedor.

Conforme leciona Campos (2018), a preservação da liberdade política e a consecução da eficiência econômica devem passar necessariamente pelo programa dos três “Ds”: (i) descentralização, em favor dos estados e municípios; (ii) desregulamentação, para aumentar a concorrência; e (iii) desestatização, em favor da iniciativa privada.

Todos esses, no entanto, foram categoricamente ignorados.

O que se viu com a promulgação da Constituição de 1988 foi, primeiramente, a formulação de um novo conceito federativo que não tem como objetivo a descentralização administrativa, financeira e política em favor dos estados e municípios, mas tão somente conferir poder

a esses entes federados. Ademais, a ideia original de tornar o Município ente da Federação reduziu ainda mais a autonomia dos estados (MARTINS, 1988).

Além disso, ao invés de primar pela desregulamentação com vistas a aumentar a concorrência, houve uma hipertrofia estatal com suas 41 modalidades de intervenção estatal, subdivididos em quatro categorias: (i) 28 intervenções regulatórias, (ii) uma intervenção concorrencial, (iii) cinco intervenções sancionatórias e (iv) sete monopolísticas (CAMPOS, 2018).

Assim, mesmo com o estatismo característico países europeus no pós-Segunda Guerra Mundial já em reversão, a desestatização deu espaço para a permanência do pensamento estatizante dos constituintes por meio do aumento da ineficiência empresarial do Estado e do monopólio. Aqui convém mencionar, por exemplo, a competência da União em manter serviço postal e o correio aéreo nacional e o monopólio estatal de telecomunicações (CAMPOS, 2018).

O principal disciplinador da Ordem Econômica e Financeira na Constituição de 1988, o Título VII, é inaugurado pelo art. 170, o qual inaugura consagra a livre iniciativa (de raiz liberal) atrelada à valorização do trabalho humano (de raiz social) aparece como pilar da Ordem Econômica Constitucional demonstrando claramente uma vertente social-liberal pretendida pelo Poder Constituinte Originário de 1988 (NUSDEO, 2015).

O princípio da livre iniciativa, segundo Grau (2010), remonta ao Édito de Turgot, de 9 de fevereiro de 1776, o qual determinava que, a partir de 1º de abril daquele ano, os indivíduos seriam livres para realizar qualquer negócio ou exercer qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse. Contudo, era obrigatório 'patente' (imposto direto), respectivas taxas e se sujeitar aos regulamentos aplicáveis. A livre iniciativa refere-se, portanto, à plenitude da liberdade por meio do acesso e exercício de atividades econômicas pelos indivíduos, como garantia de sua liberdade econômica.

Tal fundamento, no entanto, encontra-se atrelado à valorização do trabalho humano no *caput* do art. 170, e, de mesmo modo, ao valor social do trabalho, presente nos fundamentos da República Federativa do Brasil no art. 3, IV, da Carta Magna. Entende-se, assim, que tal fundamento se refere ao emprego pleno de todos os recursos e fatores de produção, a saber, capital, matéria-prima e trabalho, o que tem reflexos em relação ao direito social ao trabalho, disposto no art. 6º, *caput*, da Carta Magna (GRAU, 2010).

O constituinte originário de 1988, em consonância com os pensamentos socialista já em declínio à época, inseriu uma clara limitação à livre iniciativa econômica, uma vez que torna inconstitucional a implementação de qualquer política pública que cause retração na oferta de emprego, mesmo que isso gere eficiência econômica (BRASIL, 2020a).

O Título VI ainda prevê a intervenção estatal, em todas suas modalidades. O art. 173 permite ao Estado, de forma direta e excepcional, explorar a atividade econômica por meio de empresas estatais quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo da segurança nacional, conforme definidos em lei. O art. 174, por sua vez, outorga ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica de forma indireta, a atuação sob forma de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este último apenas indicativo para o setor privado (OLIVEIRA, 2021a).

Assim, embora sua intervenção no âmbito econômico devesse ser pautada pelo tripé da (i) subsidiariedade, (ii) intervenção mínima e (iii) excepcionalidade, o pleno desenvolvimento da iniciativa privada no país com vistas à inserção da economia nacional no contexto mundial só fora parcialmente revertida pelas assim chamadas “reformas liberalizantes” do primeiro mandato do governo Fernando Henrique Cardoso a partir da segunda metade da década de 1990. Somente com essas reformas e a consequente incorporação de um modelo de “Estado Regulador”, de fato subsidiário, que se buscou, ainda que de maneira incipiente, conferir ao agente privado o devido protagonismo na condução da atividade econômica (OLIVEIRA, 2021a).

Essas “reformas liberalizantes” representaram um processo inicial de tentativa de reorientação do papel do Estado por meio de privatizações de empresas estatais, terceirização de funções administrativas do Estado e criação de agências reguladoras independentes com o objetivo de proporcionar a abertura comercial e produtiva ao mercado externo e a livre circulação do capital financeiro. Dessa maneira, o Estado deixaria de coordenar a economia e passaria a regular os mercados.

O termo “reformas liberalizantes”, no entanto, sofre de uma imprecisão conceitual. De acordo com Oliveira (2021b), a simples entrega da disciplina da atividade econômica a um ente integrante da Administração Pública indireta representa apenas outra forma de intervenção estatal e não necessariamente em um movimento de liberalização. Um movimento de maior liberdade econômica só poderia ser vinculado à instituição das agências reguladoras se outros elementos fossem agregados a ele. Nesse sentido, esse processo de reorientação do papel do Estado representou uma clara tentativa de descentralização do poder de intervenção estatal na economia. No entanto, o que se deu foi a criação de uma burocracia estatal com vistas à regulação de mercados segundo técnicas administrativas de defesa da concorrência e correção de “falhas de mercado”, em substituição a políticas de planejamento econômico marcou uma redefinição dos canais de circulação de poder político (MATTOS, 2006).

Ademais, a guinada para um modelo de intervenção estatal na economia por meio de agências reguladoras foi recebida com desconfiança tanto pelos agentes políticos como pelos agentes do mercado no Brasil, já cientes das peculiaridades impostas pela complexidade brasileira. As críticas associadas a intenção de se estabelecer um Estado Neoliberal brasileiro mais uma vez ignoram a urgência de revisão da atuação do Estado no ambiente econômico, principalmente em vista da crise econômica instalada (OLIVEIRA, 2021b).

De acordo com Jacobs (2007), a transição de um “Estado Interventor” para um “Estado Regulador” tem como consequência inicial muitas instituições altamente descentralizadas as quais podem ser facilmente capturadas, falta de transparência e rotinas baseadas no comportamento do setor público. Ademais, conforme defende a professora Amanda Flávio de Oliveira (2021a) em seu artigo O Mito do Regulador Infalível, a criação e consolidação da função regulatória do Estado se deu de forma descolada da realidade e da sociedade, uma vez que o pensamento dos potenciais reguladores era de se poder alterar o mercado para melhor. O resultado só poderia ser desastroso: “uma regulação ineficiente, crescente, cara e o inevitável desestímulo ao investimento e à inovação no país.” (OLIVEIRA, 2021a, p. 15).



Como já ensinava Milton Friedman em *Capitalismo e Liberdade*, a esperança de mudança com a transição de um Estado marcadamente intervencionista para um modelo regulatório com a criação de agências reguladoras não surtiu os efeitos desejados:

[...] a convicção de que a necessidade de adaptação a circunstâncias imprevistas e imprevisíveis requer o estabelecimento de poderes amplos para um grupo de técnicos, reunidos num banco central “independente” ou em outra qualquer organização burocrática. Nenhum destes pontos de vista mostrou ser solução satisfatória no passado, e é bem provável que isso não venha a acontecer no futuro. (FRIEDMAN, 2014, p. 46)

Verifica-se, assim, que o “Estado Regulador” brasileiro não teve, portanto, como seu fundamento a representação de interesses da sociedade civil, mas sim uma acomodação dos interesses da administração tradicional, clientelista, nos seus vários níveis de organização de poder (MATOS, 2006). Tal fato encontra consonância no pensamento de Raymundo Faoro (2012) em *Os Donos do Poder*, uma vez que, segundo o autor, esse estamento burocrático já nasceu carregado de feições autoritárias e patrimonialistas.

Becker (1976), Peltzman (1976) e Stigler (1971), em suas considerações sobre a regulação econômica, já demonstraram que a regulação não está resguardada de sofrer interferências externas exercida sobre o regulador/legislador por grupos existentes na sociedade ou mesmo é isenta de atuar em pressão políticas por seus próprios interesses.

Ainda que se tenha alcançado avanços em termos de acesso ao consumo de bens e serviços, o descolamento do pensamento intervencionista com a realidade econômica brasileira e o afastamento de seus fundamentos com os interesses da sociedade civil revelaram a necessidade não apenas pela limitação do papel do Estado, mas também da redefinição de suas capacidades (OLIVEIRA, 2021b).

Devido à complexidade do sistema regulatório brasileiro, iniciou-se uma agenda de reforma regulatória fundamentada na desregulamentação, simplificação de processos e melhoria da qualidade das regulações produzidas.

## A Agenda de Reforma Regulatória

Após mais de 25 anos do início do processo de um “Estado Regulador”, os resultados almejados ainda estão longe de serem concretizados com vistas ao país alcançar um desenvolvimento econômico no patamar dos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a qual o Brasil tenta sua acessão. Em razão disso, a discussão concentra-se agora em uma reforma regulatória por meio do estímulo a instrumentos como a Análise de Impacto Regulatório (AIR).

A edição da Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019) (BRASIL, 2019a), alterou o processo decisório das agências e tornou obrigatória a AIR para as autarquias especiais, que já utilizavam a ferramenta. Ademais, com a conversão da Medida Provisória nº 881, de 2019, na Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, também de 2019) (BRASIL, 2019b) e, mais recentemente, a edição do Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020

(BRASIL, 2020b), a obrigatoriedade de AIR foi estendida para toda a Administração Pública Federal. Tais movimentos normativos colocaram o Brasil em alinhamento com as boas práticas internacionais recomendadas pela OCDE e por outros organismos internacionais.

A Recomendação sobre a Melhoria da Qualidade da Regulação do Governo e o Relatório sobre Reforma Regulatória da (OCDE), ambos da década de 1990, já enfatizavam a necessidade de os governos incorporarem a AIR no desenvolvimento, revisão e reforma de regulações e sua de assegurar as opções regulatórias mais eficientes e eficazes (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 1997; 2022).

A AIR é comumente entendida um instrumento formal indutor da qualidade regulatória com vistas a maximizar o benefício líquido da intervenção governamental. Isto é, uma ferramenta de melhoria regulatória que tem como objetivo avaliar os possíveis efeitos de uma regulação ou política pública, proporcionando que a tomada de decisões seja fundamentada e transparente (BRASIL, 2018).

A análise dos efeitos de uma regulação ainda encontra aderência com o artigo 4º da Lei de Liberdade Econômica, que impõe à Administração Pública a observância de se evitar o abuso do poder regulatório por meio da (i) a criação de reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrente; (ii) a redação de enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado; (iii) a exigência de especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado, entre outras (OLIVEIRA, 2021b).

Além da sequência de alterações normativas, a implementação da AIR se acentuou por meio da publicação de Guias por parte da Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE), como o Guia para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR) e a institucionalização da AIR pelas agências reguladoras.

Ainda que o movimento de reforma regulatória tenha chegado ao Brasil com atraso de algumas décadas em relação a outras jurisdições, o aceno para uma nova governança regulatória por parte da Administração Pública brasileira demonstra tentativa de encontrar novas soluções regulatórias capazes de superar as deficiências do tradicional pensamento intervencionista estatal do velho espírito estatizante brasileiro (OLIVEIRA, 2021b).

## Considerações Finais

O presente trabalho buscou refletir, a partir da revisão de literatura, sobre o anacronismo do pensamento estatizante brasileiro no período constituinte e pós-Constituição Federal de 1988 e o atual movimento de reforma regulatória que busca recuperar um atraso de algumas décadas em relação a outras jurisdições. Para isso, foi feito um breve apanhado sobre a teoria da regulação econômica para, posteriormente, discorrer sobre o pensamento estatizante brasileiro no período constituinte e pós-Constituição de 1988 e apresentar considerações sobre a agenda de reforma regulatória.

Tendo em vista os argumentos expendidos, verificou-se que, enquanto todos os países do mundo, vislumbravam uma abertura para o liberalismo econômico, os debates travados

na Constituinte permaneciam imbuídos do velho pensamento estatizante brasileiro. Viu-se, portanto, a eficiência do empreendedor ser substituída pela ineficiência do governo, em uma clara escolha de uma substituição das chamadas “falhas de mercado” por “falhas de governo”, por meio de uma hipertrofia da intervenção estatal no texto da Constituição de 1988. Logo, a opção por uma maior intervenção na economia por parte do Estado brasileiro estava fadada a causar efeitos deletérios na economia, uma vez que a melhor forma de potencializar a organização da economia é por meio da liberdade de ação do empreendedor. O resultado foi uma constituição anacrônica e fadada a produzir efeitos deletérios na economia.

Foi somente com as assim chamadas “reformas liberalizantes” promovidas durante o governo Fernando Henrique Cardoso a partir da segunda metade da década de 1990 que se buscou conferir ao agente privado o devido protagonismo na condução da atividade econômica por meio da tentativa de incorporação de um modelo de “Estado Regulador”. Contudo, verificou-se a necessidade não apenas da limitação do papel do Estado, mas também da redefinição de suas capacidades.

Nesse sentido, a criação das agências reguladoras com vistas à regulação de mercados trouxe elementos típicos da burocracia estatal brasileira, quais sejam, distanciamento dos interesses da sociedade civil e a acomodação dos interesses da administração tradicional e clientelista. Conforme demonstrado pelos estudos em Teoria da Regulação Econômica desenvolvidos por Becker (1976), Peltzman (1976) e Stigler (1971), a intervenção do Estado na economia não está resguardada de sofrer interferências externas exercida sobre o regulador/legislador por grupos existentes na sociedade ou mesmo de atuar em pressão políticas por seus próprios interesses.

O debate atual quanto à intervenção econômica estatal, portanto, concentra-se agora em uma agenda de reforma regulatória fundamentada na desregulamentação, simplificação de processos e melhoria da qualidade das regulações produzidas à luz dos princípios da nova governança regulatória. Nesse contexto, a emergência da AIR em consonância com as boas práticas internacionais recomendadas pela OCDE e por outros organismos internacionais visa a melhoria da qualidade no sistema regulatório brasileiro.

Nesse sentido, o movimento de reforma regulatória por meio, principalmente, da implementação da AIR visa a alcançar uma nova governança regulatória por parte da Administração Pública brasileira que procura assegurar as opções regulatórias mais eficientes e eficazes baseada em uma tomada de decisões fundamentada e transparente.

Os resultados de tal guinada no processo de tomada de decisão regulatória ainda o estágio se encontra em estado inicial, dado que se refere a projeto de médio ou longo prazo por permear diversos obstáculos devido à complexidade regulatória brasileira. No entanto, é demasiado cedo para qualquer inferência desse sobre sua eficácia. O que se pode inferir, no entanto, é que, mesmo com um atraso de algumas décadas em relação a outras jurisdições, o Brasil caminha para um novo rumo de liberdade econômica.

## Referências

BECKER, Gary. Toward a more general theory of regulation. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 19, n. 2, p. 245-248, 1976. <https://doi.org/10.1086/466867>

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020a]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 10 maio 2022.

BRASIL. Casa Civil. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório - AIR**. Brasília, DF: Casa Civil, 2018. Disponível em: [https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo\\_final\\_27-09-2018.pdf/view](https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view) Acesso em: 10 maio 2022.

BRASIL. Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, ano 158, n. 124, p. 35, 1 jul. 2020b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm) Acesso em: 10 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, ano 157, n. 121, p. 1, 26 jun. 2019a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm) Acesso em: 10 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: seção 1-extra, Brasília, DF, ano 157, n. 183-B, p. 1, 20 set. 2019b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm) Acesso em: 10 maio 2022.

CAMPOS, Roberto. **A constituição contra o Brasil**: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988. São Paulo: Mises Brasil, 2018.

DAYCHOUM, Mariam Tchepurnaya; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência no setor ferroviário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/handle/10438/18394> Acesso em: 15 maio 2022.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HAYEK, Friedrich August von. **Os erros fatais do socialismo**: porque a teoria não funciona na prática. Barueri: Faro Editorial, 2017.

JACOBS, Colin. The evolution and development of regulatory impact assessment in the UK. In: KIRKPATRICK, Colin; PARKER, David (ed.). **Regulatory impact assessment**: towards better regulation? Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2007. p. 106-131. <https://doi.org/10.4337/9781847208774.00012>

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A caminho do passado. **O Globo**, Rio de Janeiro, p. 4, 13 maio 1988. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/107986/1988\\_11%20a%2015%20de%20Maio\\_%200085.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/107986/1988_11%20a%2015%20de%20Maio_%200085.pdf?sequence=3&isAllowed=y) Acesso em: 10 maio 2022.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do estado regulador. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 76, p. 139-156, 2006. <https://doi.org/10.1590/S0101-33002006000300007>

MISES, Ludwig von. **As seis lições**. 7. ed. São Paulo: Mises Brasil, 2009. Disponível em: <https://d3ptueit7w3f7j.cloudfront.net/Livros/As+Seis+Li%C3%A7%C3%B5es+MISES.pdf> Acesso em: 10 maio 2022.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. O mito do regulador infalível. *In*: WEBADVOCACY. **Colunas da WebAdvocacy**: opiniões qualificadas. Brasília, DF: WebAdvocacy, 2021a. p. 13-16. Disponível em: [https://webadvocacy.com.br/wp-content/uploads/2021/06/Colunas-da-WebAdvocacy-Vol-II-\\_final.pdf](https://webadvocacy.com.br/wp-content/uploads/2021/06/Colunas-da-WebAdvocacy-Vol-II-_final.pdf) Acesso em: 10 maio 2022.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. 25 anos de regulação no Brasil. *In*: MATTOS, César (org.). **A revolução regulatória na nova lei das agências**. São Paulo: Editora Singular, 2021b, p. 528-554.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Regulação no Brasil**: política de Estado e de governo. Brasília, DF: Jota, 2022. Disponível em: [https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/regulacao-no-brasil-politica-de-estado-e-de-governo-10022022#\\_ftn5](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/regulacao-no-brasil-politica-de-estado-e-de-governo-10022022#_ftn5) Acesso em: 10 maio 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Recommendation of the council on improving the quality of government regulation**. Paris: OECD, 2022. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/128/128.en.pdf> Acesso em: 15 maio 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **The OECD report on regulatory reform synthesis**. Paris: OECD, 1997. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf> Acesso em: 15 maio 2022.

PELTZMAN, Sam. **Toward a more general theory of regulation**. Working paper n. 133/1976. Stanford: National Bureau of Economic Research, 1976. <https://doi.org/10.3386/w0133>

STIGLER, George Joseph. The theory of economic regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, Hoboken, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971. <https://doi.org/10.2307/3003160>

RECEBIDO: 05 JUL 2022

APROVADO: 15 AGO 2022

PUBLICADO: 20 JAN 2023