

Título do capítulo	RISCO REGULATÓRIO E EFEITOS SOBRE INVESTIMENTOS: UMA AGENDA DE MELHORIA REGULATÓRIA E DE FORTALECIMENTO DA GOVERNANÇA INSTITUCIONAL
Autores (as)	Alketa Peci Carlos Ragazzo Gabriel Godofredo Fiuza de Bragança Katia Rocha
DOI	-

Título do livro	Desafios da Nação: artigos de apoio
Organizadores (as)	João Alberto De Negri Bruno César Araújo Ricardo Bacelette
Volume	2
Série	-
Cidade	Brasília
Editora	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)
Ano	2018
Edição	-
ISBN	978-85-7811-322-3
DOI	-

© Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea 2018

As publicações do Ipea estão disponíveis para *download* gratuito nos formatos PDF (todas) e EPUB (livros e periódicos). Acesse: <https://www.ipea.gov.br/portal/coluna-5/central-de-conteudo/busca-publicacoes>

As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade dos autores, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada ou do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados nele contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

RISCO REGULATÓRIO E EFEITOS SOBRE INVESTIMENTOS: UMA AGENDA DE MELHORIA REGULATÓRIA E DE FORTALECIMENTO DA GOVERNANÇA INSTITUCIONAL

Alketa Peci¹
Carlos Ragazzo²
Gabriel Godofredo Fiuza de Bragança³
Katia Rocha⁴

1 INTRODUÇÃO

O Brasil possui atualmente um alto risco regulatório, mesmo quando comparado com outros países emergentes. Esta característica aumenta o custo de capital dos projetos conduzidos no país e reduz os investimentos com participação privada, em especial na área de infraestrutura.

Aprimoramentos institucionais que promovam melhorias regulatórias e na governança do país têm o potencial de reduzir tal risco e contribuir de maneira decisiva para o incremento de renda da população, via um maior crescimento econômico de longo prazo.

Nos últimos anos, várias medidas foram propostas para aprimorar a qualidade regulatória brasileira e estimular a atração de investimento privado. Em particular, a discussão sobre o assunto ganhou corpo e concretude com a aprovação da Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), a aceleração da tramitação do Projeto de Lei (PL) das agências reguladoras (Projeto de Lei do Senado – PLS nº 52/2013) e as propostas relativas ao aprimoramento dos contratos de concessão (Medida Provisória – MP nº 752/2016). Pretendemos, aqui, discutir o possível impacto destas medidas e sugerir outras que busquem melhorar a qualidade das decisões regulatórias, impactando, positivamente, a governança.

Este capítulo tem dois objetivos primordiais. O primeiro corresponde a definir e quantificar a relevância do risco regulatório na redução do prêmio de risco de projetos de infraestrutura e, conseqüentemente, na atração de investimento para o país. Para isso, será avaliado o impacto de diferentes variáveis de governança institucional

1. Professora da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

2. Professor da FGV Direito Rio.

3. Técnico de planejamento e pesquisa na Diretoria de Estudos e Políticas Macroeconômicas (Dimac) do Ipea.

4. Técnica de planejamento e pesquisa na Dimac do Ipea.

no custo de capital de empresas brasileiras. Por variáveis de governança, entendemos variáveis que procuram capturar o efeito da qualidade regulatória, ambiente de negócios, instabilidade política e qualidade do arcabouço jurídico. Esta primeira etapa é fundamental para expor a ordem de grandeza do problema. No entanto, apesar de importantes, variáveis de governança envolvem um número muito grande e disperso de indicadores e contêm um nível muito agregado de informação.

A proposição de medidas que contribuam para a redução do risco regulatório constitui o segundo aspecto central do capítulo. Os fatores que influenciam o risco regulatório são complexos, mas é possível diferenciá-los em dois grupos: os relacionados ao contexto político-institucional e os relacionados à natureza técnica do processo de elaboração e implementação de políticas públicas, inclusive as de cunho regulatório. De fato, boa parte das decisões regulatórias se insere num quadro maior, caracterizado por uma multiplicidade de partes relacionadas (*stakeholders*), entre as quais podemos incluir representantes dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), além de grupos de interesse e organizações da sociedade civil organizada. Como é de se esperar, fatores como independência do Judiciário, estabilidade política, confiabilidade das instituições, qualidade dos órgãos de controle, cultura de *accountability*, composição dos cargos de confiança ou estabilidade dos servidores públicos são apenas algumas das dimensões do contexto de imersão político-institucional que podem influenciar, de forma direta ou indireta, a atuação das agências reguladoras, empresas estatais ou bancos públicos, impactando positiva ou negativamente a percepção do risco regulatório.

Partimos do diagnóstico de que boa parte dos eventos que desencadearam uma percepção negativa do risco regulatório no Brasil, ao longo dos últimos anos, originou-se do contexto político-institucional mais amplo (a exemplo da MP nº 579, de 2012, posteriormente transformada na Lei nº 12.783/2013). Por esta razão, para manter um foco mais direto na redução de incerteza regulatória em grandes investimentos de infraestrutura, serão priorizados um conjunto de estratégias de melhoria regulatória (*better regulation*) e medidas transversais de melhoria da governança. Todas estas estratégias buscam aprimorar critérios técnicos de tomada de decisão regulatória em detrimento de intervenções políticas, buscando aprimorar os processos decisórios não apenas em agências reguladoras, mas em outros órgãos-chave para a boa governança regulatória, como órgãos de coordenação regulatória. As medidas privilegiam a adoção de critérios mais técnicos e racionais de tomada de decisão, assim como a melhoria de processos de decisão regulatória que buscam diminuir o risco de captura política, melhorando, a longo prazo, os indicadores de governança regulatória.

Além desta introdução e das considerações finais, o capítulo apresenta as seguintes partes: a seção 2 define e explica o que é risco regulatório e discute os principais resultados existentes relacionados ao impacto do aprimoramento institucional sobre o custo de capital e a atração de investimentos privados; a seção 3 avalia os principais

diagnósticos e iniciativas recentes; e a seção 4 propõe diretrizes, tanto no âmbito da governança regulatória quanto na esfera de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, que devem ser perseguidas para a redução do risco regulatório no médio e no longo prazos.

2 PANORAMA REGULATÓRIO E IMPACTO DE MELHORIAS INSTITUCIONAIS

O risco regulatório pode ser dividido em duas categorias, uma associada ao risco relacionado a intervenções em setores regulados e a outra atrelada ao risco “institucional”.⁵ Isto é, a primeira associa o risco regulatório ao nível de imprevisibilidade das ações do Estado sobre os setores regulados. Em particular, avalia como intervenções políticas e regulatórias abruptas afetam o risco de setores regulados. A segunda procura analisar o risco decorrente das diferentes qualidades de governança existentes em cada país, aqui entendida segundo os critérios do Banco Mundial.⁶

Uma referência recente bastante discutida de intervenção regulatória é a MP nº 579, de 2012 (posteriormente transformada na Lei nº 12.783/2013). A Lei nº 12.783/2013 surpreendeu o mercado ao estipular regras duras para a prorrogação/renovação de contratos de concessão no setor elétrico, com o objetivo manifesto pelo governo de promover uma redução tarifária, sem transparência ou discussão prévia. O impacto foi de tal ordem que grande parte das empresas do setor teve reduções substanciais em seu valor de mercado. Por exemplo, a Eletrobras e a Centrais Elétricas de Minas Gerais (Cemig) perderam cerca de 50% de seu valor em um período de um ano.

Conforme aponta nota técnica do Ministério da Fazenda (Brasil, 2016), o mesmo problema pode acontecer no setor de telecomunicações. Segundo o estudo, existe atualmente significativa insegurança jurídica a respeito da identificação e do valor dos bens reversíveis em função da convergência tecnológica presente no setor (utiliza-se a mesma infraestrutura para diversos serviços). Isto é, os serviços de telefonia fixa, móvel e banda larga podem trafegar pela mesma via, mas apenas a telefonia fixa (bens reversíveis) está num regime de concessão, enquanto a telefonia móvel e a banda larga estão sob o regime de autorização (bens não reversíveis).

5. Para detalhes e revisão da literatura, ver Bragança (2015). No que concerne à qualidade institucional brasileira referente ao âmbito do arcabouço jurídico, convém chamar a atenção de que existe um controle jurisdicional constante sobre a atuação de agentes estatais advindos dos demais poderes da República. De modo que, na prática forense, o juiz, quando do exame de matéria regulatória contida em processo judicial, pode acabar revestindo o processo de contornos próprios e ensejar discussões que debatem questões sensíveis de política regulatória, como a validade de edital de licitação, a efetividade da regulação, a competência normativa, fiscalizatória e/ou sancionatória da agência reguladora, entre outros. Quanto maior a incerteza jurídica decorrente da imprevisibilidade da decisão judicial sobre atos regulatórios que afetam a decisão de investimentos, maior o risco regulatório.

6. De acordo com a definição presente no projeto Worldwide Governance Indicators (WGI), do Banco Mundial: “Governance consists of the traditions and institutions by which authority in a country is exercised. This includes the process by which governments are selected, monitored and replaced; the capacity of the government to effectively formulate and implement sound policies; and the respect of citizens and the state for the institutions that govern economic and social interactions among them”. Disponível em: <<https://goo.gl/D6w4AR>>.

Assim, conforme posto no trabalho, não se sabe ao certo qual parte da infraestrutura de telecomunicações será reversível em 2025, quando vencerão os atuais contratos de concessão. Conforme vimos, esse tipo de incerteza também pode contaminar outros setores regulados.

A partir de uma análise rigorosa, Bragança, Pessoa e Rocha (2015a; 2015b) mostram que a Lei nº 12.783/2013 produziu um aumento persistente de mais de 40% na volatilidade do setor elétrico em relação ao que seria previsto em condições de normalidade. Esta medida provisória contaminou o setor de telecomunicações, também regulado, com um aumento de cerca de 10% em relação ao previsto. Além disso, mesmo controlando para fatores de risco de mercado e para as características das empresas, provocou uma queda anormal acumulada de 10% no retorno médio das empresas do setor. Em suma, a referida intervenção regulatória gerou grande destruição de valor para as empresas do setor elétrico e aumento considerável de risco para os investidores em setores regulados.

Os principais indicadores usados, tanto em estudos acadêmicos quanto em relatórios profissionais, para se mensurar e comparar a qualidade institucional de diferentes países e a sua evolução ao longo do tempo, são os índices de governança (Worldwide Governance Indicators – WGI) e de ambiente de negócios (*doing business*)⁷ do Banco Mundial. Segundo o WGI, a qualidade regulatória brasileira piorou significativamente a partir de 2010, frente aos demais países. Atualmente, observa-se que a qualidade regulatória brasileira encontra-se em níveis inferiores à média dos países da América Latina e Caribe e também à de pares regionais, como Chile, Peru, Colômbia e México. Conforme veremos, isso tem implicações importantes para o investimento direcionado ao Brasil.⁸ De acordo com Mation e Mambrin (2015), o ambiente de negócios é um importante determinante da produtividade e, conseqüentemente, da atividade econômica. Segundo o estudo, os indicadores para o Brasil não são positivos, e têm permanecido estagnados nos últimos anos, limitando as possibilidades de crescimento da economia brasileira. Segundo os autores, o Brasil encontra-se de fato em posições bastante precárias no *ranking* internacional e afastado das melhores práticas – com a exceção do acesso à eletricidade – na maior parte dos componentes que constituem o índice.

Carrasco, de Mello e Joaquim (2014) analisam o impacto da qualidade regulatória (conforme medida pelo indicador do Banco Mundial) na rentabilidade implícita das empresas (custo de capital próprio) a partir de um estudo de

7. Os indicadores de ambiente de negócios do Banco Mundial foram lançados em 2003 e miram, sobretudo, a regulação que afeta pequenas e médias empresas nas maiores cidades de 190 países. Atualmente, o indicador relacionado à facilidade de fazer negócios (*ease of doing business*) leva em conta dez aspectos regulatórios relacionados à facilidade para: i) registrar propriedades; ii) obter permissões para construção; iii) ter acesso ao crédito; iv) pagar impostos; v) negociar com outros países; vi) fazer valer contratos; vii) resolver problemas de insolvência; viii) proteger os investidores minoritários; ix) começar negócios; e x) ter acesso à eletricidade.

8. Para mais detalhes, ver: <<https://goo.gl/sUqUuK>>.

painel, controlando para as suas especificidades locais, setoriais, temporais e macroeconômicas. Estimam um prêmio de risco regulatório brasileiro de 1,38% em relação à média dos países emergentes e de 1,89% em relação à média mundial. Gazzola (2016) replica e atualiza o referido trabalho, substituindo a variável de qualidade regulatória pela variável de ambiente de negócios (*doing business*). O autor chega a resultados ainda mais fortes. Se aprimorássemos o nosso ambiente de negócios para níveis de pares como Colômbia, Peru, Chile e México, o retorno requerido pelos investidores para investir no Brasil cairia entre 3% e 3,3%, o que configura uma redução expressiva.

No tocante ao custo de financiamento de empresas emergentes (capital de terceiros), Rocha *et al.* (2014) mostram que uma melhoria nos indicadores de qualidade institucional reduzem o custo de financiamento de empresas emergentes no exterior, e que um típico choque de aversão ao risco global (que nos levaria aos níveis encontrados em 2008 quando da crise das hipotecas americanas) produziria um aumento seis vezes maior nos *spreads* corporativos de empresas brasileiras em relação às chilenas, de 1,5% ao ano (a.a.), contra 0,25% a.a., ilustrando a maior vulnerabilidade econômica do Brasil em comparação ao Chile.

Trabalhos recentes também mostram que há impacto positivo de melhorias institucionais na atração de fluxo de investimentos estrangeiros. Diversos trabalhos empíricos⁹ associam fatores “estruturais” – tais como qualidade das instituições, liberalização financeira e papel do governo na economia – a um maior fluxo de investimento externo e menor risco país e custo de financiamento de empresas domésticas. Tais variáveis refletiriam melhor um padrão de longo prazo, em detrimento de fatores cíclicos, como fundamentos macroeconômicos ou liquidez internacional. Os principais achados sugerem que uma melhoria da qualidade institucional da economia emergente está intimamente ligada a uma maior entrada de fluxo de capital, em especial de investimento externo direto. Segundo estimativas de Rocha, Moreira e Silveira (2017), uma mudança no nível de qualidade institucional do Brasil para níveis chilenos, em média, poderia duplicar o fluxo de investimento externo direto brasileiro, que em 2015 foi da ordem de 3,5% do produto interno bruto (PIB).

Dois trabalhos merecem destaque em relação ao impacto de variáveis de governança na produtividade dos países. Baldacci *et al.* (2004) analisa dados de 120 países em desenvolvimento de 1975 a 2000, e aponta que melhores indicadores de governança estão associados a melhorias nos indicadores sociais e ao aumento da taxa de crescimento. Em particular, concluem que países com qualidade institucional acima da média mundial teriam 0,5% a menos de mortalidade infantil e 1,6% a mais de taxa

9. Ver detalhes em: Koepke (2015); Arida, Bacha e Lara-Resende (2005); IMF (2007); Bacha, Holland e Gonçalves (2008); e Rocha, Moreira e Silveira (2017).

anual de crescimento econômico do que países com qualidade institucional abaixo da média mundial.¹⁰ Égert (2016) avalia dados de 34 países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) no período de 1985 a 2014 e conclui, entre outros resultados, que a existência de melhores instituições, melhor ambiente de negócios e menores barreiras ao comércio e aos investimentos ampliaria o impacto na produtividade advindo de gastos em pesquisa e desenvolvimento (P&D). Além disso, o artigo afirma que as variações de produtividade entre os países podem ser explicadas, entre outros aspectos, pela qualidade geral das instituições. Não existem trabalhos de nosso conhecimento que analisem especificamente o impacto de variáveis de governança na produtividade brasileira.

QUADRO 1
Impacto do risco regulatório nos investidores

Conceito	Parâmetro de risco	Impacto nos investidores		Background papers
Intervenção regulatória	Eventos Setor de Energia Elétrica – MP nº 579	+ 40% no setor elétrico e contaminou + 10% em telecomunicações	Volatilidade	Bragança, Pessoa e Rocha (2015a)
Intervenção regulatória	Eventos Setor de Energia Elétrica – MP nº 579	-10%	Retorno das empresas do setor elétrico, controlando para os demais fatores de risco	Bragança, Pessoa e Rocha (2015b)
Risco institucional/ regulatório	Índice de Qualidade Regulatória do Banco Mundial	+ 1,38% comparando com a média dos emergentes e + 1,89% com a média mundial	Prêmio de Risco / Custo de Capital Próprio	Carrasco, Joaquim e Pinho de Mello (2014)
Risco institucional/ regulatório	Índice <i>Doing Business</i> do Banco Mundial	+ 3% comparando com Chile, Colômbia, México e Peru	Prêmio de Risco / Custo de Capital Próprio	Gazzola (2016)
Risco institucional/ regulatório	Índice Geral de Governança construído a partir dos índices do Banco Mundial/ indicadores de desenvolvimento do mercado financeiro	Crises como a de 2008 produzem um aumento de 1,5% contra 0,25% no Chile	Prêmio de Risco / Capital de Terceiros	Rocha <i>et al.</i> (2014)
Risco institucional/ regulatório	Índice Geral de Governança construído a partir dos índices do Banco Mundial/ indicadores de desenvolvimento do mercado financeiro	Qualidade institucional chilena duplicaria o fluxo de investimento externo direto brasileiro (+3,5% PIB)	Fluxo de Investimento Externo Direto	Rocha, Moreira e Silveira (2017)

Elaboração dos autores.

10. Ver Baldacci (2004, p. 25-26).

É importante observar que boa parte dos casos de risco regulatório analisados anteriormente estão associados a decisões mais amplas de natureza político-institucional ou decisões tomadas fora do âmbito dos órgãos regulatórios especializados: trata-se de intervenções políticas que “ignoram” a existência de órgãos especializados no setor ou de variáveis relacionadas ao contexto mais amplo político-institucional no qual órgãos reguladores e de natureza técnica são inseridos, mas não conseguem influenciar diretamente.

3 DIAGNÓSTICOS E INICIATIVAS RECENTES

Vários trabalhos têm compartilhado o diagnóstico exposto acima e buscado avançar na compreensão das razões que impedem órgãos regulatórios competentes de centralizar a tomada de decisões regulatórias. O objetivo desta seção é identificar os principais entraves na governança de agências reguladoras e apontar as iniciativas existentes para corrigi-los. Além disso, sugerir, ao final, linhas de ação para se reduzir o risco regulatório.

Estudo desenvolvido pela Confederação Nacional da Indústria (CNI, 2014) oferece uma radiografia detalhada do problema da qualidade regulatória das agências brasileiras feita com base na autoavaliação de dezenove instituições reguladoras, incluindo as principais agências de setores de infraestrutura – por exemplo, a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), a Agência Nacional das Águas (ANA) e a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac). O estudo divide a análise em três grupos: *i*) produção de novo regulamento; *ii*) estoque de regulamento existente e capacitação; e *iii*) orientação para a reforma regulatória.

Vale ressaltar que existe grande heterogeneidade das agências reguladoras na maior parte das métricas avaliadas pelo questionário. Ou seja, diferentes agências encontram-se muitas vezes em diferentes estágios de governança e qualidade regulatória. Dito isso, existem alguns problemas de cunho geral apontados no estudo que merecem destaque. Em primeiro lugar, há considerável discrepância entre as intervenções regulatórias planejadas e as efetivamente realizadas, e as intervenções nem sempre são justificadas adequadamente e/ou têm o seu impacto avaliado. Esse aspecto contribui diretamente para o risco de intervenções regulatórias. Em segundo lugar, o estoque regulatório (conjunto de regras aplicadas por uma agência reguladora num dado momento do tempo) carece de revisões periódicas e simplificação. Ações na direção da redução do estoque regulatório são fundamentais para se evitar um excesso de procedimentos legislativos que coíba os investimentos, ao estimular excessiva judicialização e burocratização. Em particular, o estudo alerta para a dificuldade de se estimar o número de decisões regulatórias contestadas e as

razões para isso. Terceiro, o relatório aponta ainda para o fato de que a coordenação das agências com outras partes de interesse durante todo o processo regulatório continua a ser motivo de preocupação. Estes três itens apontam para a necessidade de ações que contribuam para o aprimoramento da governança de agências reguladoras.

Em particular, Salgado e Fiuza (2014) sugerem as diretrizes elencadas a seguir para o aperfeiçoamento do modelo de governança das agências reguladoras.

- 1) Necessidade de se garantir autonomia orçamentária e financeira às agências, eximindo-as de contingenciamentos.
- 2) Aperfeiçoamento do método de seleção e nomeação de diretores de agências.
- 3) Reforço dos quadros de pessoal das agências, com mais concursos públicos e política de retenção de talentos, em especial aquelas com maior rotatividade de pessoal.
- 4) Aumento dos níveis de transparência e *accountability* dos processos regulatórios.
- 5) Difusão das melhores práticas de avaliação de impacto regulatório.
- 6) Padronização das práticas de governança das agências, seguindo modelos, por exemplo, do próprio Tribunal de Contas da União (TCU).
- 7) Reforço e apoio ao funcionamento dos conselhos que devem traçar as diretrizes e políticas setoriais para o funcionamento e a atuação das agências.

O PLS nº 52/2013, cuja tramitação ganhou celeridade nos últimos meses e encerrou-se em 6 de dezembro de 2016, trata do tema de governança de agências reguladoras e procura dar conta de várias das diretrizes mencionadas. Em particular, procura constituir um regramento geral a ser observado por todas as agências reguladoras federais, entendidas como autarquias de regime especial, no qual se identificam as características de maior autonomia orçamentária-financeira, estabilidade de dirigentes e acentuado exercício de poder regulatório.

Conforme exposto no parecer nº 908/2016 da Comissão Nacional do Desenvolvimento Nacional do Senado Federal, em decisão terminativa, os principais eixos do PLS, em sua versão original, eram:

- previsão da participação de diversos agentes públicos na composição dos órgãos diretivos das agências reguladoras;
- padronização do sistema de tomada de decisões, mediante os procedimentos de consultas e audiências públicas;

- fixação de regras mais claras e rígidas de prestação de contas, inclusive com a elaboração de relatórios anuais a serem publicados na internet e em jornais de grande circulação;
- regulamentação do contrato de gestão, a ser celebrado entre a agência e o ministério supervisor, nos termos do art. 37, § 8º, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), a fim de aumentar sua autonomia orçamentário-financeira;
- previsão de regras uniformes para as ouvidorias das agências reguladoras, como órgãos de auxílio de controle interno; e
- estabelecimento de regras para a cooperação institucional entre as agências reguladoras federais e outros órgãos e entidades da administração pública, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e as agências reguladoras e de fiscalização de estados, Distrito Federal e municípios.

A redação final inclui ainda a previsão do estabelecimento de regras claras sobre a análise de impacto regulatório (AIR), o controle externo das agências pelo TCU e a substituição dos contratos de gestão pelos planos estratégicos e de gestão – o plano estratégico terá duração quadrienal e estabelecerá provisões sobre as metas, os objetivos e resultados esperados na atuação da agência reguladora nesse período, e o plano de gestão anual terá por objetivo identificar as metas anuais, os recursos e processos necessários, bem como o conjunto de temas prioritários que serão regulamentados pela respectiva agência (a chamada *agenda regulatória*). Além disso, estabelece mandato de três anos sem recondução e ausência de subordinação hierárquica de ouvidores. Propõe-se mandato de cinco anos para dirigentes que seriam escolhidos pelo presidente da República, a partir de uma lista triplíce estabelecida por uma comissão de seleção. Para evitar vacâncias prolongadas no cargo, fica estabelecido um prazo de 60 dias para a tomada da decisão. Por último, o substitutivo ao projeto prevê que o ministério ficará com a definição de políticas públicas e as agências ficarão dedicadas à parte de execução. O objetivo seria reforçar as competências da administração pública direta para que as agências reguladoras sigam as diretrizes e os comandos formulados pelos ministérios supervisores.

Convém ressaltar o enorme avanço existente na redação atual do PLS nº 53, que contempla várias das diretrizes apontadas por Salgado e Fiuza (2014). No entanto, é possível avançar ainda mais nessa agenda, sobretudo a fim de se buscar:

- aprimoramento de mecanismos de reforma de melhoria regulatória, sobretudo de (AIR);

- aprimoramento do processo de escolha de dirigentes, de maneira a aumentar a capacidade regulatória das agências e a qualidade dos serviços prestados, bem como diminuir a interferência política indevida; e
- minimização do risco de judicialização, por meio da proliferação e sistematização de práticas de acordos administrativos e arbitragem regulatória.

O quadro 2 resume como os temas antes citados têm sido incorporados na legislação corrente contemporânea, incluindo também a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016) e a MP que regulamenta o Programa de Parcerias de Investimentos (MP nº 752/2016). A seção seguinte proporá melhoramentos com vistas à redução do risco regulatório.

QUADRO 2
AIR, escolha de dirigentes e arbitragem regulatória na legislação corrente

Medida	Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016)	Projeto de Lei sobre a Lei Geral das Agências (PLS nº 52/2013)	Medida Provisória que regulamenta o Programa de Parcerias de Investimentos (MP nº 752/2016)
Análise de impacto regulatório	Não cabível frente à competências das estatais.	O art. 6º do PLS estabelece a obrigatoriedade de análise de impacto regulatório no momento de elaboração de regulação por parte das agências reguladoras. A metodologia e o conteúdo da AIR serão posteriormente regulamentados por decreto. A AIR exige a convocação de audiências e consultas públicas.	O art. 8º da MP estabelece que cada órgão ou entidade competente deverá apresentar estudo técnico que fundamente a vantagem na prorrogação do contrato de parceria. O estudo técnico deverá apresentar: <i>i)</i> o programa de novos investimentos; <i>ii)</i> estimativas dos custos e das despesas operacionais; <i>iii)</i> estimativas de demanda; <i>iv)</i> modelagem econômico-financeira; <i>v)</i> diretrizes ambientais; <i>vi)</i> considerações sobre principais questões regulatórias e jurídicas; <i>vii)</i> valores devidos ao poder público pelas prorrogações.
Nomeação e indicação de dirigentes	O art. 17 estabelece requisitos e vedações de indicação dos dirigentes das estatais, como: ter experiência profissional de no mínimo dez anos no setor público ou privado, quatro anos em cargo de direção no setor público – não abarcando ministros de Estado –, dez anos de experiência como profissional liberal e formação acadêmica compatível, entre outros. Estes requisitos e vedações também foram adotados pelo PLS nº 52/2013.	Os arts. 44 a 52 estabelecem novas regras de nomeação e indicação de dirigentes: <i>i)</i> mandato fixo de cinco anos aos dirigentes; <i>ii)</i> proposta específica para lidar com a vacância nos cargos de direção; <i>iii)</i> alargamento dos requisitos e vedações para indicação; e <i>iv)</i> instituição de uma comissão de seleção que encaminhará uma lista triplíce ao presidente. A composição da comissão ficará a cargo de regulamento.	Não cabível frente à matéria da MP.

(Continua)

(Continuação)

Medida	Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016)	Projeto de Lei sobre a Lei Geral das Agências (PLS nº 52/2013)	Medida Provisória que regulamenta o Programa de Parcerias de Investimentos (MP nº 752/2016)
Arbitragem como alternativa de resolução de conflitos	O art. 12, parágrafo único estabelece que as sociedades de economia mista poderão utilizar a arbitragem como forma de resolução de conflito, nos termos do seu estatuto social.	É silente.	O art. 25 da MP estabelece que todos os contratos de concessão inseridos dentro do Programa de Parcerias de Investimentos (setores ferroviário, aeroportuário e rodoviário) poderão ser submetidos à arbitragem. Esta arbitragem será no Brasil e em língua portuguesa e terá como escopo questões patrimoniais, como: equilíbrio econômico-financeiro, cálculo de indenizações decorrentes do contrato e inadimplemento contratual. A MP prevê a edição de regulamento do Executivo que trate sobre o credenciamento das câmaras arbitrais.

Elaboração dos autores.

4 PROPOSIÇÕES

4.1 Contextualização

Boa parte das proposições aqui apresentadas *busca o resgate, o fortalecimento e a melhoria dos processos de tomada de decisão regulatória no âmbito de órgãos técnicos competentes, buscando dirimir o risco de intervenções decididas fora do âmbito de agências ou órgãos de natureza técnica.*

O primeiro conjunto de proposições faz parte da agenda de melhoria regulatória (também denominada de *smart regulation* ou *better regulation*) e busca estabelecer padrões para o processo de tomada de decisão (*rule-making*), padrões estes que independem das áreas finalísticas ou setores específicos econômicos ou sociais e podem ser adotados pelo conjunto de agências, empresas estatais e órgãos supervisores de políticas públicas.

Diferentemente da reforma regulatória, que foi caracterizada por uma orientação setorial, focando leis específicas de criação de agências reguladoras de natureza independente, a reforma de melhoria regulatória é de natureza transversal, buscando *regulating rule-making*, isto é, melhorar os processos de decisão, tornando-os mais racionais e menos custosos. Também deve se destacar que o conjunto de instrumentos de melhoria regulatória é, geralmente, precedido de alguma lei de processos administrativos. Nos Estados Unidos, os requerimentos procedurais que devem guiar os processos de decisão regulatória encontram respaldo no Administrative Procedure Act (APA), de 1946, e numa série de leis estaduais semelhantes ao APA. No Brasil, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei da

Transparência, e uma série de instrumentos legais, também balizam iniciativas de melhoria regulatória.

Juntam-se, a esse conjunto de estratégias de melhoria regulatória, duas propostas específicas que têm como objetivo a diminuição dos riscos regulatórios relacionados ao contexto político-institucional em que as atuações de agências reguladoras, empresas estatais e outros entes especializados e técnicos estão inseridas: a primeira proposta está relacionada ao aperfeiçoamento do *modelo* de seleção e nomeação de altos dirigentes de órgãos reguladores; e a segunda, à recomendação de criação de um órgão de coordenação regulatória que busque equilibrar a pressão político-institucional que influencia o risco regulatório, com uma harmonização da qualidade de decisões regulatória, a partir de uma ênfase transversal.

A seção argumenta ainda em favor da maior utilização e aprimoramento de dois mecanismos alternativos de resolução de conflito transversais que podem auxiliar na diminuição do risco regulatório advindo da judicialização das decisões administrativas e, assim, coibir a instabilidade gerada pela morosidade e imprevisibilidade sobre o resultado final – se a decisão administrativa vai ser reformada ou mantida pelo Judiciário. Os mecanismos são o acordo administrativo e a arbitragem regulatória.

Vistas no seu conjunto, as proposições aqui listadas buscam resgatar a capacidade de recuperar a visão do “governo como um todo” (Christensen e Læg Reid, 2007), e sua capacidade de avaliar transversalmente as regulamentações em todas as etapas do seu ciclo de vida, independentemente da esfera do governo que as elabora, implementa ou modifica. Diagnósticos anteriores também recomendam o resgate da visão do “governo como um todo”, em vez da visão setorial da regulação, que ainda predomina no contexto brasileiro (OCDE, 2008).

4.2 Reforma de melhoria regulatória

Como já destacado, a chamada “reforma de melhoria regulatória” não se reduz apenas à adoção de instrumentos como a AIR, mas a todo um conjunto de estratégias que buscam melhorar e aperfeiçoar os processos de decisão regulatória, tornando-os mais racionais e baseados em evidências. Alguns dos princípios que orientam esta reforma – a tomada de decisões baseada em evidências e a transparência no processo de tomada de decisão – buscam legitimar as decisões regulatórias, munindo os reguladores de instrumentos capazes de amortizar intervenções e rupturas políticas, a exemplo da Lei nº 2.783/2013, do setor elétrico.

Existe, internacionalmente, uma tendência crescente para a adoção de instrumentos mais racionais de tomada de decisão, a exemplo de AIR, da análise de riscos ou de análises de impacto econômico. O potencial que estes instrumentos apresentam em termos de quantificação e mensuração das alternativas regulatórias tem sido apresentado como uma das justificativas para sua adoção. Entretanto,

pesquisas recentes também destacam que o uso crescente desses instrumentos de análise regulatória também é associado com a percepção de diminuição da influência política em decisões de natureza técnica e o aumento da autonomia no processo de decisão das agências regulatórias. Em outras palavras, as pesquisas demonstram que o recurso a instrumentos de melhoria regulatória tem fortalecido o poder político das próprias agências e diminuído influências não previstas no processo de regulamentação (Peci, 2016; Woods, 2017).

BOX 1

As reformas de melhoria regulatória

O conjunto de estratégias aqui sugeridas faz parte da *reforma de melhoria regulatória* e foca o processo completo de regulamentação. A reforma de melhoria regulatória busca introduzir *regras* sobre como as regulamentações são formuladas, escolhidas, impostas, implementadas e avaliadas.

As estratégias de melhoria regulatória englobam um conjunto de instrumentos que podem ser adotados por agências reguladoras, empresas estatais, ministérios supervisores e outros atores-chave no processo de elaboração e implementação de políticas públicas, entre as quais destacamos:

- ▶ simplificação dos processos administrativos;
- ▶ consolidação legislativa;
- ▶ redução de barreiras administrativas;
- ▶ avaliação de riscos;
- ▶ padrões de consulta pública obrigatórios;
- ▶ avaliação de sustentabilidade de regulamentações existentes ou novas;
- ▶ *standard cost model*;
- ▶ avaliação *ex post*; e
- ▶ avaliação do impacto regulatório (AIR).

Muitas dessas estratégias podem ser adotadas no nível da agência, com um foco intraorganizacional, mas a maioria demanda uma sensibilização em todas as esferas do governo, recuperando a capacidade do “centro de governo”. Alguns princípios desta reforma já foram incorporados em leis e projetos de leis específicos, como o projeto de lei que implementa uma Lei Geral de Agências (PLS nº 52/2013) e a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016).

Elaboração dos autores.

Convém reforçar a importância da adoção da AIR, um dos instrumentos disponíveis para melhorar a qualidade da regulação, que consiste na análise e avaliação dos possíveis benefícios, custos e impactos de regulamentações novas ou já existentes (OCDE, 2008).

A AIR pode ser definida como um método capaz de ajudar no desenho, na implantação e no monitoramento de melhorias dos sistemas regulatórios, oferecendo uma metodologia de avaliação das consequências de regulamentações novas e já existentes. Em boa parte das experiências internacionais, predomina o uso da AIR pelo Poder Executivo, que pode utilizar o instrumento para acompanhar novas propostas de lei ou determinar que agências o utilizem na elaboração ou modificação das normas infrarregulatórias.

Nos últimos anos, o Brasil tem apresentado experiências bem-sucedidas de adoção da AIR nas agências reguladoras federais que podem servir de *benchmarking* na expansão do instrumento para outros órgãos federais. Até o momento, as agências reguladoras têm optado por uma promoção gradual e voluntária da AIR, via incentivos de programas como o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão e Regulação (PRO-REG) e *benchmarking* de agências pioneiras, como a Anvisa. Estratégias de adoção diversificadas foram adotadas, por meio de normatização, projetos pilotos e/ou especificação de unidades organizacionais responsáveis, prevalecendo o formato *ad hoc*. As vantagens dessa disseminação horizontal da AIR residem na institucionalização gradual da cultura de tomada de decisão baseada em evidências e num processo voluntário de aprendizagem entre as agências. Entretanto, a adoção diversificada da AIR também apresenta desvantagens, entre as quais destacamos: a perda da visão do “governo como um todo” – um dos pontos fortes da AIR – e a falta de harmonização dos processos regulatórios. Os riscos desta abordagem *ad hoc* de adoção residem na falta de critérios de priorização na adoção da AIR e na transformação da AIR num mero instrumento burocrático, usado de forma precária e minando seu potencial analítico e racional.

Atualmente, todas as agências reguladoras brasileiras contam com experiências localizadas de adoção e experimentação com AIR. A PLS nº 52/2013 reconhece estes avanços e incorpora, entre suas proposições, a adoção da AIR para todas as agências reguladoras federais. Não resta dúvida de que as agências reguladoras brasileiras apresentam capacidades organizacionais suficientes para uma boa adoção do instrumento para sustentar decisões regulatórias (Peci e Sobral, 2011). Ainda, a experiência dos últimos anos tem revelado que os burocratas regulatórios encontram na AIR um instrumento importante para legitimar decisões de natureza técnica, amortizando a intervenção advinda de decisões políticas (Peci, 2016; Woods, 2017). A adoção criteriosa (a partir de cortes de relevância) e qualitativa da AIR é o próximo passo a ser adotado, e este processo pode ser estimulado pela ação de um órgão *de coordenação de políticas regulatórias* que permitirá inserir os instrumentos de melhoria regulatória no “contexto do governo como um todo”.

4.3 Aperfeiçoamento do modelo de seleção e nomeação de altos dirigentes

Vários trabalhos buscaram analisar os altos dirigentes das agências reguladoras federais. As análises diagnosticam razoável experiência técnica-profissional entre os dirigentes, indicadores mistos de influência política (afiliação partidária, por exemplo), e apontam os *deficit* nos critérios de seleção das diretorias das agências, bem como um alto nível das vacâncias das agências (Azumendi, 2016; Bonis, 2016; Vieira, 2015). Em diversos graus, estas situações afetam a autonomia do processo decisório e demandam o aprimoramento dos seus métodos de escolha e seleção.

A análise acima apresentada evidencia que o risco de influência política ainda permeia o mandato dos diretores das agências reguladoras brasileiras. Para dirimir

o impacto desta influência, propomos, neste capítulo, um conjunto de medidas que buscam aperfeiçoar o modelo de seleção e nomeação de altos dirigentes das agências reguladoras.

De antemão, é necessário destacar que se trata de critérios processuais que objetivam, transversalmente, melhorar estes procedimentos de escolha e nomeação. Devemos considerar que convivem no interior da burocracia pública brasileira corpos burocráticos distintos, alguns altamente qualificados e outros estruturalmente frágeis (Bersch, Praça e Taylor, 2013). Embora a nossa pesquisa anterior tenha demonstrado relativa qualidade e homogeneidade no que tange aos reguladores federais de estrutura, esta disparidade estrutural também repercute nas AIRs federais. A nossa opção por critérios processuais busca, exatamente, indicar parâmetros mínimos de transparência no processo de escolha que possam ser utilizados, mesmo em situações de disparidade.

Os critérios de seleção da alta direção das agências reguladoras e empresas estatais são parte importante dos mecanismos de governança regulatória. A Lei das Estatais nº 13.303/2006 e o PLS nº 52/2013 das agências reguladoras abordam de forma direta o processo de seleção dos diretores. Entretanto, destacamos que, particularmente na Lei das Estatais, a atenção do legislador foi dedicada mais ao perfil do dirigente, desenhando atributos desejáveis ou não do seu perfil, ao invés de focalizar o processo de sua escolha e nomeação. A disparidade acima destacada não pode ser superada por medidas desta natureza.

Partimos da premissa de que a melhoria dos *processos* de escolha é mais relevante do que propriamente a delimitação do perfil do dirigente. Já destacamos, na parte anterior do diagnóstico, que uma parcela dos quadros até então selecionados para agências reguladoras preenchia razoavelmente bem os critérios de *expertise* no setor, mas isto não evitou o risco de intervenções políticas, desde as primeiras etapas de escolha e indicação de nomes até o último momento de uma sabatina formal no Congresso Nacional.

As nossas recomendações abordam a *transparência* e a *competição* no método de escolha. O desafio do sistema de seleção de altos dirigentes é conjugar os critérios técnicos e de legitimidade, assegurando um processo transparente, eficiente, profissional e ágil. Para tanto, é necessário fortalecer os mecanismos processuais dos sistemas de seleção.

Tendo em vista esses objetivos, duas recomendações são elaboradas:

- melhoria do processo de seleção, incluindo proposta de formulação de modelos de convocação, competição aberta aos possíveis candidatos, critérios de escolha e requisitos mínimos em termos de qualificação; e

- sabatina de uma lista tríplice no Senado em vez de nome único, buscando incentivar uma arguição mais rigorosa dos indicados.

Um processo transparente e competitivo de seleção de dirigentes tem a vantagem de desafiar o atual método de escolha e indicação de “portas fechadas”, reconhecendo-se, porém, que isso não garante a imunidade de indicações político-partidárias no processo, mas dificulta, em face dos nomes que surgirão, sua escolha final.

Vale também a pena destacar que a determinação de órgão específico responsável pela condução do processo de seleção tem sido uma medida tomada em vários países do mundo, a exemplo de Portugal (Comissão de Recrutamento e Seleção para a Administração Pública – Cresap) e Chile (Sistema de Alta Direção Pública), ou mesmo no Brasil, onde é adotado com relativo sucesso em estruturas mais *ad hoc* – caso dos comitês de busca para dirigentes de institutos na área de ciência e tecnologia (como ocorre no Instituto da Matemática Aplicada – Impa). Entretanto, recomendamos que a instituição de um órgão de coordenação de políticas regulatórias possa assumir este papel no esboço de uma política maior de coordenação entre AIRs.

Essa medida torna mais flexível a adaptação da composição e do trabalho de *comitês ad hoc* de escolha às situações diferenciadas de seleção as quais, dificilmente, seguirão os mesmos critérios e diretrizes, dados os diversos contextos institucionais e organizacionais das AIRs federais.

O ponto comum a qualquer processo de seleção é o *grau de transparência dado à vaga*, de forma a atrair o maior número de possíveis candidatos. Os meios de divulgação podem ser vários, como o Diário Oficial, sítios de internet, revistas especializadas, além de também poderem ser decididos pelos membros do comitê. O perfil do diretor de agências reguladoras ou empresas estatais não pode ser indicado de antemão, uma vez que ele também deve se adaptar aos requisitos do cargo a desempenhar. Embora os conhecimentos técnicos sejam relevantes, existem também competências gerenciais e estratégicas que devem ser demonstradas pelos potenciais candidatos. Eles lidarão com pressões externas fortes e devem demonstrar observação de firmes princípios éticos, uma vez que a credibilidade é a chave do funcionamento desses órgãos públicos. Conforme Alessio (2017) destaca, o dirigente público é definido a partir de um *ethos* específico de atuação, orientado não para o cumprimento impessoal das regras – como o burocrata weberiano –, mas segundo a racionalidade econômica, o uso eficiente de recursos visando à maximização dos resultados (Longo, 2003) ou, segundo Moore (1995), para a criação de valor público, possuindo um grau de discricionariedade na sua ação.

Em termos de requisitos mínimos de qualificação, recomenda-se a comprovação de ampla experiência gerencial e técnica na gestão ou regulação do setor, assim como observação de princípios éticos e de probidade administrativa.

É importante verificar, entretanto, que o caráter colegiado das diretorias das agências permite adotar um perfil diversificado e complementar dos diretores, integrando conhecimentos e competências de diversas áreas e contribuindo, dessa forma, para criar um colegiado forte. Mais uma vez, uma integração de processos de escolha, por um órgão coordenador, poderia observar esta visão de conjunto.

Assim, recomendamos não considerar o processo de seleção de forma isolada, mas inseri-lo numa visão sistêmica do papel das agências ou empresas estatais. Para isso, recomendamos que comitês *ad hoc* (pode-se recorrer a empresas especializadas ou *headhunters*, dependendo das vagas) de seleção de dirigentes sejam instituídos caso a caso, contando com o apoio de estrutura organizacional de natureza mais permanente (um órgão de coordenação, alocado no centro do governo), que também traz a vantagem de maior coordenação do processo e compartilhamento de experiências, incentivando a aprendizagem intersetorial. O apoio de uma equipe permanente ao processo de seleção é considerado um importante mecanismo de coordenação. Por sua vez, esta comissão pode compartilhar responsabilidades de supervisão da qualidade regulatória, se fortalecendo, como um polo importante de coordenação a partir de uma visão de “governo como um todo”.

Recomenda-se manter a sabatina no Senado, uma vez que esta, embora criticada pela sua formalidade, cumpre um importante papel na legitimidade do processo de escolha, assim como aproxima o Poder Legislativo das temáticas setoriais. Paralelamente, a sabatina fortalece a possibilidade de maior controle social para as agências. Entretanto, sugerimos que, após o processo de seleção e escolha por parte do presidente da República, uma lista tríplice seja encaminhada ao Senado. Busca-se, desse modo, induzir certa competição na escolha e, indiretamente, fazer com que a sabatina perca em parte seu papel formalístico.

4.4 Políticas de redução de judicialização

É importante sinalizar que são necessárias medidas que contribuam para: *i*) a redução no tempo de tramitação dos processos judiciais que tratam de atos e contratos de agências reguladoras; *ii*) o aumento da certeza jurídica sobre o resultado final, diminuindo a oscilação de posicionamentos, o que se dá, como visto, mesmo entre etapas de julgamento de um mesmo processo (em primeira e segunda instância do Poder Judiciário brasileiro).¹¹ A redução da judicialização pode se dar por meio da proliferação de política de acordos entre agências reguladoras e particulares, o que ocorre, sobretudo, em contextos de imposição de sanções regulatórias, e por intermédio da eleição da via arbitral como meio de resolução de conflitos para pendências sobre obrigações contratuais que são firmadas entre a administração pública e particulares. Da mesma forma, a arbitragem pode se constituir em um

11. Para mais detalhes qualitativos e quantitativos, ver Nota Técnica *Revisão de atos regulatórios pelo Poder Judiciário*.

caminho a ser ainda mais fomentado para mitigar os problemas identificados no cenário regulatório. A arbitragem é uma solução de conflitos que representa um incremento na qualidade das decisões, em razão da especialização dos árbitros, o que certamente trará impactos positivos não só para a duração, mas também para a incerteza jurídica que prejudica a atratividade de investimentos para o país.

4.4.1 Acordos administrativos

Ao contrário de situações em que a administração pública atua por meio de contratos com particulares, situação em que a solução alternativa seria a arbitragem, aqui as agências reguladoras exercem seu poder fiscalizador e punitivo para atribuir sanções administrativas, entre as quais advertência, multa, suspensão temporária, caducidade e declaração de inidoneidade.¹²

Atualmente, a grande maioria dos procedimentos administrativos sancionatórios utiliza as espécies punitivas como forma de sanção, mas o agente sancionador possui poder discricionário para eleger qual das espécies será ou, até mesmo, decidir pela conversão em obrigação de fazer ou não fazer. Essa possibilidade decorre da interpretação hoje majoritária no sentido de que as agências possuem atribuição legal para converterem uma multa de uma obrigação de fazer ou não fazer, durante o curso do procedimento, em acordo de forma negociada (Marques Neto e Cymbalista, 2010; Sundfeld e Câmara, 2011; Saddy e Greco, 2015). A razão está em se buscar um maior adimplemento do contrato ou norma regulatória e, assim, assegurar resultado mais significativo.¹³

O exemplo do Cade pode ser um parâmetro interessante para demonstrar o avanço de uma política de acordos com particulares (excluindo-se, naturalmente, alguns aspectos que são pertinentes aos processos daquele órgão), que recebe o nome de Termo de Compromisso de Cessação (TCC). Este termo pode ser celebrado por pessoas físicas e jurídicas investigadas por infrações à ordem econômica, após o que se suspende o prosseguimento das investigações em relação aos agentes privados enquanto estiverem cumprindo os termos do acordo, ao passo que os agentes privados se comprometem a cumprir as obrigações expressas nele.

12. Art. 87 da Lei nº 8.666/1993 "Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior".

13. Dessa forma, vislumbram-se duas possibilidades de atuação por parte da agência reguladora após o início do procedimento administrativo sancionador, garantido o devido processo legal e contraditório: *i*) impor sanção de polícia, motivada e proporcional à gravidade da falta, compelindo o infrator à prática dos atos corretivos; ou *ii*) aplicar sanção por acordos substitutivos/suspensivos, com celebração de termos de ajuste de conduta (TACs), segundo o que seu juízo de conveniência e oportunidade entenderem por "atender mais o interesse público".

O Cade possui política regulatória de TCC desde a publicação da Lei nº 8.884/1994, na qual, em termos gerais, o agente se comprometia a cessar a prática anticompetitiva e a fornecer relatórios sobre a sua atuação no mercado, em troca da extinção do processo.¹⁴ Essa política, no entanto, passou por fortes processos de evolução focados em maior clareza de critérios e transparência de procedimentos ao longo dos anos.¹⁵ Desde a edição da Lei nº 8.884/1994 até 2010, o Cade celebrou 56 instrumentos de TCC, dos quais 31 eram casos de cartel (Pereira, 2011). Essa realidade mudou drasticamente com o advento da Lei nº 12.529/2011: a partir de 2013, a política de TCC cresceu exponencialmente, com a edição de regulamentos que davam maior clareza sobre os benefícios e requisitos.¹⁶ A evolução das contribuições pecuniárias advindas dos TCCs no Cade é impressionante.¹⁷ Ressalta-se que, em 2013, apesar de termos 53 TCCs celebrados, 42 deles foram dos casos de unimilitância da Unimed,¹⁸ sendo os valores acordados no total de R\$ 10 milhões, conforme se pode ver do gráfico 1.

14. Art. 53. Em qualquer fase do processo administrativo, poderá ser celebrado, pelo Cade ou pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) *ad referendum* do Cade, compromisso de cessação da prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento da ilicitude da conduta analisada.

§ 1º O termo de compromisso conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas:

- a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estipulado;
- b) valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento, nos termos do art. 25;
- c) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização.

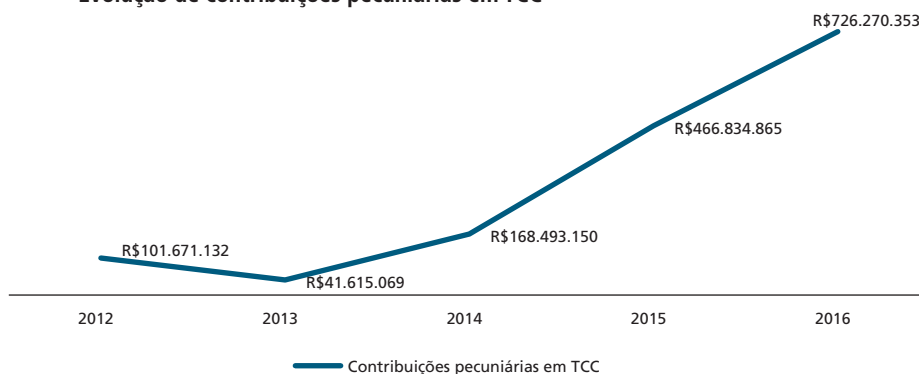
15. Na primeira política, a confissão da culpa por parte do ator regulado não era obrigatória. Em 2007, o Cade editou a Resolução nº 46, que regulamentou o art. 53 da Lei nº 8.884/1994, com a redação dada pelo art. 16 da Lei nº 11.482/2007, que inseriu a possibilidade de celebração de TCC em casos de cartel, trazendo ainda novidades, a saber: *i*) a obrigatoriedade de recolhimento de valor pecuniário ao Fundo de Direitos Difusos e Coletivos em se tratando de condutas que configuram cartel; *ii*) a possibilidade de adoção de um programa de prevenção de infrações à ordem econômica pelo agente investigado/processado; e *iii*) a necessidade de reconhecimento de culpa pelo compromissário em relação à conduta investigada nos casos em que já houver sido firmado acordo de leniência pela SDE. Posteriormente, houve a publicação de uma nova Lei Antitruste que, no art. 85 da Lei nº 12.529/2011 e na Resolução nº 5 de 2013, introduziram novos requisitos para a celebração de TCCs: *i*) a necessidade de sempre haver o reconhecimento de participação na conduta colusiva por parte do agente; e *ii*) a obrigatoriedade de colaboração com a instrução processual nas investigações (quando o processo estiver na Superintendência Geral, órgão de investigação). Assim, com o passar do tempo, o Cade se preocupou em incentivar o uso do instrumento, para angariar mais agentes interessados no TCC. Aos poucos, o conselho foi endurecendo a sua política regulatória com requisitos cada vez mais exigentes para os agentes econômicos, mas, como explanado a seguir, tais requisitos não afetaram o sucesso da política de TCCs, sendo o recolhimento de contribuição pecuniária crescente ano a ano, com um correspondente crescimento no número de TCCs celebrados.

16. Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Balanco de atividades em 2016*. Disponível em: <<https://goo.gl/j8hqVJ>>.

17. Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Balanco de atividades em 2016*. Disponível em: <<https://goo.gl/Rpwz9A>>.

18. Para mais informações, ver Cade (2013). Disponível em: <<https://goo.gl/avWK3J>>.

GRÁFICO 1
Evolução de contribuições pecuniárias em TCC



Fonte: Cade.

A evolução do Cade na sua política de acordos serve como *benchmarking* para a análise de como as agências reguladoras estão se comportando no que concerne a acordos substitutivos ou suspensivos. Segundo informações prestadas pelas agências reguladoras, parece claro que as realidades entre as autarquias com relação à política de acordos são bastante distintas. Algumas agências já possuem regulamentos com algum grau de detalhamento (ANS, ANTT, Antaq, Anac e Anatel), ao passo que outras ainda estão em estágio embrionário, com possibilidades bastante limitadas de acordos (ANP e ANA). Mais importante, a Aneel decidiu recentemente retraindo a política de acordos, revogando a sua resolução sobre o tema, por entender que o resultado não teria sido satisfatório, em função de constante e repetido insucesso no cumprimento das obrigações assumidas por particulares.

Diante do exemplo do Cade, algumas diretrizes parecem claras:

- os critérios (vantagens e obrigações para os particulares interessados no acordo) mediante os quais uma agência reguladora desenha as possibilidades de um acordo possível devem ser transparentes e previsíveis *ex ante* ou por meio de precedentes que estejam disponíveis para terceiros em *websites* ou precedentes também disponíveis para a sociedade;
- o procedimento de negociação entre a agência reguladora e as empresas particulares também deve ser transparente e previsível;
- as políticas de acordo com particulares e seus respectivos resultados devem ser constantemente avaliadas, não só para se verificarem as eventuais causas para o descumprimento, mas também para se ponderar sobre os seus efeitos na política regulatória, de forma a serem garantidos os objetivos regulatórios previstos na legislação legal e infralegal específica de cada agência; e

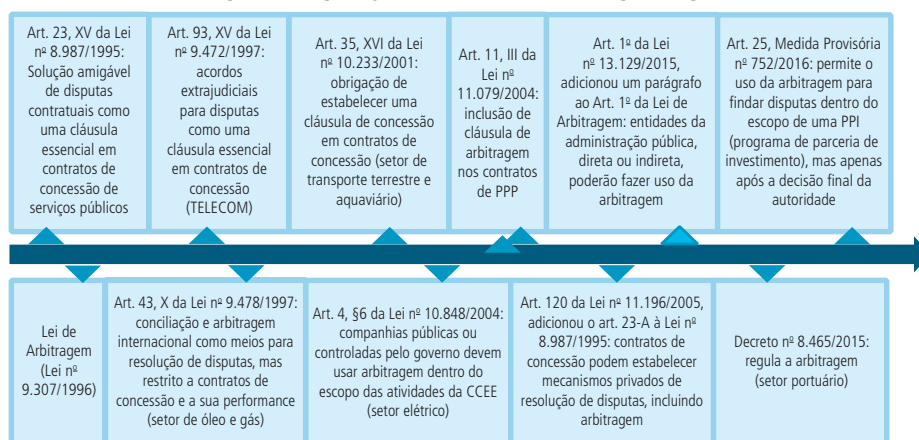
- esse esforço de previsibilidade e transparência deve ser sistematizado por meio de redes de cooperação entre as agências reguladoras ou, preferencialmente, por meio de órgão de coordenação governamental.

Ainda que as realidades das agências reguladoras sejam distintas, certamente seria possível imaginar sinergias de processos de sistematização dos procedimentos e regulamentos de acordos como forma de resolução alternativa de conflitos entre particulares e agências reguladoras. As melhores práticas de algumas agências – embora o Cade *não seja particularmente uma agência reguladora, existem várias características em comum, como as que são relacionadas às garantias institucionais* – podem servir de exemplo, atualizando e melhorando o processo e evitando maiores retrocessos, ou até mesmo a desistência de uma política nessa direção.

4.4.2 Arbitragem regulatória

Posteriormente à Lei Geral da Arbitragem, o Poder Legislativo aprovou várias leis aplicadas à administração pública que autorizavam a arbitragem com a administração como meio de resolução de conflitos, a seguir sistematizadas (figura 1).

FIGURA 1
Ordem cronológica da legislação federal sobre arbitragem regulatória



Elaboração dos autores.

Em 2015, a Lei Geral da Arbitragem (Lei nº 13.129/2015) foi alterada para determinar, de forma expressa, que a administração pública, direta e indireta, por meio da autoridade competente, é capaz de realizar acordos e transações que poderão estabelecer convenção de arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos

patrimoniais disponíveis, o que fomentou a possibilidade de utilização desse meio alternativo de solução de conflitos com o poder público.¹⁹

De uma forma geral, existe um crescimento no interesse de se definir o escopo do que é arbitrável nos contratos com a administração pública e, em particular, com as agências reguladoras. A ANP afirma expressamente que questões relacionadas a direitos não transacionáveis, que recaem na vedação do art. 1º da Lei Geral de Arbitragem como direito indisponível, e atos de império estão fora da apreciação arbitral.²⁰ Igualmente, a ANTT faz menção expressa às vedações legais e pontua que matérias ambientais não podem ser submetidas à arbitragem. Por seu turno, a Anatel prefere listar os litígios que são levados à arbitragem: *i*) indenizações; *ii*) revisão de tarifas; e *iii*) reequilíbrio econômico financeiro. A CCEE, por sua vez, decide adotar amplo e irrestrito escopo de apreciação da via arbitral, devido à sua natureza de entidade privada.²¹ O quadro 3 resume a análise qualitativa sobre quem utiliza e assina as cláusulas compromissórias das agências reguladoras de infraestrutura, bem como o escopo dessas cláusulas.

QUADRO 3
Análise qualitativa das agências reguladoras

Entidade	Setor de infraestrutura	Utilizou a arbitragem	Assinou cláusula de arbitragem	Escopo do que é levado para arbitragem
Aneel	Eletricidade	Não	Sim	Todas as controvérsias relacionadas às indenizações eventualmente devidas da extinção do contrato.
CCEE (entidade privada)	Eletricidade	Sim	Sim	Todas as controvérsias relacionadas ao contrato de comercialização de energia serão levadas à arbitragem.
ANP	Óleo e gás	Sim	Sim	Direitos patrimoniais disponíveis que são as cláusulas sinalagmáticas do contrato, exceto obrigações previstas em lei, interpretação de definições legais, questões de direito público, e obrigações de cunho ambiental.
Antaq	Portos	Não	Não	Não aplicável.

(Continua)

19. Art. 1º da Lei nº 9.307/1996: "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis."

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis."

20. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, atos de império são "os que a Administração praticava no gozo de prerrogativas da autoridade", como, por exemplo, a interdição de um estabelecimento. Por sua vez, "atos de gestão são os que a Administração praticava sem o uso de poderes comandante"; o exemplo seria a venda de um bem (Mello, 2005, p. 397).

21. É importante ressaltar o quadro da Antaq, que, por ora, não previu ou assinou cláusula de arbitragem em seus contratos de concessão. Como mencionado no levantamento de legislações acima, o art. 62, parágrafo 1º, da nova Lei dos Portos, é taxativo ao assinalar que litígios oriundos do inadimplemento contratual deverão ser submetidos à arbitragem. Se a previsão legal supre a omissão contratual dos contratos de concessão da Antaq, certamente, será algo a ser discutido.

(Continuação)

Entidade	Setor de infraestrutura	Utilizou a arbitragem	Assinou cláusula de arbitragem	Escopo do que é levado para arbitragem
ANTT	Estradas e trilhos	Não	Sim	Todas as controvérsias oriundas do contrato, salvo litígios relacionados com direitos indisponíveis.
Anac	Aeroportos	Não	Sim	Quaisquer litígios, controvérsias ou discordâncias relativas às indenizações eventualmente devidas quando da extinção contratual, inclusive quanto aos bens revertidos.
Anatel	Telecomunicações	Não	Sim	Violação de direito da concessionária à proteção da sua situação econômica; revisão das tarifas; indenização quando da extinção do contrato, inclusive quanto aos bens revertidos.

Fonte: Ceri (2017).
Elaboração dos autores.

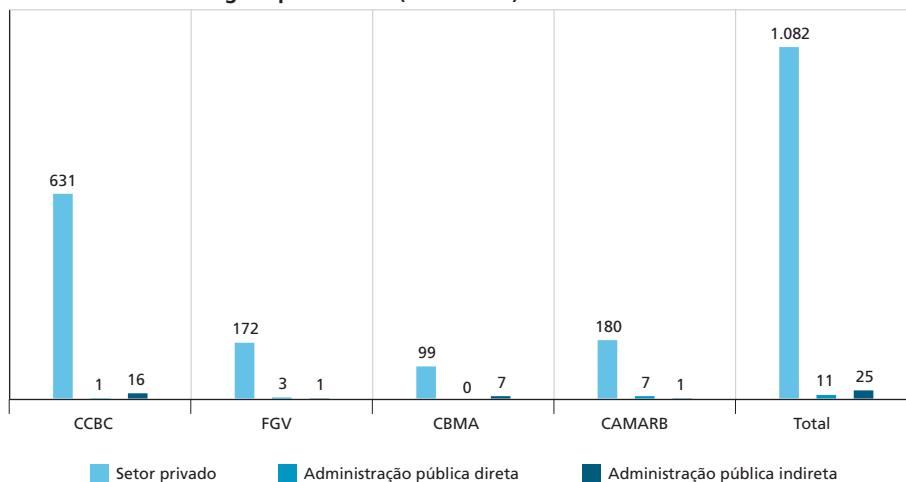
O esforço de expandir o escopo de arbitrabilidade está em linha com a ideia de reduzir o risco regulatório. Na América do Sul, o Peru tornou obrigatório o uso de arbitragem para a solução de controvérsias advindas de contratos de administração. Desde 1996, o Peru possui uma Lei Geral de Arbitragem (Lei nº 26.572/1996) e, em 1997, alterou a sua Lei Geral de Contratações e Aquisições do Estado para instituir, de maneira obrigatória, a arbitragem para a solução de controvérsias contratuais, durante o processo licitatório e nos concursos públicos. A implementação obrigatória da arbitragem no Peru se deu por duas razões: *i*) a necessidade de intensificar o fluxo de investimento; e *ii*) a necessidade de certos campos terem intervenções qualificadas sobre os impactos em políticas públicas, de maneira a se reduzir a falta de desenvolvimento de infraestrutura (Dimitrijevič, 2009).²²

No entanto, o número e a proporção de arbitragens envolvendo entes públicos da administração direta e indireta ainda são pequenos, conforme recente estudo elaborado em dissertação do Programa de Mestrado em Regulação da Fundação Getúlio Vargas (FGV)/Direito Rio, que recolheu dados das quatro maiores câmaras do Brasil (Schmidt, 2016),²³ conforme o gráfico 2.

22. A arbitrabilidade subjetiva está disposta no art. 2º da Lei Geral de Arbitragem. Ela autoriza a arbitragem nacional de controvérsias derivadas dos contratos com o Estado (União, estados e municípios) para as pessoas de direito público e privado. Por seu turno, a arbitrabilidade objetiva está disposta no art. 1º da Lei Geral de Arbitragem e complementada pelo art. 41 da Lei de Contratações e Aquisições Públicas. As exceções são bem diretas, ao se esclarecer que não podem ser objeto de arbitragem matéria já judicializada, questões de ordem pública, matérias de atos de império e processo em que haja partes incapazes.

23. Câmara de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá (CAM-CCBC), Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem (FGV Câmara), Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (Camarb) e Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). A esse respeito, ver Schmidt (2016).

GRÁFICO 2
Total de arbitragens por câmara (1989-2016)



Fonte: Schmidt (2016).

As razões para a escolha da via arbitral são inúmeras, e podem variar de país para país. Porém, especialmente em países com um Judiciário ineficiente, a arbitragem se mostra como uma solução superior, ao reduzir os custos de transação relacionados à prestação jurisdicional e ao fomentar um sistema mais eficiente de incentivos à execução dos contratos (Shavell, 1995). Em outras palavras, a arbitragem representa uma forma de resolução de conflitos mais eficiente, em virtude: *i*) de sua celeridade; *ii*) da qualidade técnica das suas decisões; e *iii*) da confidencialidade procedimental. Pesquisas sobre o tema indicam, inclusive, que as principais vantagens estão relacionadas justamente a esses fatores, desagrupados em vários outros, exceção feita à confidencialidade, a saber: *i*) a celeridade estaria relacionada à execução das sanções e ao tempo (além da própria retirada do âmbito judicial, que deriva outros benefícios além da celeridade); e *ii*) a qualidade estaria representada na neutralidade e seleção de árbitros (Ceri e Banco Mundial, 2017).

É importante, então, ponderar se essas vantagens também são aplicáveis às arbitragens que envolvem a administração pública. A qualidade técnica do processo decisório decorre da maior especialização dos agentes envolvidos, dado que os árbitros cuja indicação é realizada pelas partes são profissionais com notória *expertise*. O procedimento arbitral é institucionalizado pelas câmaras ou pelas partes, sendo as regras transacionadas entre as partes durante o curso do processo, tornando-o

mais consensual e informal.²⁴ Nesse aspecto, as diferenças entre as arbitragens que envolvem e as que não envolvem a administração pública são marginais, sendo a solução arbitral algo que permite maior qualidade técnica das decisões.

Entretanto, existem outras variáveis que se alteram. Segundo o *International Arbitration Survey* (QMUL, 2015), a celeridade na arbitragem se mostra como a principal razão da sua escolha em detrimento do uso do Judiciário. Esse mesmo relatório apontou que a média internacional de duração de um procedimento arbitral seria de 6 meses a 1,5 ano. Por seu turno, no Brasil, a média de tempo de uma arbitragem é de 24 meses ou 2 anos, o que é muito inferior aos 7 anos do Judiciário (Ceri e Banco Mundial, 2017).

Embora a celeridade seja uma vantagem bastante significativa também para arbitragens envolvendo a administração pública, como o meio de pagamento de eventuais condenações na via arbitral poderá ser por precatório, não é desprezível o impacto de tempo;²⁵ o sistema de precatórios não abrange as empresas públicas e as sociedades de economia mista, mas poderá abarcar os demais membros da administração pública, sobretudo nos casos em que não há pagamento voluntário, mas sim execução do laudo arbitral. Nos casos em que há pagamento voluntário, existe interpretação jurídica no sentido de que o pagamento poderia ser autorizado na lei orçamentária anual (Brasil, 1988, p. 13; Dallari, 2005) não se aplicando o pagamento via precatórios, o que pode reduzir o tempo.

Da mesma forma, nos moldes atuais, a confidencialidade pode não representar uma vantagem significativa para causas com a administração pública, em contraposição ao modelo do Poder Judiciário. Da análise das cláusulas de contratos de concessão e/ou documentos públicos sobre a arbitragem regulatória das agências reguladoras, não se extraiu qualquer preocupação com a publicidade do processo arbitral. E, portanto, a confidencialidade se põe como uma preocupação a ser superada em função do princípio da publicidade do art. 37, *caput*, da CF/1988.

Entre as desvantagens relacionadas a arbitragens em geral (e não especificamente relacionadas a litígios com a administração pública), o custo do procedimento é frequentemente identificado com o fator mais relevante (Ceri e Banco Mundial,

24. "A informalidade e a alternativa de adaptação dos procedimentos à conveniência das partes, a flexibilidade das regras e a opção de escolha de câmaras, a confidencialidade, a economia de tempo na obtenção de uma decisão final e, principalmente, a possibilidade de nomeação de árbitros com base em sua especialidade, experiência, cultura, tempo disponível para dedicação ao assunto e confiança que a parte deposita na pessoa que deverá julgar a desavença. Especialmente a *expertise* do árbitro constitui o grande diferencial no tema, porque a arte da hermenêutica, mormente nos contratos complexos e atípicos, orienta, se for o caso, o emprego da interpretação integradora, na qual se supre a lacuna que a regulação das partes, voluntariamente ou não, acabou gerando (...). E, tratando-se de um contrato complexo e atípico, nada mais recomendável que o uso da arbitragem, já que permitida a eleição de árbitros dotados de tais características" (Giovanni, 2014, p. 3).

25. O sistema de precatórios está previsto no art. 100 da CF/1988, o qual enuncia que "os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim".

2017). Embora não exista algo particular às arbitragens envolvendo agências reguladoras, é sempre importante entender que esse é um fator que poderá desestimular a utilização desse método.

A arbitragem é meio eficiente e eficaz de lidar com a deficiência institucional do Judiciário, mostrando-se um meio mais célere, técnico e informal. A ampliação do seu uso ajudará: *i*) no incremento do arcabouço institucional brasileiro, uma vez que a alocação de recursos públicos será mais bem distribuída (tempo e preço); e *ii*) na constituição de um mercado maior e mais estável, diminuindo o risco regulatório, o que poderá proporcionar ao país um fluxo maior de investimentos no setor de infraestrutura.

Assim, visando fomentar o uso de arbitragem em conflitos regulatórios, algumas diretrizes parecem claras.

- 1) As desvantagens que as arbitragens com a administração pública apresentam devem ser reduzidas:
 - incentivando-se uma maior rapidez de pagamentos dos valores definidos em laudos arbitrais, de forma a se viabilizar a sua execução;
 - definindo-se regras para a questão da confidencialidade, de forma a ser trazida maior segurança para o procedimento (excetuando-se, naturalmente, as informações que forem necessárias para a transparência de atos governamentais); e
 - encontrando-se meios de reduzir os custos da arbitragem.
- 2) As definições de escopo do que está sujeito à arbitragem devem ser sistematizadas por meio de redes de cooperação entre as agências reguladoras ou, preferencialmente, por meio de órgão de coordenação governamental.

4.5 O órgão de coordenação de políticas regulatórias

A fragmentação de políticas regulatórias, manifestada em decisões políticas que se sobrepõem a decisões de natureza técnica e baseadas em evidências, em índices de captura política dos conselhos das agências, entre outros indicadores, tem sido diagnosticada como base dos riscos regulatórios identificados neste capítulo. Conforme antecipado nas proposições anteriores, a criação de um órgão de coordenação de políticas regulatórias é considerada um próximo passo essencial para o resgate da visão do governo como um todo no país. Em outras palavras, enxergamos entre os papéis desse órgão alocado no “centro do governo” as funções de supervisão da qualidade regulatória, da harmonização e da coordenação de decisões tomadas não apenas no nível das agências reguladoras, mas, principalmente, no nível ministerial.

De acordo com o Banco Mundial (2017), o gabinete ou o conselho de ministros é um órgão que desempenha um papel central em processos de formulação e coordenação das políticas públicas em vários países europeus de tradição parlamentar. Cabe a esse gabinete – o mais alto centro de decisão acerca de políticas públicas – a aprovação de todas as políticas centrais do governo.

Sistemas presidencialistas apresentam maior variedade nessa forma de coordenação. A maior parte das decisões dependem de negociações bilaterais entre o presidente e os ministérios específicos ou de negociações trilaterais, entre presidente, ministérios específicos e políticos proeminentes. No contexto de presidencialismo de coalizão que caracteriza o Brasil, este processo de negociação multilateral se traduz num quadro extremamente fragmentado de políticas públicas, tornando o resgate do centro de governo uma estratégia central.

A expressão “centro de governo” (CoG) se refere a uma instituição ou grupo de instituições que apoiam o chefe do Poder Executivo na liderança da coordenação política e técnica das ações governamentais, planejamento estratégico do programa do governo, monitoramento de desempenho e comunicação das decisões e realizações governamentais (Alessandro, Lafuete e Santiso, 2013). Embora a noção do “centro de governo” seja antiga, processos recentes de fragmentação e descentralização da autoridade formal (para órgãos públicos ou não públicos) autônomos e semiautônomos têm influenciado o resgate do tema.

É importante distinguir os centros de governo de ministérios e outras agências. Diferentemente destes últimos, os CoGs não são diretamente envolvidos em provisão de serviços ou áreas específicas de políticas públicas, mas desempenham atividades de coordenação e monitoramento de funções para o governo todo (James e Ben-Gera, 2004).

Cinco são as funções previstas por um órgão dessa natureza: coordenação política; planejamento estratégico, coordenação no processo de elaboração e implementação de políticas públicas e comunicação e *accountability* das ações e desempenho dos órgãos formuladores e implementadores das políticas regulatórias (Dumas, Lafuente e Parrado, 2013).

O fato é que a necessidade dessa coordenação central já é sentida no âmbito do governo federal. O papel desempenhado pelo PRO-REG buscava suprir essa lacuna, mas o programa, subdimensionado em termos de recursos humanos e técnicos, não chegou a assumir um *status* institucional mais alto. Outras iniciativas mais recentes, como o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), foram criadas pelo governo federal com o objetivo explícito de reforçar a coordenação das políticas de investimentos em infraestrutura por meio de parcerias com o setor privado. Não sendo precedidas por uma discussão prévia mais sólida que envolva todos os

órgãos interessados, estas iniciativas correm o risco de não serem adequadamente divulgadas e comunicadas, e de serem potencialmente descontinuadas.

Sugerimos que o órgão de coordenação de políticas regulatórias resgate, formalize e amplie o papel de PRO-REG no que diz respeito a:

- processos de escolha dos altos dirigentes de órgãos reguladores;
- avaliação da qualidade das AIRs elaboradas por órgãos supervisores e/ou agências reguladoras vinculadas;
- estímulo à disseminação das boas práticas regulatórias entre órgãos formuladores e implementadores de políticas públicas; e
- coordenação de processos de avaliação de políticas públicas de longo prazo, entre outras.

O quadro 4 resume as principais proposições deste capítulo.

QUADRO 4
Propostas para a redução do risco regulatório

Tópicos	Medidas
Reformas de melhoria regulatória	<ol style="list-style-type: none"> 1) Foco na melhoria e no aperfeiçoamento dos processos de decisão regulatória tornando-os mais racionais e baseados em evidências. 2) Adoção de instrumentos como AIR, a partir de critérios de relevância e evitando tornarem-se medidas burocratizadoras. 3) Instrumentos que fazem parte das reformas de melhoria regulatória desempenham um papel importante no fortalecimento da burocracia num contexto de fragilidade político-institucional.
Aperfeiçoamento do modelo de seleção e nomeação de altos dirigentes	<ol style="list-style-type: none"> 4) Garantir transparência e competição no processo de seleção e escolha dos altos dirigentes para dirimir riscos de escolhas políticas a "portas fechadas". 5) Assegurar um perfil diversificado e complementar dos diretores, integrando conhecimentos e competências de diversas áreas e contribuindo, dessa forma, para criar um colegiado forte.
Políticas de redução de judicialização: acordos e arbitragem	<ol style="list-style-type: none"> 6) Maior transparência e previsibilidade sobre critérios e requisitos para procedimento e celebração de acordos. 7) Avaliação <i>ex-post</i> de políticas de acordos com particulares para avaliar efeitos nos objetivos regulatórios. 8) Compartilhamento de melhores práticas sobre políticas de acordos e de procedimentos arbitrais (escopo das arbitragens, regras de confidencialidade etc.). 9) Maior incentivo à rapidez nos pagamentos, pela administração pública, dos valores definidos em laudos arbitrais, para viabilizar a sua execução. 10) Definição de meios de redução dos custos associados à arbitragem com a administração pública.

(Continua)

(Continuação)

Tópicos	Medidas
Definição de um órgão de coordenação de políticas regulatórias	11) Combater a excessiva fragmentação de políticas regulatórias, manifestada em decisões políticas que se sobrepõem a decisões de natureza técnica e em índices de captura política dos conselhos das agências, resgatando uma visão de “governo como um todo”. 12) Desempenhar funções de supervisão da qualidade regulatória, da harmonização e coordenação de decisões tomadas não apenas no nível das agências reguladoras, mas, principalmente, no nível ministerial. 13) Promover um <i>benchmarking</i> de boas práticas entre agências e ministérios supervisores. 14) Promover processos transparentes e competitivos de escolha dos dirigentes regulatórios.

Elaboração dos autores.

5 CONCLUSÃO

Além de padecer de uma baixa qualidade regulatória e de um ambiente de negócios bastante desfavorável, quando comparado com eventuais competidores pela atração de investimentos privados, o Brasil ainda tem piorado na última década. Essa baixa qualidade institucional se traduz num custo de capital mais alto, que faz com que o retorno requerido para se investir no Brasil, mesmo controlando para o ambiente macroeconômico, seja mais alto do que em muitos de seus pares emergentes da América Latina. Isso naturalmente reduz a atratividade dos investimentos privados no país. De fato, por conta da nossa baixa qualidade institucional, recebemos menos investimento estrangeiro do que poderíamos, somos menos produtivos e mais sensíveis às crises. Assim, a redução do risco regulatório é primordial para crescermos sustentavelmente e dobrarmos a renda brasileira com celeridade.

Iniciativas recentes, como o PLS nº 52/2013, ajudam a aprimorar o arcabouço regulatório. No entanto, existe muito ainda a ser feito em várias frentes. Em particular, acreditamos que dois eixos de ações podem contribuir de maneira mais rápida e significativa para a redução do risco regulatório.

O fomento à proliferação de soluções alternativas de conflitos com a administração pública parece ser uma tendência bastante direcionada ao objetivo de reduzir risco regulatório que advém da atuação do Poder Judiciário. No entanto, para incentivar as políticas de acordos e a utilização de mecanismos de arbitragem no cenário regulatório, é necessário superar dificuldades que norteiam os dois modelos alternativos, seja por meio da sistematização e adoção massificada das melhores práticas desenvolvidas por outros órgãos administrativos, seja para tornar os procedimentos mais previsíveis e transparentes, com medidas específicas voltadas à redução dos respectivos custos na sua utilização.

Por sua vez, uma série de medidas mais processuais deve tentar resgatar a coordenação e harmonização de processos regulatórios, atualmente fragmentados

entre agências reguladoras, órgãos ministeriais supervisores e outros órgãos públicos. Propomos, especificamente, avançar na agenda de melhoria regulatória, via adoção de instrumentos como a AIR, que incentivam um processo de tomada de decisão baseado em evidências e fortalecem o papel político das burocracias de natureza técnica; melhorar os processos de seleção e escolha dos dirigentes das agências, com base em critérios de transparência e competição que busquem dirimir o risco de escolha a “portas fechadas”; e, por fim, avançar na institucionalização de um órgão de coordenação de políticas regulatórias, que integre e harmonize políticas transversais, independentemente do setor, a exemplo de processos de escolha de dirigentes, supervisão da qualidade das AIRs elaboradas e divulgação de boas práticas entre agências, entre outros.

REFERÊNCIAS

- ALESSIO, M. F. **Estratégias de escolha de dirigentes públicos no Brasil**: alcances e limitações das experiências recentes à luz do debate internacional. Dissertação (Doutorado) – Fundação Getulio Vargas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<https://goo.gl/XZSpmx>>.
- ARIDA, P.; BACHA, E. L.; LARA-RESENDE, A. **Credit, interest, and jurisdictional uncertainty**: conjectures on the case of Brazil. WP Instituto de Estudos de Política Econômica, Casa das Garças Rio de Janeiro, Brazil, 2005.
- AZUMENDI, S. L. **Governança das agências reguladoras federais do Brasil**: análise das tendências de configuração das diretorias durante os últimos vinte anos de reformas. Resultados da pesquisa, FGV/Ceri, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/o8DZXb>>.
- BACHA, E. L.; HOLLAND, M. GONÇALVES, F. M. **Is Brazil different?** Risk, dollarization, and interest in emerging markets. IMF Working paper, n. 7/294, 2008.
- BALDACCI, E. *et al.* **Social spending, human capital, and growth in developing countries**: implications for achieving the MDGs. International Monetary Fund, n. 4-217, 2004.
- BANCO MUNDIAL. **Center of Government**. 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/N5vo94>>.
- BERSCH, K.; PRAÇA, S.; TAYLOR, M. M. State capacity, bureaucratic politicization, and corruption in the Brazilian state. **Governance**, n. 30, p. 105-124, 2017.
- BONIS, D. F. D. **Os limites do desenho institucional**: uma investigação empírica dos mecanismos da influência presidencial sobre as agências reguladoras independentes no governo federal brasileiro. Dissertação (Doutorado) – Fundação

Getulio Vargas Escola de Administração de Empresas de São Paulo, São Paulo. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/H5LRBq>>.

BRAGANÇA, G. G. F. Risco regulatório no Brasil: conceito e contribuição para o debate. **Boletim de Análise Político-Institucional**, n. 7, Diest/Ipea, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/7di32q>>.

BRAGANÇA, G. G. F.; PESSOA, M. S.; ROCHA, K. **Medidas regulatórias, volatilidade e contágio**: um estudo dos casos da energia elétrica e das telecomunicações no Brasil. Ipea, 2015a. (Texto para Discussão, n. 2127).

_____. **Intervenção regulatória nos setores de telecomunicações e elétrico em 2012**: um estudo de eventos com modelo de precificação multifatorial. Ipea, 2015b. (Texto para Discussão, n. 2157).

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

_____. Ministério da Fazenda. **Alteração do marco regulatório do setor de telecomunicações viabilizará novos investimentos**. Nota Técnica, maio 2016.

CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Cade encerra exigência de exclusividade de médicos com Unimed em mais de 90 casos**. 20 mar. 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/avWK3J>>.

_____. **Balanco de atividades em 2016**. jan. 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/JLDDRN>>.

CARRASCO, V.; DE MELLO, J. M. P.; JOAQUIM, G. Risco regulatório no Brasil: teoria e mensuração. *In*: CASTELAR, A.; FRISCHTAK, C. (Orgs.). **Gargalos e soluções na infraestrutura de transportes**. Rio de Janeiro: Editora FGV, v. 1, p. 21-37, 2014.

CERI – CENTRO DE ESTUDOS EM REGULAÇÃO E INFRAESTRUTURA; BANCO MUNDIAL. **Arbitration in regulated infrastructure sectors in Brazil**. 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/Ps7AEU>>.

CHRISTENSEN, T.; LÆGREID, P. The whole-of-government approach to public sector reform. **Public administration review**, n. 67, v. 6, p. 1059-1066, 2007.

CNI – CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Propostas da indústria para as eleições 2014**. Caderno 25. Qualidade Regulatória: como o Brasil pode fazer melhor. 2014.

DALLARI, A. A. Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública. **Revista de informação legislativa**, v. 42, n. 165, p. 7-9, jan./mar. 2005.

DIMITRIJEVICH, A. Arbitration as a dispute-solving mechanism in public procurement: a comparative view between Peruvian and Spanish Systems. *In*: 4th INTERNATIONAL PUBLIC PROCUREMENT CONFERENCE. IPPA, 2009.

DUMAS, V.; LAFUENTE, M.; PARRADO, S. 2013. **El fortalecimiento del Centro de Gobierno para Resultados en Chile**: La experiencia del Ministerio Secretaría General de la Presidencia y su Unidad Presidencial de Gestión del Cumplimiento (2010-2013). Washington, DC: Inter-American Development Bank. 2013. (Technical Note, IDBTN-563).

ÉGERT, B. Regulation, institutions, and productivity: new macroeconomic evidence from OECD Countries. **The American Economic Review**, v. 106, n. 5, p. 109-113, 2016.

ETTORE, N. G. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 3. 2014.

GAZZOLA, A. G. **O ambiente regulatório e o seu impacto sobre a rentabilidade das firmas**: uma análise empírica. 2016. Monografia (Graduação) – Ciências Econômicas, IBMEC, Rio de Janeiro, 2016.

GIOVANNI, E. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 3.

IMF – INTERNATIONAL MONETARY FUND. **Global financial stability report**. Monetary & Capital Markets Department, 2007.

JAMES, S.; BEN-GERA, M. **A comparative analysis of government offices in OECD countries**. Public Governance Committee. Paris: Organisation for Economic Cooperation and Development, 2004.

KOEPKE, R. **What drives capital flows to emerging markets?** A survey of the empirical literature. Institute of International Finance, 2015.

LONGO, F. A consolidação institucional do cargo de dirigente público. **Revista do Serviço Público**, v. 54, n. 2, abr.-jun. 2003.

MATION, L. F.; MAMBRIN, D. R. Impactos das reformas em curso para a melhoria do ambiente de negócios no Brasil, no indicador do Doing Business Report. **Radar**: tecnologia, produção e comércio exterior, n. 40, p. 19-29, ago. 2015.

MARQUES NETO, F. A.; CYMBALISTA, T. M. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 8, n. 31, p. 51-68, out. 2010.

MELLO, C. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOORE, M. **Creating public value**: strategic management in government. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1995.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Whole-of-Government Approaches to Fragile States. **OECD Journal on Development**, n. 39, v. 8, p. 179-232, 2008.

_____. **Building an institutional framework for regulatory impact analysis:** guidance for policy makers. Paris: OECD, 2008.

PECI, A. Regulatory impact analysis in Latin America. *In*: CLAIRE A. DUNLOP; RADAELLI, C. M. (Org.). **Handbook of regulatory impact assessment**. 1st ed. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016.

PECI, A.; SOBRAL, F. Regulatory impact assessment: how political and organizational forces influence its diffusion in a developing country. **Regulation & Governance**, n. 5, v. 2, p. 204-220, 2011.

PEREIRA, G. T. **Política de combate a cartel no Brasil:** análise jurídica do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática. 2011. Dissertação (Mestrado) – Direito e Desenvolvimento Econômico Social, Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 53.

QMUL – QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. **2015 International Arbitration Survey**. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/tbUEXh>>.

ROCHA, K.; MOREIRA, A.; SILVEIRA, M. O fluxo de capital para as economias emergentes e o grau de desenvolvimento do sistema financeiro. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 47, n. 2, p. 235-257, jun. 2017.

ROCHA, K. *et al.* **Caminhos para o investimento privado nas economias emergentes:** as características institucionais e os spreads corporativos. Ipea, 2014. (Texto para Discussão, n. 1978).

SADDY, A.; GRECO, R. Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. **Revista de Informação Legislativa**, n. 206, abr./jun. 2015.

SALGADO, L. H.; FIUZA, E. P. S. Avaliando o modelo de governança de agências reguladoras. *In*: MONASTERIO, L. M.; NERI, M. C.; SOARES, S. S. D. (Orgs.). **Brasil em Desenvolvimento 2014:** Estado, planejamento e políticas públicas, cap. 16. Brasília: Ipea, 2014. (Brasil: o Estado de uma nação).

SANTISO, C.; LAFUENTE, M.; ALESSANDRO, M. **The role of the center of government:** a literature review. Inter-American Development Bank, 2013.

SCHMIDT, G. R. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública:** uma proposta de regulamentação. 2016. Dissertação (Mestrado) – Direito da Regulação, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2016.

SHAVELL, S. Alternative dispute resolution: an economic analysis. **The Journal of Legal Studies**, v. 24, n. 1. p. 1-28, 1995.

SUNDFELD, C. A.; CÂMARA, J. A. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 34, p. 133-151, abr./jun. 2011.

VIEIRA, A. **Agências reguladoras independentes?** Especialização e captura nas trajetórias de carreira dos reguladores federais brasileiros. 2015. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Rio de Janeiro. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/5SvUAA>>.

WOODS, N. D. Regulatory analysis procedures and political influence on bureaucratic policymaking. **Regulation & Governance**, 2017.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

ASCHAUER, D. Is public expenditure productive? **Journal of Monetary Economics**, v. 23, p. 177-200, mar. 1989.

AZEVEDO, P. F.; FERRAZ JUNIOR, T. S.; MARANHÃO, J. S. A. **As inter-relações entre o processo administrativo e judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública**. São Paulo: USP, 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/EbZxF2>>.

BANCO MUNDIAL. **Fazendo com que a justiça conte**: medindo e aprimorando o desempenho do judiciário no Brasil. Relatório n. 32789-BR, América Latina e Caribe: Unidade de Redução de Pobreza e Gestão Econômica, 2004. Disponível em: <<https://goo.gl/L6zjuw>>.

_____. **How to revitalize infrastructure investments in Brazil**: public policies for better private participation. World Bank Report, n. 36624-BR, 2010.

CALDERÓN, C.; CHONG, A. Volume and quality of infrastructure and the distribution of income: an empirical investigation. **Review of Income and Wealth**, v. 50, p.87-106, mar. 2004.

CALDERON, C.; SERVEN, L. **The effects of infrastructure development on growth and income distribution**. World Bank Policy Research Working Paper, 2004.

CALVO, G.; LEIDERMAN, L.; REINHART, C. Capital inflows and real exchange rate appreciation in Latin America: the role of external factors. **IMF Staff Papers**, v. 40, n. 1, p. 108-151, 1993.

_____. Inflows of capital to developing countries in the 1990s. **Journal of Economic Perspectives**, v. 10, n. 2, p. 123-139, 1996.

ETTORE, N. G. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3. 2014.

ESFAHANI, H.; RAMIREZ, M. Institutions, infrastructure and economic growth. **Journal of Development Economics**, n. 70, 2002.

ESTACHE, A.; FOSTER, V.; WODON, Q. **Accounting for poverty in infrastructure reform: learning from Latin America's experience**. WBI Development Studies, Washington, DC: The World Bank, 2002.

FERNÁNDEZ-ARIAS, E. The new wave of private capital inflows: push or pull? **Journal of Development Economics**, v. 48, p. 389-418, 1996.

FIUZA, E. P. S.; SALGADO, L. H. Um pós-escrito do artigo Avaliando o modelo de governança de agências reguladoras à luz dos acontecimentos recentes no Brasil. **Boletim de Análise Político-Institucional**, n. 7, Diest/Ipea, 2015.

FORBES K.; WARNOCK F. Capital flow waves: surges, stops, flight and retrenchment. **The National Bureau of Economic Research**, n. 17351, 2011.

FRATZSCHER, M. Capital flows, push versus pull factors and the global financial crisis. **The National Bureau of Economic Research**, n. 17357, 2011.

IMF – INTERNATIONAL MONETARY FUND. Financial market turbulence: causes, consequences and policies. **Global Financial Stability Report**, 2007.

KRAAY, A.; KAUFMANN, D.; MASTRUZZI, M. The worldwide governance indicators: methodology and analytical issues. **World Bank Policy Research Working Paper**, n. 5430, 2010.

LEMES, S. 2015. Arbitragem em Números e Valores de 2010 a 2013. **Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/qGn1QZ>>.

MILESI-FERRETTI, G. M.; TILLE, C. The great retrenchment: international capital flows during the global financial crisis. **Economic Policy Economic Policy**, v. 26, n. 66, 2011.

PECI, A. Sistema de seleção de diretores e do pessoal de gerência superior das agências reguladoras. *In*: PROENÇA, J. D. (Org.). **Contribuições para melhoria da qualidade da regulação no Brasil**. Brasília: Semear, v. 2, p. 133-200, 2010.

PINHEIRO, A. C. O Judiciário e a economia na visão dos magistrados. *In*: TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Os juízes e a reforma do Judiciário**. São Paulo: Cetac, 2001.

ROCHA, K.; MOREIRA, A. **Fluxo de capital e qualidade institucional das economias emergentes**. Rio de Janeiro: Ipea, 2016. (Texto para Discussão, n. 2264).

SANCHEZ-ROBLES, B. Infrastructure investment and growth: some empirical evidence. **Contemporary Economic Policy**, v. 16, p. 98-108, 1998.

SHERWOOD, R. M. **The unseen elephant**: what blocks judicial system improvement? Latin American and Caribbean Law and Economics Association, 2007.

SMITH, S. D. The pursuit of pragmatism. **Yale Law Journal**, v. 100, n. 2. 1990.

SUNDFELD, C. A.; CÂMARA, J. A. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 117-126, 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/zt2UTN>>.

YEUNG, L.; AZEVEDO, P. Além dos “achismos” e das evidências anedóticas: medida a eficiência dos tribunais Brasileiros. **Revista Economia Aplicada**, Ribeirão Preto-SP, v. 16, n. 4, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/qFk6Sv>>.