

1

O ambiente do sistema regulatório

O presente capítulo apresenta a gênese e os aspectos políticos e econômicos que levaram à construção do sistema regulatório brasileiro, contextualizando o trabalho como um todo. O capítulo explicita, também, o objetivo central do trabalho, suas motivações e os preceitos metodológicos que fundamentam o seu desenvolvimento. São ainda caracterizados cada um dos capítulos, apêndices e anexos que compõem esta dissertação de mestrado voltada à proposição de um código mínimo das boas práticas da regulamentação técnica.

Entendida como uma forma de intervenção do Estado, a regulamentação técnica impõe, compulsoriamente, requisitos (regulamentos técnicos) permitindo que determinados bens e serviços sejam devidamente comercializados com base em jurisdição específica. Entretanto, em conformidade à prática internacional de restringir a arbitrariedade dessa intervenção governamental no que se refere a requisitos técnicos de bens e serviços para se evitar barreiras desnecessárias ao comércio, e em benefício da eficiência do Estado, cabe assegurar que esta somente deve ocorrer quando objetivos legítimos (saúde, segurança, meio ambiente, proteção da vida humana, animal e vegetal, proteção do consumidor, defesa da concorrência e outras questões de soberania nacional) possam ser plenamente justificáveis.

A pesquisa concentra-se nas questões regulatórias voltadas ao comércio de bens e serviços, identificando os principais organismos e agências reguladoras hoje em operação. Ressalta-se, entretanto que o sistema regulatório é dinâmico e que novos mecanismos são introduzidos a partir de necessidades específicas. Nesse contexto, embora possuindo missões regulatórias relevantes o presente estudo não inclui, por exemplo, o Banco Central (BC) e a Comissão de Valores Imobiliários (CVM), dentre

outros, que representam outra categoria de órgãos reguladores do funcionamento do mercado.

O trabalho busca responder as seguintes questões: (i) quais são os atributos essenciais para a implementação de um código mínimo das boas práticas da regulamentação de qualquer sistema regulatório? (ii) quais princípios orientam a adoção das boas práticas da regulamentação técnica? e (iii) em que estágio se encontra o Brasil na aplicação desses atributos e princípios no seu marco de regulamentação técnica?

1.1.

Agências reguladoras: perspectiva histórica

O conceito de agências reguladoras tem sua origem nos Estados Unidos da América do Norte (EUA), cujo modelo de regulação e controle foi posteriormente adotado por diversos países, inclusive pelo Brasil. Introduzidas no direito norte-americano no final do século XIX, as agências reguladoras se consolidaram na paisagem administrativa daquela nação a partir do programa “*New Deal*” (novo pacto). Este foi um programa que marcou uma mudança de postura governamental ocorrida nos EUA no governo do presidente Franklin Roosevelt ao introduzir um programa de bem-estar-público, levado a efeito para retirar o país da depressão dos anos 30. Tal fato marca o surgimento do Estado altamente interventor nas atividades econômicas, intervenção essa que se instrumentaliza por intermédio de introdução de agências reguladoras.

No Brasil, as agências reguladoras surgiram para sustentar o processo de privatização. A idéia era que o “novo” Estado não deveria intervir diretamente no domínio econômico, deixando essa tarefa primordialmente a cargo dos empreendedores privados. Em contrapartida, deveria o Estado fortalecer o seu papel regulador, a ser exercido por autoridades públicas mais “técnicas” e menos “políticas”, assim nascendo às primeiras agências reguladoras no País (www.procon.goias.gov.br/artigo_dout_94.htm).

O fortalecimento do regime regulatório faz parte de sua estratégia de preparar o País para uma reforma patrimonial do Estado, ou seja, a privatização das funções não estatais, ou sejam, tarefas que não precisam ser realizadas pelo Estado. Assim, a promoção da inovação na busca do

interesse público e na renovação do Estado foi possível por dois motivos básicos: (i) pelo princípio básico de que nenhum monopólio é desejável e (ii) pelo fato de que, com a crise fiscal do Estado, o Brasil ficaria à margem da competição internacional já que não haveria recursos públicos para investir. É preciso ainda considerar que a privatização das funções não estatais inegavelmente atribui maior flexibilidade administrativa levando a ganhos de competitividade e de produtividade uma vez que promove a desburocratização patrimonialista do setor estatal da economia (e.g.: com a privatização, a Vale do Rio Doce paga hoje mais impostos ao Tesouro do que rendiam suas ações enquanto sob o controle governamental antes de sua privatização; o caso da Embraer –Empresa Brasileira de Aeronáutica–, que logo em seguida se transformou na quarta maior empresa produtora de aviões do mundo e hoje lidera o mercado de jatos de porte médio).

A partir de 1995 foram adotadas sistematicamente medidas legais e administrativas para acelerar e garantir os resultados fixados para o Programa Nacional de Desestatização (PND), que o transformou num dos maiores programas de privatização do mundo. No período de 1990 a 1994 foram privatizadas 33 empresas federais e arrecadados 12 bilhões de dólares. No governo Fernando Henrique Cardoso foram privatizadas quase 100 empresas estatais federais, inclusive instituições financeiras federais e federalizadas, e foram arrecadados mais de 93 bilhões de dólares, sendo que apenas 5 por cento deste montante foi pago com moeda de privatização, o restante com moeda corrente. Além disso, a privatização de uma empresa que consumia recursos do Tesouro representava também uma economia orçamentária. Os avanços na reforma da ordem econômica –com a quebra dos monopólios estatais e a abertura ao capital estrangeiro nos serviços de telecomunicações, energia e petróleo–, permitiram acelerar os resultados do Programa Nacional de Desestatização, contribuindo para a redução da dívida pública. Desde então, o governo vem promovendo uma série de reformas estruturais com o objetivo de incentivar a entrada do capital privado na infra-estrutura. Em particular, a montagem de um marco regulatório adequado, capaz de operacionalizar as emendas constitucionais que flexibilizaram os monopólios estatais na infra-estrutura, vem adquirindo crescente importância.

Nesse contexto, a privatização, em princípio, parece fazer sentido já que não existe nenhuma racionalidade em os governos dispenderem energia em assuntos que não lhe são afetos. Um exemplo é a liberalização do comércio realizada de maneira correta e no ritmo certo proporcionando a substituição de ocupações ineficientes e ganhos significativos de eficiência. Entendida na forma de redução de tarifas e eliminação de outras medidas protecionistas, a liberalização refere-se à remoção da interferência do governo nos mercados financeiros, nos mercados de capitais e nas barreiras comerciais.

Destaca-se, assim, a importância das organizações e do papel que desempenham nos mercados já que o suporte da sua confiança reside em um sistema legal formalmente constituído. Antes de se estabelecer um mercado de ações, deve-se ter certeza de que regulamentações reais estão em vigor; para que exista um sistema bancário atual e eficaz, este deve estar respaldado por regulamentações adequadas, da mesma forma que não se desenvolve o mercado imobiliário sem a existência de um registro de imóveis formalmente reconhecido. As instituições sociais são igualmente importantes desde que adequadamente aplicáveis visando dar segurança ao cidadão (no antigo regime socialista não havia seguro desemprego simplesmente pelo fato de não existir desemprego uma vez que todos eram empregados do estado). Conforme mencionado, as organizações legais e reguladoras aqui citadas são aquelas que garantem a execução e a existência de um meio judicial para resolver as disputas comerciais.

Para atuarem no âmbito global foram criadas as organizações internacionais, cuja atuação requer regulamentações específicas, em diferentes níveis. Enquanto organismos financeiros –em particular o Fundo Monetário Internacional (FMI)– foram criadas para melhorar a estabilidade da economia global, o Banco Mundial foi criado com o propósito de erradicar a pobreza e as Nações Unidas para tratar de assuntos de segurança política global. A Organização Mundial do Comércio (OMC)¹ para

¹ Como decorrência da drástica desestabilização econômica resultante da Segunda Guerra Mundial, duas organizações foram criadas no âmbito das negociações que resultaram do Acordo de Bretton Woods (New Hampshire, EUA) em 1944: o Fundo Monetário Internacional (FMI), e o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD, também conhecido como Banco Mundial). Na mesma época, no âmbito comercial, foi discutida a criação da Organização Internacional do

umentar o fluxo do comércio internacional, preconizando, sempre que possível, a remoção de barreiras desnecessárias ao comércio e disponibilizando um fórum mundial propício às negociações comerciais capazes de assegurar que as expectativas que delas resultem sejam favoráveis ao comércio global. Assim, as funções exercidas pela OMC no seu papel de controlar as relações comerciais internacionais são semelhantes àquelas exercidas pelo FMI no tocante às suas relações financeiras internacionais, cada qual estruturado segundo um sistema regulatório específico.

Complexa pelas suas distintas dimensões, a questão da regulamentação tratada nesse trabalho limitar-se-á à liberalização comercial, àquela que leva empresas a fecharem as suas portas pressionadas pela concorrência internacional desleal quando o estado não implementa um sistema regulatório adequado de proteção.

Com a modernização e ampliação do sistema regulatório no Brasil, a Lei nº. 8.031, de 12 de abril de 1990, que definia as regras das privatizações, foi revogada pela Lei nº. 9.491, de 9 de setembro de 1997, que criou o Programa Nacional de Desestatização, e deu outras providências. As empresas e serviços incluídos no PND foram analisados

Comércio (OIC). A elaboração do projeto de criação da OIC foi realizada pelos futuros fundadores do *General Agreement for Trade and Tariffs* (GATT) e por outros países interessados na futura organização. Na época, os EUA eram os mais interessados no convencimento da idéia do liberalismo comercial. O Fórum de discussões, que se estendeu de novembro de 1947 até março de 1948, ocorrido em Cuba (Havana), originou a assinatura da Carta de Havana, na qual constava a criação da OIC. Mesmo com todo seu empenho nas negociações para criação da OIC, os EUA anunciaram, em 1950, que por problemas políticos o projeto não havia sido encaminhado ao Congresso para sua ratificação. Com os EUA fora das negociações, a criação da OIC fracassou. Assim, o GATT –acordo provisório das relações comerciais internacionais– foi o instrumento, que de fato, regulamentou por mais de 40 anos as relações comerciais entre países membros. Em 1946, visando impulsionar a liberalização comercial e combater práticas protecionistas adotadas desde a década de 30, 23 países, posteriormente denominados fundadores, iniciaram negociações tarifárias. Essa primeira rodada de negociações resultou em 45.000 concessões e o conjunto de normas e concessões tarifárias estabelecido passou a ser denominado *General Agreement for Trade and Tariffs* (até 1994, o GATT – Acordo Geral sobre Tarifas ao Comércio– proporcionou a realização de oito rodadas: (i) Genebra 1947 Tarifas; (ii) Annecy 1949 Tarifas; (iii) Genebra 1950-1951 Tarifas; (iv) 1955-1956 Tarifas; (v) Genebra 1960-1961 – Rodada Dillon – Tarifas; (vi) Genebra – Rodada Kennedy – Tarifas e antidumping; (vii) Genebra 1973-1979 – Rodada de Tóquio – Tarifas, medidas não tarifárias, acordos e (viii) Genebra 1986-1994 – Rodada Uruguai – Tarifas, novo marco jurídico, OMC) e, em 1994, deu origem à Organização Mundial do Comércio (OMC, que entrou em funcionamento em 1º de janeiro de 1995). Em 1994, o Brasil passou formalmente a fazer parte da OMC (decreto 1.355), ao Inmetro, estabelecido como “ponto focal” de barreiras técnicas às exportações, coube a responsabilidade de manter um sistema de informação voltado ao exportador brasileiro sobre a regulamentação técnica e procedimentos de avaliação da conformidade dos países membros da OMC (STIGLITZ & CHARLTON, 2005).

econômica e financeiramente por um consórcio escolhido em licitação pública para definir preços mínimos de venda (CARDOSO, 2006).

A criação das agências reguladoras já foi objeto de preocupação específica quando da edição da Constituição Federal do Brasil, em 1988. Mais especificamente, no Título VII, Artigos 170 a 192 da nova Carta Magna Brasileira, que dispõe sobre a ordem econômica e financeira, foi disciplinado o papel do Estado como agente normativo e regulador e como executor subsidiário de atividades econômicas. Foi nesse contexto que foi considerada a possibilidade de transferência à iniciativa privada da prestação de alguns serviços que durante muito tempo estiveram sob o controle estatal. Decorridos sete anos de introdução da nova Constituição, no plano infraconstitucional, a Lei 8987/95 passou a regulamentar o seu artigo 175, introduzindo novas regras sobre o regime de concessões e permissões de serviços públicos. Como fundamento na nova ordem constitucional e legal, foram editadas as Leis 9427/96, 9472/97 e 9478/97, que criaram, nesses anos, respectivamente, a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e a Agência Nacional de Petróleo (ANP), às quais foram transferidas as respectivas atribuições regulatórias dos setores de energia elétrica, das telecomunicações e do petróleo. Foi no contexto desse marco legal que o sistema regulatório brasileiro expandiu de forma expressiva. Ao término de 1993 foi criada a Lei 8630/1993 e, em 1994, seguiu-se a Lei 8884/1994, que deu maior autonomia e maiores atribuições ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) para julgar atos potencialmente prejudiciais à livre concorrência. Em 1998 foi definido o Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MEA) e o importante papel do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), assim abrindo o processo legal que levou à privatização das empresas de geração federais, a começar por Furnas. As primeiras agências reguladoras criadas (ANP, Anatel e Aneel) destinaram-se a regular as áreas de infra-estrutura. Mais tarde vieram as leis referentes às agências reguladoras de transportes, a Agência Nacional de Transportes, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa, Lei 9782/99) e a Agência Nacional de Transportes Terrestre (ANTT, Lei 10233/2001) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq, Lei 10.233/2001, de

consolidação ainda hoje precária). Dentre essas importantes ações de desestatização e pós-desregulamentação da infra-estrutura, merecem destaque a Agência Nacional das Águas (ANA, Lei 9433/1997), com o seu nobre papel de disciplinar o uso e a preservação das águas e as agências que regulam importantes aspectos do Sistema Nacional de Saúde (ANS, Lei 9961/2000).

Na área da saúde, o País mais uma vez seguiu o exemplo dos EUA e de outros países desenvolvidos, fortalecendo um movimento de expansão dessas entidades, que passam a ter poder de intervenção nos mais diversos setores em que se faz necessária a presença reguladora e disciplinadora do Estado, e não apenas nas áreas de atividade econômica outrora monopolizada pelo poder público. Existem, também, agências previstas na Constituição como órgão, mas não como agência reguladora. É o caso da SUSEP (art. 192, inc. II), do Banco Central do Brasil (art. 192, inc. IV) e do Conselho Administrativo de Direito Econômico - Cade (art. 173, § 4º).

Este breve histórico visa não apenas estabelecer uma contextualização para o Capítulo 4, que trata dos diversos organismos que integram o amplo sistema regulatório brasileiro, mas, também, ilustrar a sua complexidade. Complexidade essa ainda maior quando se considera que as agências reguladoras podem ser criadas em todas as esferas, federal, estadual e municipal.

1.2. Regulação e regulamentação, uma dualidade de conceito

Conforme definição consagrada nos dicionários, a regulação é o ato de regular, que significa o “modo como se ajusta a ação (mecânica, biológica ou social) a determinadas finalidades, traduzidas sob a forma de regras e normas previamente definidas”. Neste sentido, a diferença terminológica entre regulação e regulamentação não se refere à sua finalidade (uma e outra visam à definição e cumprimento das regras que operacionalizam objetivos), mas ao fato de a regulamentação ser um caso particular de regulação, uma vez que as regras estão, neste caso, codificadas

(fixadas) sob a forma de regulamentos, acabando, muitas vezes, por terem um valor em si mesmas, independente do seu uso.

1.3. Objetivo, motivação e contexto

O objetivo central do trabalho é propor um código mínimo das ‘boas práticas da regulamentação técnica’ –regras, princípios e instrumentos– visando disciplinar o desenvolvimento e a aplicação de regulamentos e assegurar que estes somente sejam introduzidos (i) quando justificados com base em objetivos legítimos voltados aos interesses públicos (saúde, segurança, proteção do consumidor e meio ambiente); (ii) em benefício da eficiência, eficácia e efetividade do sistema regulatório brasileiro e (iii) com o propósito de evitar barreiras desnecessárias ao comércio, e sem prejuízo dos interesses públicos.

Os principais aspectos que motivaram o desenvolvimento desta pesquisa de mestrado foram: (i) contribuir para o avanço do conhecimento sobre regulamentação técnica e para o aprimoramento das práticas regulatórias; (ii) facilitar a inserção comercial do País em âmbito internacional e (iii) colaborar com o recém criado Comitê Brasileiro de Regulamentação do Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, que recebeu a atribuição do Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro) de aprimorar as práticas regulamentadoras no País.

Por razões históricas e culturais, o trabalho se desenvolveu, reconhecendo que, muito antes de os países terem conquistado acesso à Organização Mundial do Comércio (OMC), estes já haviam consolidado sua regulamentação técnica de forma independente. Fato esse que motivou um movimento mundial de harmonização de nomenclaturas e procedimentos regulatórios e o desenvolvimento de boas práticas da regulamentação com o propósito de reduzir barreiras ao comércio visando interesses públicos e objetivos legítimos.

1.4. Metodologia

No que concernem os preceitos metodológicos que nortearam a pesquisa, a proposição de um código mínimo das 'boas práticas da regulamentação técnica' compreende: (i) na análise das características mínimas dos sistemas regulatórios em relação às recomendações da Organização Mundial do Comércio, do Código de Alfândega e de acordos comerciais regionais e internacionais de conceituados organismos; (ii) no diagnóstico da regulamentação técnica vigente no País à luz da prática internacional e na identificação dos diferentes atores que integram o sistema regulatório brasileiro; e (iii) na identificação dos aspectos funcionais e na eficácia do sistema regulatório brasileiro, por meio de pesquisa de campo conduzida junto aos 29 organismos que integram o referido sistema.

Segundo Vergara (2005) a pesquisa pode ser classificada quanto aos seus fins como 'exploratória' e quanto aos seus meios de investigação como 'bibliográfica' e 'pesquisa de campo'.

A pesquisa desenvolvida é do tipo exploratória porque foi realizada não apenas com o propósito de identificar os diferentes organismos que integram o sistema regulatório brasileiro (para fins do comércio de bens e serviços) mas, também, por ter explorado os aspectos práticos da sua ação funcional e operacional. A pesquisa voltou-se, notadamente, à identificação de especificidades e vulnerabilidades da prática corrente, permitindo-se assim propor um código mínimo das boas práticas da regulamentação técnica. A proposição de um código de boas práticas da regulamentação técnica visa, essencialmente, disciplinar a elaboração e a aplicação de regulamentos, assegurando-se que não sejam mais restritivos ao comércio do que o necessário para realizar um objetivo legítimo.

Quanto aos meios de investigação, a pesquisa fundamentou-se em:

- estudo sistematizado desenvolvido com base em textos legais (leis, decretos, resoluções, portarias, normas, normas regulamentadoras, regulamentos técnicos e outros dispositivos de natureza regulatório) e requisitos de acordos comerciais regionais e internacionais, recorrendo-se ao uso de redes eletrônicas, pesquisa em bibliotecas setoriais e institucionais, apresentando a informação de forma agregada; e

- pesquisa de campo conduzida junto aos 29 organismos que integram o sistema regulatório brasileiro, seguindo os procedimentos propostos em FROTA & FROTA (1994). Para esta pesquisa, elaborou-se um instrumento de coleta de dados, no qual constam questões básicas relacionadas: (i) a aderência ao uso de nomenclaturas próprias praticadas por organizações regionais e internacionais de regulamentação; (ii) a caracterização do organismo regulamentador; (iii) ao conhecimento e uso da legislação aplicável; (iv) ao acesso e conhecimento do Ponto Focal Brasileiro (*Enquiry Point* da OMC); (v) a prática da avaliação de risco recomendada pela OMC; (vi) ao grau de interação e integração com outros agentes do sistema regulatório; e (vii) ao modelo de regulamentação com base no qual RT devem ser desenvolvidos, adotados e implementados e instrumentos de aprovação de um RT.

1.5.

Estrutura do trabalho

A presente dissertação de mestrado encontra-se estruturada em cinco capítulos, um apêndice (desenvolvimento oriundo do presente trabalho) e quatorze anexos (compilação de trabalhos de terceiros de interesse para o trabalho) explicitando informações que complementam as temáticas abordadas no corpo do trabalho. A seguir descrevem-se, sucintamente, o conteúdo e contexto que compõem cada capítulo:

- **Capítulo 1 – O ambiente do sistema regulatório.** Contextualiza a origem das agências reguladoras e quando surgiram no Brasil, e o seu papel como marco de sustentação da privatização. E também apresenta a síntese de conteúdos e estrutura dos cinco capítulos que integram a presente dissertação;
- **Capítulo 2 – Fundamentos da regulamentação técnica.** Visa prover os fundamentos básicos conceituais da tecnologia industrial e de regulamentação necessários ao encaminhamento desta pesquisa relacionada ao desenvolvimento das boas práticas da regulamentação técnica;
- **Capítulo 3 – As boas práticas da regulamentação técnica.** Em cujo contexto, desenvolvem-se os princípios básicos das boas práticas da regulamentação técnica e são apresentadas as estruturas organizacionais necessárias à implementação de um sistema formal e eficaz de regulamentação;
- **Capítulo 4 – O sistema regulatório brasileiro.** Discute o sistema regulatório brasileiro segundo duas vertentes de análise estudadas: (i) identificação do acervo documental da legislação brasileira,

pesquisando escopo, responsabilidades e funções dos atores envolvidos e (ii) avaliação da eficácia do sistema regulatório brasileiro; e

- **Capítulo 5 – Conclusões e recomendações.** Resume as principais conclusões que emanaram das vertentes de análises relacionadas à introdução de um código mínimo de boas práticas da regulamentação técnica no Brasil e apresenta sugestões para desdobramentos futuros do trabalho.

No que se refere à bibliografia utilizada, foram relacionadas todas as obras consultadas e referenciadas no corpo deste trabalho que diretamente subsidiaram o seu desenvolvimento. Em tópico específico, o trabalho também apresenta uma relação dos principais *websites* consultados durante a fase de formulação da dissertação, apresentando-se como estratégica fonte atualizada de informação permitindo consulta *on line* rapidamente atualizável.

Os apêndices agregam as informações da pesquisa de campo conduzida junto aos organismos regulamentadores com o propósito de avaliar a eficácia, coerência e comprometimento do sistema regulatório do País. E os anexos agregam documentos como fonte de fundamentação e comprovação do desenvolvimento da regulamentação técnica federal no Brasil. Embora de domínio público, foram incluídos como anexos visando facilitar desdobramentos futuros do trabalho.