

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NO CONAMA: A INFLUÊNCIA DO AMBIENTE INSTITUCIONAL NA EFETIVA INCORPORAÇÃO DESSE INSTRUMENTO¹

Rosinaldo Sampaio Lobato Junior²

Resumo: A partir de nova legislação promulgada em setembro de 2019, a Administração Pública brasileira passou a precisar incorporar a elaboração de análises de impacto regulatório (AIR) para a edição ou alteração de atos normativos em toda a esfera federal. No entanto, pesquisas têm apontado para um distanciamento entre os ideais estabelecidos para a AIR e as diferentes práticas institucionais observadas no mundo real, o que a literatura têm chamado de “difusão sem convergência” das práticas institucionais. A partir dessa constatação, este artigo tem como objetivo apontar de que forma o ambiente institucional vislumbrado no Conselho Nacional do Meio Ambiente poderá influenciar na incorporação deste instrumento. Para tanto, o artigo está estruturado em três seções. A primeira seção buscou esclarecer o conceito da AIR e seus fundamentos. A segunda seção buscou expor, em termos gerais, o modelo de governança regulatória ambiental adotado no Brasil, e algumas disfunções organizacionais constatadas nele. Por fim, a terceira seção explicita quais os fatores que mais impactarão no desenvolvimento de AIRs no CONAMA. A conclusão é no sentido de que se reconhece que a mudança institucional é incremental, mas as novas provisões

¹ Pesquisa realizada com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, sob o edital de financiamento vinculado ao PS-PPGD 2019 da FGV Direito Rio.

² Advogado e bolsista FGV. Mestrando em Direito da Regulação na Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro - FGV/RJ. LL.M. (Master of Laws) em Direito Empresarial também pela FGV/RJ, com ênfase concomitante nas áreas: (1) licitações e contratos administrativos; e (2) planejamento tributário e processo tributário estratégico.

normativas foram exíguas o suficiente para permitir uma manutenção do status quo.

Palavras-Chave: Regulação. Governança regulatória. Instituições. Análise de impacto regulatório. Regulação ambiental.

Abstract: From legislation enacted in September 2019, Brazilian Government was required to prepare regulatory impact analysis (RIA) for the editing or amendment of normative acts throughout the Brazilian federal sphere. However, researches have pointed to a gap between the ideals established for the RIA and the different institutional practices observed in the real world, what the literature has called “diffusion without convergence” of institutional practices. From this finding, this article aims to point out how the institutional environment observed in the National Environmental Council (CONAMA, in portuguese) may influence the incorporation of this instrument. To this end, the article is structured in three sections. The first section sought to clarify the concept of RIA and its fundamentals. The second section sought to expose, in general terms, the model of environmental regulatory governance adopted in Brazil, and some organizational dysfunctions found in it. Finally, the third section explains which factors will impact most the development of RIAs in CONAMA. The conclusion is that it is recognized that institutional change is incremental, but the new normative provisions were scant enough to maintain the status quo.

Keywords: Regulation. Regulatory governance. Institutions. Regulatory impact assessment. Environmental regulation.

INTRODUÇÃO



partir da instituição da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, em setembro de 2019, a Administração Pública passou a precisar incorporar a elaboração de análises de impacto regulatório (AIR) para a edição ou alteração de atos normativos em toda a esfera federal brasileira. No entanto, pesquisas³ têm apontado para um distanciamento entre os ideais estabelecidos para a AIR e as diferentes práticas institucionais observadas no mundo real, o que a literatura têm chamado de “difusão sem convergência” das práticas institucionais.

A partir dessa constatação, este artigo tem como objetivo apontar de que forma o ambiente institucional vislumbrado no Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) poderá influenciar na incorporação *efetiva* desse instrumento. Para tanto, o artigo está estruturado em três seções. A primeira seção buscou esclarecer o conceito da análise de impacto regulatório e os fundamentos que levaram à sua incorporação nos processos decisórios ao redor do mundo e, mais recentemente, no Brasil. A segunda seção buscou expor, em termos gerais, o modelo de governança regulatória ambiental adotado no Brasil e algumas disfunções organizacionais constatadas nele. Por fim, a terceira seção explicita quais os fatores do ambiente institucional que mais impactarão no desenvolvimento de AIRs no CONAMA, sendo eles: (1^a) o tipo de burocracia responsável pela AIR; (2^a) as características do processo decisório; (3^a) a capacidade do Governo de processar e lidar com conflitos distributivos; e (4^a) os atores envolvidos na AIR. A conclusão é no sentido de que se reconhece que a mudança institucional é incremental, mas as novas provisões normativas foram exíguas o suficiente para permitir uma manutenção do status quo. Por esse motivo, o artigo estabelece algumas breves sugestões para reforçar um ambiente institucional propício ao desenvolvimento de análises de impacto regulatório que atendam aos propósitos desse instrumento.

³ Conferir seção 1, e especialmente a nota de número 19.

Neste artigo de metodologia qualitativa, a dimensão descritiva será parte essencial para estruturar um raciocínio coeso. Entretanto, o maior enfoque será normativo, na medida em que estabelece uma visão crítica das disfunções constatadas no ambiente institucional do CONAMA, seus impactos na AIR, e, ao final, realiza prescrições. A pergunta-problema pode ser sintetizada da seguinte maneira: *de que forma o ambiente institucional poderá influenciar na efetiva incorporação da AIR no CONAMA?* Nesse intuito, ainda que a compreensão da dogmática jurídica não seja desprezível, maior ênfase será dada à abordagem zetética.

1 A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

Esta seção tem como objetivo esclarecer o conceito da análise de impacto regulatório e os fundamentos que levaram à sua incorporação nos processos decisórios ao redor do mundo e, mais recentemente, no Brasil. Além disso, visa esclarecer que seu funcionamento depende da observância de determinados parâmetros que são diretamente influenciados pelo ambiente institucional. Vejamos.

A análise de impacto regulatório (AIR) é um instrumento metodológico de decisão que tem por objetivo organizar e incrementar raciocínios consequencialistas no Direito, servindo como estrutura de justificação destinada a conduzir os processos decisórios e a impor ônus de prova e de argumentação por tomadores reais de decisão, sejam eles legisladores, reguladores ou juízes.⁴ Para os fins do presente artigo, será dada particular atenção à AIR no campo da regulação, que tornou-se obrigatória para

⁴ LEAL, Fernando. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? *No prelo*, pp. 5-15. Acrescente-se que Leal nota que: “ter um mecanismo de justificação conhecido e estável é útil não só para a apreciação da qualidade das decisões que dele se seguem, como para o desenvolvimento de reflexões sobre a adequação da própria metodologia de decisão para a realização dos seus propósitos após a sua efetiva aplicação na realidade”.

todos os atos normativos editados ou alterados a partir da Lei nº 13.874 de setembro de 2019.

Dito de outra forma, esse instrumento metodológico de decisão é adotado com o objetivo de aprimorar e organizar a base empírica das decisões político-regulatórias, e, conseqüentemente, facilitar prognoses. Na medida em que melhora a compreensão dos possíveis impactos da ação governamental no mundo real, pode ainda ser um instrumento que favorece a coordenação regulatória, visto que revela conexões entre possíveis cursos de ação e seus potenciais *trade-offs*. Além disso, a AIR fomenta uma maior compreensão por parte dos cidadãos dos possíveis impactos das decisões políticas, favorecendo envolvimento populacional e a responsabilização governamental. E, na medida em que há maior abertura à sociedade, as decisões públicas tendem, em tese, a favorecer mais a interesses difusos, ao invés de grupos organizados.⁵

A esse processo, que deve ocorrer *anteriormente* à tomada de decisão, convencionou-se chamar de AIR *ex ante*. No entanto, na medida em que as antecipações quanto aos efeitos reais das decisões são passíveis de falibilidade e podem se provar satisfatórias ou não, os prognósticos realizados devem ser submetidos a monitoramento e a posterior revisão. Ao processo que é desenvolvido *posteriormente* à tomada de decisão convencionou-se chamar de AIR *ex post*.⁶

Em verdade, a elaboração e utilização de uma metodologia específica para garantir a adequação entre normas e os futuros impactos desejados não é novidade. Tradicionalmente, este é o objeto da *legística material*, que busca compreender e

⁵ OECD. *Building na Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): guidance for policymakers*. OCDE publishing. [s.l.]. Version 1.1, 2008, pp. 16.

⁶ Acrescenta-se ainda que, para a OECD, a AIR seria: (1) um instrumento que serve de suporte para decisões informadas; e (2) o processo decisório em si. Ainda que a diferenciação possa ser relevante, optou-se por uma conceituação simplificada que atenda ao objetivo do presente artigo. Cf.: OECD. *Reviews of Regulatory Reform. Regulatory Impact Analysis: a tool for policy coherence*. OCDE publishing. [s.l.]. 2009, pp. 12-26. Disponível em: <<https://dx.doi.org/10.1787/9789264067110-en>>.

racionalizar o processo de produção normativa para promover um incremento de sua eficácia substantiva na sociedade.⁷⁻⁸ Na origem, a legística material (e a legisprudência⁹ em geral) atendia às demandas da produção normativa no ciclo de políticas públicas, até que recentes movimentos, preocupados com a qualidade das normas que operacionalizavam os programas públicos finalizáveis,¹⁰ deslocaram essa particular atenção com uma metodologia decisória consequencialista para o campo da regulação.¹¹

No campo da legística material destinada às políticas públicas, as etapas gerais dessa metodologia costumam ser controversas em meio aos cientistas políticos.¹² Em geral, as etapas são identificadas em seis: (1) reconhecimento político e identificação do problema; (2) estabelecimento da agenda; (3) formulação da política; (4) adoção da política; (5) implementação da política; e (6) monitoramento e avaliação da política. No entanto, as divergências surgem quanto ao conteúdo e alcance exato de cada etapa, e quanto ao impacto de cada etapa nas demais, considerando que essa diferenciação estática, com fins didáticos,

⁷ CHEVALLIER, Jacques. A Racionalização da Produção Jurídica. *Cadernos de Ciência da Legislação*, Oieiras, n. 3, jan-mar, 1992, p. 9- 23.

⁸ MADER, Luzius. Evaluating the Effects: a contribution to the quality of legislation. *Statute Law Review*, vol. 22, p. 119-131, 2001. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/85212314.pdf>>.

⁹ Sobre o assunto, cf. a obra: OLIVER-LALANA, Daniel; WINTGENS, Luc. *The Rationality and Justification of Legislation: essays in legisprudence*. Springer, 2013.

¹⁰ Programas normativos finalizáveis “refere[m]-se às leis que, em vez de regulamentarem atemporalmente condutas de particulares, dão contornos jurídicos a políticas públicas de execução cronologicamente verificável, portanto, num certo sentido, finalizáveis, com início, meio e fim na realização dos objetivos a que se dirigem”. DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a Lei. Introdução a um Procedimento Metódico. *Caderno Escola do Legislativo*, vol. 7, n. 12, 2004, p. 101-143.

¹¹ Sobre o movimento de melhoria regulatória, cf., p. ex.: LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. High-Quality Regulation: its popularity, its tools and its future. *Public Money & Management*, vol. 29, n. 3, p. 145-152, 2009.

¹² THEODOULOU, Stella Z. How Public Policy is Made. In: CAHN, Matthew A.; THEODOULOU, Stella Z. (Ed.). *Public Policy: The Essential Readings*. Prentice Hall, 1995.

tem dificuldade de enquadrar o que na verdade é um ciclo dinâmico inter-relacionado.

Ao se tratar especificamente sobre análise de impacto regulatório, a literatura ainda não parece apontar para um consenso relativo às suas etapas gerais, nem mesmo para o conteúdo e alcance exatos que cada etapa deveria ter. Para a *Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico* (OCDE), que tem promovido a difusão desse instituto, suas etapas gerais são: (1) definição do contexto político e dos objetivos, em particular a identificação sistemática do problema; (2) identificação e definição de todas as opções de ação ou omissão (regulatórias e não-regulatórias) que alcancem o objetivo político; (3) identificação e quantificação dos impactos das opções consideradas; (4) desenvolvimento de estratégias de execução (*enforcement* e *compliance*) de cada opção; (5) desenvolvimento de mecanismos de monitoramento para avaliar o sucesso da opção escolhida e possibilitar a aprendizagem incremental; (6) consultas públicas incorporadas sistematicamente ao longo do processo. No entanto, a Organização reconhece que esses são apenas passos gerais e que podem ser enriquecidos pela experiência acumulada.¹³

Para operacionalizar essas etapas sistemáticas, Radaelli¹⁴ identificou que a AIR conta com uma ampla variedade de técnicas que podem ser utilizadas de forma flexível para medir empiricamente as consequências de alternativas regulatórias, possibilitando decisões mais bem-informadas. Das mais rudimentares às mais sofisticadas, as técnicas de análise variam ao redor do mundo de acordo com a jurisdição, ou mesmo de acordo com os propósitos regulatórios da entidade que a desenvolve.¹⁵

¹³ OECD. *Building na Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): guidance for policymakers*. OCDE publishing. [s.l.]. Version 1.1, 2008, pp. 16.

¹⁴ RADAELLI, Claudio M. The Diffusion of regulatory impact analysis – best practice or lesson drawing? *European Journal of Political Research*, vol. 43, 2004, pp. 723-747.

¹⁵ Ellig, McLaughlin e Morral III, e: ELLIG, Jery; MCLAUGHLIN, Patrick A.; MORRALL III, John F. Continuity, change, and priorities: The quality and use of regulatory analysis across US administrations, *Regulation & Governance*. [s.l.]. v. 7,

No entanto, a ausência de uma estrutura metodológica unívoca para replicação levou a críticas relativas ao alto risco de distanciamento entre os ideais da AIR e as diferentes práticas institucionais observadas no mundo real. Em suma, a preocupação surge após a constatação pela OCDE de uma tendência, por parte de agentes públicos, de formulação de AIRs rasas, inconsistentes e incompletas.¹⁶ Com isso, a AIR deteriora-se a mero formulário formalístico que pouco ou nada influencia nos processos regulatórios, e não altera significativamente as janelas de oportunidade de participação e nem os ônus argumentativos dos agentes envolvidos nesses processos.

Nesse cenário, Fernando Leal entende que a análise de impacto regulatório deixa de funcionar apropriadamente como uma estrutura de justificação *consequencialista* de decisões.¹⁷ Essa disfunção institucional ocorre quando as dimensões descritiva e normativa do raciocínio consequencialista não são

n. 2, p.153-173, 2013. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1748-5991.2012.01149.x>>.

¹⁶ OECD. Reviews of Regulatory Reform. *Regulatory Impact Analysis: a tool for policy coherence*. OCDE publishing. [s.l.]. 2009, pp. 17. Disponível em: <<https://dx.doi.org/10.1787/9789264067110-en>>.

¹⁷ “Se é verdadeiro que a AIR ainda carece de estrutura amplamente reconhecida, isso não significa afirmar a inexistência de aspectos consensuais subjacentes às suas mais diferentes versões. O mais evidente deles reside no fato de a AIR se oferecer como uma estrutura de justificação consequencialista de decisões. Como tal, ela pressupõe uma estrutura formal básica que se organiza em torno de três etapas e duas dimensões. As etapas seriam: (i) a fixação das alternativas de decisão, (ii) a identificação das consequências atreladas a cada uma das alternativas de decisão e (iii) a identificação de um critério de valoração para ordenar os distintos estados do mundo que podem advir da implementação das diferentes alternativas decisórias. Note-se, nesse particular, como essas etapas básicas aparecem, ainda que nem sempre de forma explícita, nas diferentes formulações de AIR apresentadas anteriormente. As duas dimensões de um raciocínio consequencialista, por sua vez, seriam: (i) a positiva, que se expressa no esforço de prognose dos efeitos que podem ser produzidos pelas diferentes alternativas e (ii) a normativa, que decorre da aplicação do critério selecionado para o estabelecimento de uma relação de preferência entre os distintos estados do mundo de modo a justificar a decisão pela alternativa que conduza à consequência considerada desejável à luz do critério selecionado”. LEAL, Fernando. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? *No prelo*, p. 9.

“levadas a sério”, porque normalmente exigem significativos esforços de justificação. Na dimensão descritiva, é preciso que dados e estudos técnicos subsidiem o processo regulatório, de forma a diferenciar prognoses confiáveis de meras especulações – ou, nas palavras de Leal, é “a *justificação epistêmica* dos juízos de antecipação do futuro” que está em jogo.¹⁸

Já na dimensão normativa, é preciso que haja a efetiva participação dos afetados pelas escolhas regulatórias, para que se possa capturar a vontade populacional e a sua valoração diante das diferentes alternativas disponíveis, trazendo legitimidade ao processo. Isso porque enquanto metodologia *consequencialista*, as pretensões da AIR estão vinculadas aos conceitos de racionalidade instrumental e de racionalidade enquanto consistência¹⁹, e teoricamente desvinculadas de qualquer critério valorativo prévio de organização de preferências.

De fato, as pesquisas sobre a difusão mundial da análise de impacto regulatório corroboram com as inquietações da OCDE e têm demonstrado uma “difusão sem convergência” das práticas institucionais.²⁰ No contexto brasileiro, identificou-se que existem apontamentos sobre uma adoção inconsistente,

¹⁸ LEAL, Fernando. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? *No prelo*, p. 10.

¹⁹ Sobre a racionalidade instrumental: “the problem is: *given a goal*, what is the best way to achieve it?”. Já sobre a racionalidade enquanto consistência: “a consistent succession of preferences is the requirement that preference change should not be irrational, but somehow be shaped by preference-relevant causal processes. (...) Change of preference through learning, experience and argument need not be irrational”. EL-STER, Jon. Rationality. In: FLØISTAD, Guttorm (Org.). *Contemporary philosophy II*. The Hague/Boston/London: Nijhoff, 1983, pp. 111–131.

²⁰ (1) RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment, *Journal of European Public Policy*, 12:5, pp. 932.

(2) STARONŮVÁ, Katarína. Regulatory Impact Assessment: Formal Institutionalization and Practice. *Journal of Public Policy*, Vol. 30, No. 1, (April 2010), pp. 117–136.

(3) KINGLER-VIDRA, Robyn; SCHLEIFER, Phillip. Convergence More or Less: Why Do Practices Vary as They Diffuse? *International Studies Review* (2014) 16, 264–274.

casuística e inapta da AIR tanto a partir de pesquisa empírica levantada pela academia,²¹ quanto em auditoria promovida pelo Tribunal de Contas de União (TCU), que desenvolveu nos anos de 2018 e 2019 um amplo relatório sistêmico para identificar disfunções burocráticas.²²

No caso do relatório sistêmico desenvolvido pelo TCU, a Corte de Contas identificou a existência do documento “Diretrizes Gerais e do Guia Orientativo Para Elaboração De Análise De Impacto Regulatório”, aprovado desde o primeiro semestre de 2018. Ainda assim, expediu recomendação para que a Presidência da República

9.1.1.1. *adote providências para promover a orientação, a capacitação e o estímulo para a observância da análise de impacto regulatório na elaboração ou alteração de todo normativo infralegal que tenha potencial de onerar os usuários dos serviços prestados ou os agentes econômicos envolvidos, por qualquer órgão ou entidade com competência para tanto, avaliando a possibilidade de tornar obrigatória essa observância, a fim de dar cumprimento ao art. 5º da Lei 13.726/2018.*²³ (Ênfase do autor).

Dessa maneira, o relatório sistêmico do TCU indica que a adoção de prescrições e guias gerais não contribuirão para a efetiva incorporação da AIR no processo normativo brasileiro enquanto não for viabilizado o incremento *real* da capacidade institucional das estruturas regulatórias. Mais do que isso, o relatório indica que “muitos dos órgãos que exercem atribuições regulatórias *não se enxergam como reguladores e não exercitam os controles e cautelas que são inerentes à ação regulatória*”,²⁴ o que sinaliza para a predominância de um ambiente regulatório rudimentar nas estruturas brasileiras.

Não é por outro motivo que Radaelli discorre²⁵

²¹ PECCI, Alketa. Avaliação do Impacto Regulatório e sua Difusão no Contexto Brasileiro. *Revista de Administração de Empresas*, v. 51, n. 4, jul/ago 2011, p. 336-348.

²² Acórdão 1.263 de 2019 TCU/Plenário. Relator: Vital do Rêgo.

²³ Acórdão 1.263 de 2019 TCU/Plenário. Relator: Vital do Rêgo, p. 53.

²⁴ Acórdão 1.263 de 2019 TCU/Plenário. Relator: Vital do Rêgo, p. 37.

²⁵ RADAELLI, Claudio M. The Diffusion of regulatory impact analysis – best

sistematicamente sobre a necessidade de se complementar a existência de guias gerais e indicadores de melhores práticas (*best practices*) com uma abordagem contextual de aprendizagem institucional (*lesson-drawing*). Uma vez que o sucesso da aprendizagem institucional é o produto de uma grande quantidade de variáveis próprias à realidade de cada estrutura regulatória em particular, a consideração dessas variáveis não poderia ser deixada de lado ao se operacionalizar as diretrizes gerais em busca de se atingir as metas estabelecidas pela abordagem de melhores práticas. Em outras palavras, os problemas reais próprios a cada estrutura regulatória precisam ser observados, e, a partir daí, contemplados com respostas direcionadas especificamente à essa realidade.

Assim, a abordagem contextual reconhece as limitações e os obstáculos enfrentados durante a tentativa de se incorporar ao ordenamento brasileiro um novo instituto proveniente de estruturas regulatórias imersas em realidades políticas e organizacionais distintas, como é o caso da AIR, instituto originalmente anglo-saxão. Através dessa abordagem gera-se maior oportunidade para que as dificuldades sejam contornadas a partir de métodos de aprendizagem focados nas variáveis contextuais, ao invés da tentativa de mudança se limitar a prescrições abstratas.

Nesse sentido, a OCDE expediu em 2008 um amplo documento chamado “*Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers*”. Essa diretriz geral, que combina as abordagens de *best practice* e de *lesson-drawing*, estabelece a necessidade de se avaliar as condições específicas do ambiente regulatório para que a AIR não sofra uma deterioração.²⁶

practice or lesson drawing? *European Journal of Political Research*, vol. 43, p. 729, 2004.

²⁶ “Given the potential capacity constraints of countries and a variety of conditions, the objective of this publication is not to specify how a RIA must be undertaken, but to raise issues that an analyst may need to address to build a framework to conduct RIA. The paper is based on the OECD principles for effective RIA implementation.

De forma sintética, o documento (1) estimula que sejam avaliadas algumas condições pressupostas para a incorporação efetiva das AIRs no processo regulatório, como o compromisso político e a designação de recursos humanos e orçamentários; (2) estimula que haja também uma avaliação da arquitetura institucional ao redor da AIR, para que o instrumento possa operar de forma coordenada, flexível, transparente e eficaz; (3) estimula que sejam observadas algumas condições imprescindíveis para que a burocracia responsável esteja apta a desenvolver AIRs, como a construção de redes informacionais e a disponibilização de capacitação ao pessoal designado.

Considerando que instituições são grupos relativamente duradouros de regras formais e informais organizadas, incorporadas em estruturas de significado e (ou) de recursos que são relativamente invariáveis em face de indivíduos mutáveis e relativamente resistentes às preferências e expectativas idiossincráticas dos indivíduos e às mudanças nas circunstâncias externas, pode-se inferir que a manipulação do desenho institucional por parte dos agentes políticos é a tentativa de influenciar na dinâmica estabelecida pelas restrições comportamentais formais (regras positivadas) e informais (hábitos e herança cultural) de uma sociedade.²⁷

Nesse sentido, a próxima seção tem por objeto apresentar a conformação juspolítica da regulação ambiental brasileira, de forma a estabelecer algumas condições preexistentes no contexto institucional que são identificadas como “disfunções

Institutions matter; before embarking on designing and implementing a RIA process, policy-makers involved with regulatory management and policy issues need to consider whether some basic preconditions are in place and to what extent existing institutions can provide a good framework for implementation”. OECD. *Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA)*: guidance for policymakers. OCDE publishing. [s.l.]. Version 1.1, 2008, p. 8.

²⁷ NORTH, Douglass. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. São Paulo: Três Estrelas, 2018; MARCH, James J.; OLSEN, Johan P. Elaborating the “new institutionalism”. In: BINDER, Sarah; RHODES, R. A.; ROCKMAN, Bert. *The Oxford Handbook of Political Institutions*. New York: Oxford University Press, 2006.

organizacionais”, na medida em que a estrutura de governança adotada pode afetar negativamente na consecução dos mandamentos do art. 225 da Constituição Federal brasileira²⁸ e, mais especificamente, afetar negativamente na incorporação da análise de impacto regulatório nesse subsistema jurídico.

2 A REGULAÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA

Esta seção tem por objetivo expor, em termos gerais, o modelo de governança institucional da regulação ambiental brasileira. Mais especificamente, será explorado o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), órgão responsável pela normatização ambiental federal. Para tanto, são evidenciados os fundamentos de sua instituição, e, a partir dessa contextualização, passa-se ainda a demonstrar algumas disfunções constatadas no modelo de governança que refletem em questionamentos sobre transparência, legitimidade democrática e racionalização no processo normativo.

2.1 O MODELO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA PÚBLICA AMBIENTAL

O marco geral da atual regulação ambiental brasileira foi instituído pela Lei 6.938 de 1981, que promulgou a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA). Através desse diploma instituiu-se o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), um sistema de gestão ambiental descentralizada, que parte da premissa de federalismo cooperativo, e supõe um fluxo contínuo de informações por ramificações que, “partindo do sistema nervoso central da União, passa pelos feixes nervosos dos Estados e atinge as periferias mais remotas do organismo político-

²⁸ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...).

administrativo brasileiro, através dos Municípios”.²⁹ O SISNAMA em si não possui personalidade jurídica, mas é considerado instituição através das entidades da administração direta e indireta que o compõem.

Nessa configuração, a direção superior das políticas públicas ambientais ficou a cargo do Conselho de Governo (CG), intitulado “órgão superior” do SISNAMA, que possui como função assessorar diretamente o Presidente da República em assuntos relativos a políticas públicas socioambientais. E é justamente nesse ambiente em que são estabelecidas as diretrizes com as prioridades governamentais, que, ao menos em teoria, devem ser responsáveis às demandas de uma sociedade sufragista.³⁰ Sua função é, portanto, política.

No entanto, em um contexto marcado pela baixa legitimidade do modelo burocrático brasileiro,³¹ a imposição da vontade do Chefe do Executivo dificilmente será aceita de forma pacífica como a expressão de uma sociedade internamente coerente. Como uma resposta às pressões sociais para “democratizar a democracia”, foi então instituído Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) – que possui função consultiva em

²⁹ Milaré, Édis. *Direito do ambiente*. 11ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 878.

³⁰ No entanto, a experiência histórica tem levado ao desprestígio da democracia representativa, se considerada isoladamente. Isso porque há certo consenso na literatura de que os sistemas democráticos delegativos, enquanto tradicionalmente concebidos, permitem abusos autocráticos e oligárquicos se não houver efetiva permeabilidade social nos processos decisórios, especialmente em sociedades plurais e complexas, como é o caso do Brasil. Isso trouxe significativas mudanças nos paradigmas do Direito Administrativo, que foram construídos através dos séculos para funcionarem como uma dogmática a serviço dos donos do poder. Sobre o assunto, cf., p. ex.: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, capítulo IV. Conferir também: BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, terceira parte, pp. 90-118.

³¹ COSTA, Gustavo Pereira da. *Heranças patrimonialistas, (dis)funções burocráticas, práticas gerenciais e os novos arranjos do estado em rede*: entendendo a configuração atual da administração pública brasileira. Tese (Doutorado em Administração) - FGV - Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, pp. 50-82.

relação às políticas públicas ambientais, e deliberativa em relação à normatização de padrões técnicos de qualidade ambiental.

O modelo de Conselho adotado pelo CONAMA pressupõe representantes do governo e da sociedade civil, com a finalidade de incrementar a participação administrativa e dar voz aos múltiplos interesses atingidos pelas decisões governamentais. Em outras palavras, entende-se que os Conselhos de políticas públicas “correspondem a uma tentativa de ampliação do controle democrático dos órgãos estatais em geral (...) e procuram ultrapassar os muitos filtros que uma política eleitoral partidária coloca aos interesses dos menos capazes de se impor”.³² No âmbito dos interesses difusos, a necessidade de ampliação da participação fica ainda mais evidente.

Ao Ministério do Meio Ambiente (MMA) coube o papel de órgão central, competindo-lhe planejar, coordenar, supervisionar e controlar as diretrizes governamentais fixadas pelo Conselho de Governo em coordenação com o CONAMA. Em outras palavras, o MMA é um órgão gerencial, mas que não fora dotado pela PNMA de amplos poderes de normatização ou fiscalização.

A execução da política ambiental coube ao IBAMA e ao ICMBio, que foram concebidos em regime de descentralização administrativa. Eles são responsáveis pelas funções de monitoramento, fiscalização e sanção, contando com relativa autonomia administrativa e financeira para isso.

Por sua vez, os órgãos ambientais estaduais e municipais funcionam como “órgãos seccionais e locais” do SISNAMA, sujeitando-se por completo à normatização federal. Ainda que o modelo geral federal seja seguido pelos demais entes federativos, é certo que os Estados e Municípios possuem autonomia administrativa para definirem suas estruturas ambientais.

Em síntese, o SISNAMA pode ser compreendido através do seguinte esquema:

³² LOPES, José Reinaldo de Lima. Os Conselhos de Participação Popular: validade jurídica de suas decisões. Revista de Direito Sanitário, vol. 1, n. 1, Novembro de 2000.

<i>FUNÇÃO</i>	<i>ESTRUTURA ADMINISTRATIVA</i>
Políticas públicas ambientais	Conselho de Governo (Órgão superior)
Consultiva – políticas públicas Deliberativa – padrões técnicos	Conama (Órgão consultivo e deliberativo)
Gerencial	MMA (Órgão central)
Executiva	IBAMA e ICMBio (Órgãos executores)
- (Possuem modelo próprio)	Estados (Órgãos seccionais)
- (Possuem modelo próprio)	Municípios (Órgãos locais)

Figura 1 (elaboração própria).

2.2 DISFUNÇÕES ORGANIZACIONAIS³³ DO SISNAMA

O SISNAMA foi instituído em um cenário em que o modelo burocrático de gestão pública era particularmente sintomático. Nesse momento histórico, a lei formal era entendida como imediata resposta resolutiva, de modo que para cada novo problema, uma nova lei instituindo uma nova entidade reguladora era vista como solução.³⁴ Nas palavras de Bresser Pereira, “a administração burocrática é lenta, cara, autorreferida, e pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos

³³ Partindo da premissa de que organizações são grupos de indivíduos vinculados por algum propósito comum em busca de determinados objetivos, para os fins deste artigo entende-se que as “disfunções organizacionais” do SISNAMA são o conjunto de condições formais ou informais, e explícitas ou tácitas, que subvertem os propósitos das instituições ambientais, que, em geral, legitimam-se dogmaticamente a partir do art. 225 da Constituição Federal.

³⁴ SAMPAIO, R. S. R. Regulação Ambiental. In: Sergio Guerra. (Org.). *Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar*. 1ªed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2014, v. 1, p. 324. Sobre o problema, aduz o autor: “Para cada novo assunto, para cada nova ameaça ao meio ambiente apontada pela ciência o modelo de governança ambiental brasileiro foi acrescentando mais um colegiado, mais uma autarquia. O resultado está refletido em uma complexa rede de entidades dedicadas à proteção dos bens, recursos e serviços ambientais, nas três esferas [federativas] de poder (...)”.

cidadãos”.³⁵

O modelo burocrático de gestão pública, ainda que marcado por graves deficiências, foi considerado à época de sua instituição a melhor alternativa disponível em relação ao anterior Estado patrimonialista, no qual a propriedade e os interesses particulares dos detentores do poder confundiam-se com a propriedade e os interesses estatais. Entretanto, no Brasil, a administração pública burocrática não foi bem-sucedida em extirpar a administração patrimonialista.

Todas essas falhas ficam evidentes quando se constata o “caos institucional de governança que atualmente impera na área ambiental”,³⁶ decorrente de um desenho fragmentado e complexo, que exige coordenação entre uma miríade de instituições socioambientais especializadas, e se prova ineficiente e ineficaz para lidar com as demandas ambientais e promover o meio-ambiente equilibrado.

Isso porque a excessiva fragmentação institucional gera o que a literatura econômica chama de *deseconomia de escopo*, com altos custos de transação para o setor privado compreender e se adaptar à ordem jurídica, e altos custos de coordenação regulatória para o próprio setor público.³⁷

Tratar em profundidade dos problemas de coordenação regulatória escapa ao recorte deste artigo, mas é oportuno perceber que a tomada de decisão depende de uma vasta rede de técnicos e especialistas vinculados a estruturas descoordenadas, que são orientados por diferentes vetores. Isso acontece porque ainda que as instituições socioambientais detenham

³⁵ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, ano 47, volume 120, n. 1, jan.-abr. 1996, pp. 7-8.

³⁶ SAMPAIO, R. S. R. Regulação Ambiental. In: Sergio Guerra. (Org.). *Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar*. 1ªed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2014, v. 1, p. 340.

³⁷ Sobre o assunto, conferir: MARISAM, Jason. Duplicative Delegations. *Administrative Law Review*, 63, 181, 184 (2011) 1131. Complementarmente, conferir: FREEMAN, Jody; ROSSI, Jim. Agency Coordination in Shared Regulatory Space, 125 *Harvard Law Review*, 1131.

competências superpostas, os bens tutelados possuem conjuntos de valores orientadores específicos para cada entidade, requerendo diferentes recortes epistêmicos, e, portanto, capacidades técnicas distintas.

A harmonização entre essas diferentes finalidades públicas legítimas a serem promovidas não é tarefa simples, mesmo porque os subsistemas socioambientais com estruturas regulatórias particulares percebem, reagem e processam os estímulos sociais conforme seus próprios códigos e programas de operação, na condição de sistemas parciais autopoieticos.³⁸

Todas essas informações devem ser processadas pelo Conselho de Governo e pelo CONAMA para que as políticas e normas ambientais sejam congruentes com as finalidades públicas que lhes justificam. Não obstante, a governança regulatória dessas instituições tem sido submetida a um escrutínio marginal no que se refere à sua adaptação ao modelo de Estado regulador gerencial. Profundamente sujeita às intempéries político-partidárias, a regulação ambiental ainda confunde as instâncias técnicas e políticas, o que torna contestável a própria fundamentação epistêmica das resoluções normativas. Explica-se a seguir tais disfunções organizacionais em maiores detalhes.

Conforme já mencionado, o órgão superior e político do meio ambiente *deve* ser o Conselho de Governo. Contudo, esse órgão nunca foi instituído pelo Executivo³⁹, e esse papel tem sido realizado pelo CONAMA, inflacionando suas atribuições. Assim, atualmente, o CONAMA e o IBAMA representam a espinha dorsal da regulação ambiental brasileira em âmbito federal⁴⁰.

³⁸ Ressalte-se que isso não significa dizer que são absolutamente indiferentes aos estímulos de outros subsistemas, até porque o que ocorre é uma interdependência entre os acoplamentos estruturais que gera a possibilidade de aprendizagem (e coordenação) mútua. Sobre o assunto, cf.: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 93-100.

³⁹ O Decreto XXX, que instituiu de fato a estrutura organizacional do SISNAMA no âmbito do Executivo, foi omissivo quanto ao Conselho de Governo.

⁴⁰ SAMPAIO, R. S. R. Regulação Ambiental. In: Sergio Guerra. (Org.). *Regulação*

Quanto ao CONAMA, o ideal de participação social que o fundamenta se relaciona à contenção de regras decisórias autoritárias. Uma vez que a resolução de demandas conflitantes de um grande número de partes interessadas é essencialmente um processo político, a participação legitimaria as normas por dar voz aos grupos menos favorecidos, e pela eficiência gerada por maiores informações agregadas, possibilitando ponderações racionais.

Entretanto, o CONAMA conta com um modelo de conformação burocrática que demonstra que “qualquer expectativa em relação às capacidades participativas do conselho não se relaciona com seus instrumentos fundacionais”⁴¹. O que restou evidenciado em pesquisa feita junto aos Conselheiros e diante das reuniões⁴² é que a composição e o funcionamento do CONAMA, diametralmente opostos à permeabilização social, acentuam a assimetria de informações e as diferenças de poder de barganha no Plenário. Em outras palavras, sua conformação burocrática resulta em um baixo dialogismo entre os representantes dos diversos setores que atualmente o compõem (governamental, econômico e ambientalista). A atual composição de Conselheiros garante a hegemonia da União nas votações plenárias⁴³,

no Brasil: Uma visão multidisciplinar. 1ªed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2014, v. 1, p. 307-334.

⁴¹ BRAVO CRUZ, Fernanda Natasha. *Conselhos nacionais de políticas públicas e transversalidade: (des)caminhos do desenvolvimento democrático*. Tese (Doutorado em Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional) – Universidade de Brasília, 2017, p. 50.

⁴² FONSECA, Igor Ferraz da; BURSZTYN, Marcel; MOURA, Adriana Maria Magalhães de. Conhecimentos técnicos, políticas públicas e participação: o caso do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama). *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 20, n. 42, p. 183-198, junho, 2012.

⁴³ Desde o Decreto 9.806/2019, somente o Governo Federal possui 43,47% na composição do CONAMA. Governos Estaduais contam com 21,73%, Governos Municipais contam com 8,69%, entidades empresariais contam com 8,69%, e entidades da sociedade civil contam com 17,39% na composição. No total, o bloco governamental conta com 73,9% dos votos.

Na composição anterior, o Governo Federal contava com 37%; os Governos Estaduais com 26%; os Governos Municipais com 7.7%, entidades empresariais 7.7%, e

e não há corpo técnico no próprio órgão, de modo que todo o aparato gerencial que subsidia os processos decorre do MMA e de entidades vinculadas, como o IBAMA.

Considerando que a União possui ingerência direta em setores ambientalmente relevantes, tem-se a Administração Pública desenhando os próprios limites em que deseja atuar. Tomemos o exemplo da Petrobrás. Em 2015, o MMA foi o responsável pela atualização de resolução que tratava de vazamentos petrolíferos. Após subsidiar toda a discussão, a resolução não encontrou quaisquer óbices por parte dos demais setores representados.⁴⁴ Não se questiona a possível excelência dos relatórios apresentados na ocasião. Entretanto, as pesquisas empíricas parecem convergir para um segundo fator de impacto na efetividade desse fórum: as condições assimétricas de deliberação são utilizadas como instrumento de dominação do processo normativo. Explica-se.

Na maior parte das questões enfrentadas, o Plenário precisa fazer avaliações de natureza técnica opinável e complexa⁴⁵, ou seja: (1) são necessários conhecimentos técnicos especializados, mas que não levam a resultados únicos e indiscutíveis; (2) exigem a ponderação de interesses múltiplos e conflitantes, já que diferentes grupos podem possuir argumentos técnicos

entidades de trabalhadores e da sociedade civil com 21.2%. O bloco governamental contava com 67% das cadeiras no total.

⁴⁴ BRAVO CRUZ, Fernanda Natasha. *Conselhos nacionais de políticas públicas e transversalidade: (des)caminhos do desenvolvimento democrático*. Tese (Doutorado em Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional) – Universidade de Brasília, 2017, pp. 53-54.

⁴⁵ Cf.: JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*. São Paulo: Malheiros, 2016. O autor classifica as ações (ou, nesse caso, decisões) administrativas em: (i) verificações de fatos simples; (ii) verificações técnicas; (iii) discricionariedade técnica simples; (iv) discricionariedade administrativa pura (política); e por fim (v) avaliação técnica e complexa. Esta última reflete geralmente as situações as quais o Conama está institucionalmente e pragmaticamente encarregado. Esta diferenciação é útil na medida em que influencia na intensidade do controle judicial, havendo um forte apelo pela deferência às escolhas da regulação administrativa nesta modalidade nos países de tradição anglo-saxã, e uma trajetória menos uniforme quanto à intervenção judicial em jurisdições civilistas.

razoáveis ou a questão ultrapassar debates puramente econômicos e envolver também questões distributivas baseadas em escolhas políticas a respeito de valores socialmente relevantes.

Diante disso, as decisões governamentais só serão *efetivamente* permeáveis à sociedade civil se as condições de deliberação permitirem a reunião de uma maior quantidade de informações e sua adequada interpretação, com uma visão mais completa dos fatos, e a consecutiva ponderação entre as partes. Entretanto, constatou-se⁴⁶ que Conselheiros oriundos da classe política e de setores econômicos organizados com frequência se utilizam da linguagem técnica (que, segundo as entrevistas, gera um “silêncio no Plenário”) para impor seus interesses diante de representantes da sociedade civil, que possuem menores condições de compreensão das questões, e maior dificuldade de pagar por uma assessoria técnica efetiva.

No mesmo sentido, restou evidenciado⁴⁷ que para 85% dos Conselheiros os assuntos não são compreendidos plenamente por todos. A linguagem técnica é um fator determinante para 74% deles. Os representantes da sociedade civil são vistos como os menos capacitados, inclusive por eles mesmos. Ainda que haja um alto grau de escolaridade entre os Conselheiros (71% com pós-graduação em curso ou concluída), a debilidade surge, segundo os próprios Conselheiros, (i) da multiplicidade de assuntos albergados sob a denominação “questão ambiental”, que podem ser infinitos; e (ii) de haver a necessidade de superposição entre conhecimentos técnico-científicos como ciências biológicas e exatas, conhecimentos jurídicos, e conhecimentos de gestão pública, o que muitas vezes só pode ser alcançado com

⁴⁶ FONSECA, Igor Ferraz da; BURSZTYN, Marcel; MOURA, Adriana Maria Magalhães de. *Conhecimentos técnicos, políticas públicas e participação: o caso do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama)*. Rev. Sociol. Polít. Curitiba, v. 20, n. 42, junho, 2012, p. 185.

⁴⁷ FONSECA, Igor Ferraz da; BURSZTYN, Marcel; MOURA, Adriana Maria Magalhães de. *Conhecimentos técnicos, políticas públicas e participação: o caso do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama)*. Rev. Sociol. Polít. Curitiba, v. 20, n. 42, junho, 2012, p. 189.

um forte aparato de suporte decisório.

É ainda interessante perceber que a mesma pesquisa constatou⁴⁸ que os próprios integrantes do CONAMA consideram que produzem Resoluções de baixa qualidade técnica e que impactam negativamente no setor regulado, dentre as quais citam, como exemplo, as Resoluções relativas às Áreas de Preservação Permanente, como a Resolução 302/2002, a 303/2002 e a 369/2005.

Além disso, há bastante tempo que a transparência do processo decisório no CONAMA é objeto de intensa crítica⁴⁹. Ainda que o órgão alegue que para cada resolução normativa há um processo administrativo distinto, o acesso a tais processos não é simples. A solicitação de vista aos autos deve ser feita via e-mail, e não há um prazo para o agendamento da consulta, que, quando agendada, deverá ocorrer presencialmente em Brasília, sem possibilidade de disponibilização por meios alternativos, como e-mail ou correios⁵⁰⁻⁵¹. Com isso, o controle social se faz diminuto e incompatível com a realidade contemporânea, que possibilita grandes fluxos informacionais via internet.

O distanciamento entre o Conselho e a sociedade representada torna-se ainda mais evidente quando se constata⁵² que

⁴⁸ FONSECA, Igor Ferraz da; BURSZTYN, Marcel; MOURA, Adriana Maria Magalhães de. Conhecimentos técnicos, políticas públicas e participação: o caso do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama). *Rev. Sociol. Polít.* Curitiba, v. 20, n. 42, junho, 2012, p. 191.

⁴⁹ Por exemplo, cf.: LA MARE, Julia de. *Análise de impacto regulatório no direito ambiental: limites e possibilidades*. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Dissertação (mestrado), 2015, capítulo I.

⁵⁰ Ainda que siga a Lei de Acesso à Informação, o CONAMA justifica a dificuldade em realizar agendamentos para consultas dada a necessidade de localizar os processos administrativos. Cf.: LA MARE, Julia de. *Análise de impacto regulatório no direito ambiental: limites e possibilidades*. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Dissertação (mestrado), 2015.

⁵¹ LA MARE, Julia de. *Análise de impacto regulatório no direito ambiental: limites e possibilidades*. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Dissertação (mestrado), 2015.

⁵² FONSECA, Igor F.; MOURA, Adriana M. Conselho Nacional de Meio Ambiente: análise e recomendações de aperfeiçoamento. In: *Governança ambiental no Brasil*:

A grande maioria dos conselheiros (75%) afirmou possuir uma base de apoio, ou seja, um grupo de pessoas que representa. *Destes, 59% afirmam se reportar a esta base para tomar decisões e informá-la sobre o andamento dos atos do Conama – principalmente via e-mail/lista de discussão, reuniões presenciais, conversas pessoais e telefonemas. Contudo, é digno de nota a proporção de conselheiros (25%) que não conta com nenhuma base de apoio ou desconheça a questão.* (Ênfase do autor).

Em sentido similar, Milaré⁵³ e Mirra⁵⁴ consideram que a participação popular na formulação de políticas públicas ambientais é exatamente onde tem ocorrido a maior deficiência dentre todas as dimensões de participação administrativa relativas ao meio ambiente. Para eles, a deficiência de participação e controle no CONAMA é até maior que os problemas de participação no processo legislativo e na seara jurisdicional. Não raro a população desconhece a existência do CONAMA, imputando ao IBAMA todas as atribuições regulatórias da esfera federal.

Grande parte dessa deficiência pode ser atribuída à ausência fática de um canal direto (em oposição a representativo) que ligue a comunidade aos órgãos da Administração Pública, e à falta de composição paritária no colegiado responsável, no qual a maioria das propostas dos entes civis intermediários são rejeitadas. Por esse exato motivo, Milaré⁵⁵ considera que é somente no momento da elaboração e discussão dos Estudos de Impacto Ambiental e seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) diante das autarquias executoras que a coletividade pode finalmente influir nos planos e atividades que

instituições, atores e políticas públicas. Org.: Adriana Magalhães de Moura. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2016, p. 75.

⁵³ Milaré, Édis. Direito do ambiente. 11ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pp. 218-220.

⁵⁴ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A participação popular na proteção do meio ambiente. Texto à mesa de Legislação sobre “Meio Ambiente e suas Tendências” da Câmara Americana de Comércio para o Brasil. São Paulo, 1989.

⁵⁵ MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. 11ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pp. 219.

repercutem no meio ambiente.

De fato, o Plenário do CONAMA reúne-se somente a cada três meses (ordinariamente) para deliberar sobre uma vasta gama de assuntos que afligem o interesse de uma nação com proporções continentais, e o MMA detém um intenso poder de controle das pautas que serão votadas, estando na posição de presidência.⁵⁶

Mesmo com as reuniões esparsas prejudicando a eficiência do órgão, existem reclamações constantes dentre os próprios Conselheiros de que a pauta e os subsídios para discussão são disponibilizados com pouca antecedência⁵⁷. Outras dificuldades apontadas são o pouco tempo de discussão nas reuniões, a carência de estrutura, a baixa prioridade política do Ministério do Meio Ambiente, os mandatos não remunerados e a limitação de passagens e diárias para comparecimento dos Conselheiros, além de “questões políticas *alheias à agenda do Conselho*” que tomam o tempo e travam as discussões referentes às competências finalísticas do órgão.

O sistema adotado pelo CONAMA também possui alguns limites identificados por Stewart⁵⁸ dignos de nota. A natureza política do órgão – composto por representantes de interesses concorrentes e abertamente partidários – sugere que um Plenário responsável por todo o espectro de competências decisórias não poderia ser encorajado. Em processos sobre a acomodação de vários interesses econômicos e sociais, a imparcialidade e tecnicidade para assegurar decisões justas e sustentáveis seria questionável. E ainda que as decisões sejam tomadas prezando

⁵⁶ Sobre a questão, cf.: Regimento Interno do CONAMA. A nova versão foi publicada no Diário Oficial da União em 5 de novembro de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/35esOef>.

⁵⁷ FONSECA, Igor F.; MOURA, Adriana M. Conselho Nacional de Meio Ambiente: análise e recomendações de aperfeiçoamento. In: Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas. Org.: Adriana Magalhães de Moura. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2016, pp. 63.

⁵⁸ STEWART, Richard B. The Reformation of American Administrative Law. *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 8 (Jun., 1975), p. 1798.

pela imparcialidade, não seria essa a mensagem transmitida aos entes regulados. Funções extremamente técnicas não deveriam ser entregues a iniciativas partidárias, e a função normativa, de natureza sociotécnica é, de fato, a atribuição de maior importância do CONAMA.

Com tantas deficiências em evidência, uma série de reformas de alto impacto têm ocorrido na dinâmica da regulação ambiental em 2019 com o objetivo de trazer maior eficiência decisória ao órgão. Em maio, foi expedido o Decreto 9.806, que alterou a composição do CONAMA – de 96 Conselheiros, passaram a 22. Enquanto fórum de deliberação democrática, há uma perda vultosa de informações agregáveis pela redução do número de Conselheiros, ocorrendo um possível *trade-off* entre eficiência decisória e democracia deliberativa.

Tratar em minúcias da questão da mudança de composição numérica do CONAMA e sua representatividade poderia ser objeto de artigo próprio, não sendo possível abarcar a questão por completo. Entretanto, é pertinente para o atual recorte esclarecer que a legitimidade democrática do órgão têm sido mais do que nunca questionada, haja vista que: (i) na nova composição, a hegemonia da União tornou-se mais acentuada, considerando que houve uma ampliação de sua representatividade em números relativos⁵⁹; (ii) antes, representantes da sociedade civil eram oriundos de categorias múltiplas, como cientistas, quilombolas e ambientalistas. Na nova composição, todos os cinco representantes da sociedade civil são oriundos de associações ambientalistas; e (iii) agora, representantes da sociedade civil são empossados por sorteio, e não mais eleitos por voto popular; (iv) os mandatos correspondentes aos Conselheiros representantes da sociedade civil reduziram-se pela metade do tempo.

Quanto ao motivo (iv), esclarece-se que os representantes da sociedade civil detêm mandatos de um ano, vedada a recondução. Entidades do setor econômico e governamentais não

⁵⁹ Conferir nota de número 20 *supra*.

possuem a mesma restrição temporal no mandato, gerando uma adversidade peculiar para os representantes civis com mandatos de alta rotatividade: o tempo e os custos de adaptação à dinâmica do órgão, que inclui a opção dos próprios Conselheiros em arcar com investimentos para sua capacitação, podem ser considerados muito altos para uma atuação temporal inexpressiva. Considerando-se que o Plenário se reúne somente três vezes ao ano, e que a produção normativa do órgão costuma variar em uma miríade de assuntos, em densidade, e em quantidade de resoluções produzidas⁶⁰, altos investimentos em aparato de suporte decisório e em capacitação podem não refletir os benefícios na perspectiva do indivíduo.

Dessa maneira, novos questionamentos sobre a legitimidade da reforma somam-se aos antigos problemas de falta de paridade nas condições de deliberação, em razão da dominação exercida através da própria composição do Conselho, e da grande assimetria de informações causada pela diferença de suporte técnico disponível entre os Conselheiros. Em meio ao intenso debate nacional sobre a efetividade da tutela ambiental, o funcionamento autorreferente do órgão administrativo se tornou objeto de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)⁶¹.

Em suma, as disfunções organizacionais suscitadas nesta seção refletem um processo normativo com um grave déficit de legitimidade democrática no CONAMA, e sérios questionamentos a respeito da capacidade institucional do CONAMA em produzir resoluções técnicas que sejam eficientes e eficazes.

Tendo essas considerações em mente, entende-se que o

⁶⁰ SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. *Legislação e políticas públicas: a lei enquanto instrumento de ação governamental*. 2012. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 190.

⁶¹ Interposta pelo Ministério Público Federal (MPF), que, enquanto entidade controladora, possui cadeira cativa como ouvinte em todas as reuniões do Plenário. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 623 de 2019, Relatora Ministra Rosa Weber.

modelo de Conselho popular estabelecido na PNMA é um tímido avanço na ampliação da efetiva permeabilização social, se comparado com outros desenhos institucionais de processos decisórios com a mesma finalidade.

Tome-se como exemplo o caso das agências reguladoras brasileiras: nelas, é obrigatório que sejam instituídas consultas públicas durante a gestação de atos normativos⁶², com o fim de proporcionar efetiva participação social – o que implica que haja uma adequada consideração por parte dos tomadores de decisão das diversas razões suscitadas no processo. Além da consulta pública, as agências precisam disponibilizar na internet a análise de impacto regulatório (AIR) realizada para o propósito regulatório em discussão, e disponibilizar ainda um relatório contendo a totalidade de comentários recebidos durante o período de consulta pública, com o subsequente posicionamento da agência diante dessas manifestações.

De qualquer forma, constata-se que o CONAMA passou por significativas alterações referentes à sua composição e funcionamento, com o intuito de modernizá-lo.⁶³ Em meio à todas essas transformações, encontra-se a inserção da análise de impacto regulatório no processo normativo do órgão. Em vista disso, a próxima seção tem como objetivo analisar em maiores minúcias o processo normativo do CONAMA, e identificar de que maneira as práticas institucionais e o contexto regulatório do órgão podem moldar a implementação da AIR na regulação ambiental.

3 ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO COMO INSTRUMENTO DE MUDANÇA INSTITUCIONAL?

⁶² Desde 2019, o procedimento é obrigatório por força do artigo 6º da Lei Geral das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848 de junho de 2019). Ainda que a prática institucional seja anterior ao diploma legal, havia uma grande heterogeneidade na aplicação do instituto. A nova norma traz a tendência de uniformização.

⁶³ Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<https://bit.ly/2DY9whM>>. Acesso em 23 de mai. 2019.

Em setembro de 2019, o Plenário do CONAMA reuniu-se para apreciar, em regime de urgência, a proposta de revisão de seu Regimento Interno, com vistas a adequá-lo à nova composição do Conselho e otimizar a eficiência do processo decisório. Na oportunidade da revisão do Regimento do CONAMA, o MMA propôs a inserção da expressão “análise de impacto regulatório” em meio ao processo normativo do órgão ambiental, na expectativa de atender à Lei 13.874 de 2019.

Além disso, adveio a emenda proposta pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) e pela Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), que estabelece que a AIR *“deve estar em consonância com a regulamentação do Art. 5º [da Declaração de Liberdades Econômicas], não podendo ser exigida até a sua publicação”*. Ambas as propostas foram aprovadas.⁶⁴

Vale notar que desde o antigo Regimento já era possível identificar um *vetor consequencialista* embrionário na produção normativa do órgão, ainda que as exigências relativas à prospecção e valoração das consequências fossem pouco sofisticadas. Conforme o antigo dispositivo,⁶⁵ o processo normativo originava-se por iniciativa de qualquer Conselheiro que apresentasse minuta de resolução e justificativa com conteúdo técnico *mínimo* necessário à sua apreciação. Nessa proposição, o vetor consequencialista refere-se ao art. 12, §1º, V do antigo Regimento, enquanto parte essencial da justificação da norma: os Conselheiros deveriam expor os possíveis impactos e consequências esperadas, além dos setores a serem afetados pela aprovação da matéria.

Na medida em que a formulação dessa primeira iniciativa normativa não contava com nenhum suporte técnico ou

⁶⁴ O novo Regimento Interno foi publicado no Diário Oficial da União em 5 de novembro de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/35esOef>.

⁶⁵ Art. 12, § 1º do Regimento Interno do CONAMA de 2011.

gerencial obrigatório por parte do SISNAMA, o conteúdo mínimo da minuta variava de acordo com o aparato técnico individual que estivesse disponível a cada Conselheiro. Como visto na seção anterior, esse aparato pode diferir substancialmente entre os setores representados e mesmo entre Conselheiros do mesmo setor. Nesse sentido, a minuta de resolução poderia ser entendida como um documento *possivelmente rudimentar*, dado que existem proponentes com diferentes condições materiais para processar informações sociotécnicas e formular as justificativas.

Poucas foram as alterações formais do processo normativo do CONAMA que impactam no recorte deste artigo.⁶⁶ Para além da inserção da AIR, foram atualizadas as nomenclaturas das instituições que participam ou prestam assistência técnica e gerencial ao CONAMA, e alguns prazos para manifestações foram reduzidos. A densidade das prescrições processuais manteve-se praticamente inalterada, sendo apenas atualizada.

A implementação da AIR na normatização ambiental não se enquadra, então, em um contexto de remodelação completa dos hábitos institucionais. Ao contrário, o novo Regimento Interno apenas inseriu a expressão “análise de impacto regulatório” no lugar da antiga prescrição consequencialista rudimentar que obrigava Conselheiros a especularem sobre os possíveis impactos de suas minutas de proposição. Para maior detalhamento, explicita-se a nova prescrição abaixo:

Art. 11. As propostas de resolução deverão ser apresentadas à Secretaria-Executiva do Conama por meio de minuta e justificativa com conteúdo técnico mínimo necessário à sua apreciação.

§1º A justificativa da proposta de resolução deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

- I - Relevância da matéria ante às questões ambientais do País;
- II - Degradação ambiental observada, quando for o caso, se possível com indicações quantitativas;
- III - Aspectos ambientais a serem preservados, quando for o

⁶⁶ Anteriormente, o processo normativo do CONAMA, em seu aspecto geral, figurava no artigo 12, e agora consta no artigo 11 do novo Regimento Interno.

caso, se possível, com indicações quantitativas;

IV - Escopo do conteúdo normativo; e

V - *Análise de Impacto Regulatório*.

(...)

§ 12. A *Análise de Impacto Regulatório* prevista no inciso V do § 1º do caput deverá estar em consonância com a regulamentação do Art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, não podendo ser exigida até sua publicação.

(Ênfases do autor).

Os subitens que se seguem nessa seção buscam identificar, de maneira não exauriente, de que forma o contexto regulatório brasileiro moldará as práticas institucionais relacionadas à incorporação da AIR na normatização ambiental. Esta preocupação surge a partir da constatação, na literatura internacional, de que a difusão mundial da análise de impacto regulatório gerou diferentes práticas (e resultados) quando aplicada a contextos político-burocráticos distintos.⁶⁷ No Brasil, os estudos pioneiros sobre a influência de fatores contextuais na incorporação da AIR no ambiente regulatório são de Peci e Sobral, e deram maior atenção às agências reguladoras independentes.⁶⁸⁻⁶⁹

Dito nas palavras de Radaelli, chegou-se à conclusão de que *a difusão de uma mesma garrafa rotulada como AIR não produziu vinhos similares*.⁷⁰ Na concepção desse autor, o “*rótulo*” conhecido como análise de impacto regulatório pode ser compreendido: (a) enquanto um discurso promovido por agentes estatais; e (b) enquanto a adoção de guias e regulações estimulando a AIR. Já o “*vinho*” pode ser compreendido: (c) enquanto o conteúdo substantivo da AIR que é desenvolvido em diferentes

⁶⁷ Ver nota de número 18.

⁶⁸ PECCI, Alketa. Avaliação do Impacto Regulatório e sua Difusão no Contexto Brasileiro. *Revista de Administração de Empresas*, v. 51, n. 4, jul/ago 2011, p. 336-348.

⁶⁹ PECCI, A.; SOBRAL, F. Regulatory Impact Assessment: How political and organizational forces influence its diffusion in a developing country. *Regulation & Governance*, [s. l.], v. 5, n. 2, p. 204–220, 2011. DOI 10.1111/j.1748-5991.2011.01105.x.

⁷⁰ RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment, *Journal of European Public Policy*, 12:5, 2007, pp. 924.

países; e (d) enquanto a efetiva incorporação da AIR nos processos político-regulatórios.⁷¹

Como já mencionado, este artigo não busca explicar a difusão e incorporação formal da AIR no Brasil, nem identificar o que seria o desenvolvimento de um bom AIR. Em vez disso, este artigo propõe-se a identificar quais elementos do contexto institucional influenciarão na incorporação substantiva (elementos “c” e “d”) da AIR no processo normativo ambiental brasileiro.

Para tanto, este artigo apoia-se na premissa desenvolvida por Radaelli de que pelo menos quatro dimensões contextuais devem ser consideradas: (1^a) o tipo de burocracia responsável pela AIR; (2^a) as características do processo decisório; (3^a) a capacidade do Governo de processar e lidar com conflitos distributivos; e (4^a) os atores envolvidos na AIR. Essas quatro dimensões impactam no funcionamento e na própria credibilidade regulatória da AIR, e, portanto, na incorporação desse instrumento como originalmente fora concebido.⁷²

Para maior aprofundamento desses elementos contextuais, recorreu-se à escola neoinstitucionalista, em sua vertente conhecida como nova economia institucional. Nessa vertente, a literatura busca sofisticar os ensinamentos da escola econômica ortodoxa através da incorporação de elementos comuns a outros ramos epistêmicos como direito, psicologia, história e sociologia⁷³ e possui diversos autores expoentes que serviram como

⁷¹ RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment, *Journal of European Public Policy*, 12:5, 2007, p. 927.

⁷² RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment, *Journal of European Public Policy*, 12:5, 2007, pp. 930-931.

⁷³ “The ‘new institutionalism’ tries to avoid unfeasible assumptions that require too much of political actors, in terms of normative commitments (virtue), cognitive abilities (bounded rationality), and social control (capabilities)”. MARCH, James J.; OLSEN, Johan P. Elaborating the “new institutionalism”. In: BINDER, Sarah; RHODES, R. A.; ROCKMAN, Bert. *The Oxford Handbook of Political Institutions*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 16.

parte do referencial teórico para a abordagem realizada.

Passasse-se então a explorar cada uma das dimensões contextuais a seguir.

3.1 O TIPO DE BUROCRACIA RESPONSÁVEL PELA AIR AMBIENTAL – O SISNAMA.

Tratando do tipo de burocracia responsável pela AIR (primeira dimensão), observa-se que o contexto institucional original é o norte-americano. No ambiente regulatório norte-americano, a AIR é desenvolvida por agências reguladoras independentes que são monitoradas por um metaregulador central, o *Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA)*.⁷⁴ Nos Estados Unidos, a legitimidade do processo regulatório é baseada mais na credibilidade técnica das agências reguladoras, e menos no controle puramente político. Por isso, as agências são bem equipadas e dispõem de recursos humanos altamente capacitados nos diversos campos epistêmicos da ciência, mas especialmente nas sociais aplicadas, como economia e sociologia.

Especificamente investigando a regulação ambiental, é ilustrativo comparar os recursos disponíveis no Brasil e nos Estados Unidos. Para executar a gestão ambiental, o Governo Federal possui em 2019 orçamento previsto em R\$ 2.294.946.491,00 a serem executados, e 8.685 pessoas em seu quadro de pessoal efetivo, incluindo-se aí desde o quadro do Ministério do Meio Ambiente até as autarquias administrativas.⁷⁵ Já a Agência de Proteção Ambiental americana (*Environmental Protection Agency*, ou *EPA*), por sua vez, possui um orçamento

⁷⁴ O OIRA, traduzido como Escritório de Informações e Assuntos Regulatórios, encontra-se dentro da estrutura do *Office of Management and Budget (OMB)*, ou Escritório de Gestão e Orçamento, em português. A estrutura metareguladora funciona precipuamente através da lógica econômica, realizando revisões nas análises de custo-benefício desenvolvidas pelas agências, com vistas a garantir que foram realizadas adequadamente, e que os benefícios justificam os custos.

⁷⁵ Fonte: *Portal da Transparência*. Disponível em: <https://bit.ly/33WkYFU>.

aproximado de R\$ 37.086.012.699,86 a serem executados⁷⁶, e uma força de trabalho de 14.172 pessoas altamente especializadas, havendo programas pós-doutorais sendo ofertados pela própria agência.⁷⁷

Assim, é possível observar que as agências administrativas americanas dispõem dos recursos para desenvolver soluções e processos administrativos baseados em conhecimentos técnicos altamente especializados. Nesse ambiente,

O critério decisório dominante é a eficiência, e a racionalidade central é a técnica. Negociações e procedimentos operacionais padronizados não estão ausentes, mas não são dominantes. Quando ocorrem negociações entre agências, regulados, e comitês congressuais, a situação é percebida como uma patologia do sistema, compreendida como *captura da regulação*.⁷⁸

Em sentido oposto, observa-se que três disfunções crônicas marcam o Estado brasileiro: o patrimonialismo, o oficialismo e o autoritarismo.⁷⁹ Ainda que recentes mudanças paradigmáticas no regime administrativo tentem extirpar tais disfunções, é certo que elas ainda subsistem, havendo somente uma ruptura parcial. Explorando esse contexto, Keith Rosenn⁸⁰ investiga a produção normativa e a sua subsequente aplicação no Brasil, conforme o que o autor reconhece ser *o jeitinho*

⁷⁶ Valor auferido a partir de cotação realizada em novembro de 2019 para o orçamento anual de 8,84 bilhões de dólares.

⁷⁷ *Environmental Protection Agency*, USA. Disponível em: <https://bit.ly/2Kuq4kK>.

⁷⁸ RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment, *Journal of European Public Policy*, 12:5, pp. 932.

⁷⁹ “O *patrimonialismo* está ligado à nossa colonização ibérica e à má separação entre o espaço público e o espaço privado. O *oficialismo* é a cultura que faz depender do Estado – isto é, de sua bênção, apoio ou financiamento – todo e qualquer projeto pessoal, político ou empresarial de grande porte. O *autoritarismo*, por sua vez, vem da dificuldade atávica de respeitar a legalidade constitucional, os limites do poder e, no que interessa ao presente estudo, dar transparência e razões à atuação da Administração”. BARROSO, Luís Roberto. Os descaminhos do estado brasileiro, o sucesso acadêmico e a impermanência. In: BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação e regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 13.

⁸⁰ ROSENN, Keith. Brazil’s Legal Culture: The Jeito revisited. *Florida International Law Journal*. vol. 1 (1), 1984, pp. 3-4.

brasileiro. A conclusão de Rosenn é de que, ao menos tradicionalmente, a produção normativa brasileira tem contornos muito peculiares, uma vez que as determinações são irrealistas, injustas, ou economicamente ineficientes. Isso resulta no afastamento da norma formal a partir de negociações que produzem soluções *ad hoc*. No fim, isso significa que as normas são consideradas como o ponto de partida de futuras negociações que ocorrerão entre agentes públicos e privados quando o *non-compliance* for constatado.

Não é por outro motivo que Andreia Bagatin⁸¹ realiza um admirável esforço didático para transplantar o instituto jurídico da captura para o contexto brasileiro. Em sua obra, uma miríade de condições corrobora para que a captura não precise ser entendida somente enquanto a subversão da regulação em favor de setores econômicos organizados, como também em favor da classes política que se mantém tradicionalmente no poder. Isso porque as relações informais entre a burocracia e a iniciativa privada atingem níveis de sofisticação suficientes para driblar as restrições formais e potencializar os interesses econômicos organizados a partir de teias de cumplicidade pessoais.

Ainda que já houvesse abordagens distintas para tratar da ingerência política na Administração Pública, é a partir dessa autora que é possível explorar em maiores minúcias o conceito de “*captura política da regulação*”. Note-se que a autora constrói tal conceito a partir de rica contextualização institucionalista-histórica. A construção teórica que resulta no conceito de captura política da regulação, se aplicada ao contexto desenvolvido na segunda seção, parece corroborar para um grave risco de captura política no CONAMA. Nesse ambiente, a atuação dos agentes dominantes provavelmente corresponderá a uma resistência à incorporação da AIR, se a AIR for efetivamente utilizada para

⁸¹ BAGATIN, Andreia Cristina. *O problema da captura das agências reguladoras independentes*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2010, pp. 82-94.

alterar as janelas de oportunidade de exercício do poder.⁸²

Curioso ainda notar que enquanto o contexto regulatório brasileiro se distancia dos paradigmas americanos, pode ser considerado mais próximo do contexto europeu, ressalvadas as devidas proporções. Isso porque ambos os ambientes regulatórios – brasileiro e europeu – são caracterizados por lógicas predominantemente negociais e servidores públicos com formações generalistas, ou burocratas treinados em direito público.⁸³ No Brasil, a eficiência administrativa ainda é um conceito construído casuisticamente, que pouco ou nada se refere à eficiência econômica. É um conceito entendido pelos Tribunais como um princípio jurídico abstrato, que raramente é associado diretamente a dados empíricos, funcionando preeminentemente como instrumento retórico.⁸⁴ Pior do que isso, a racionalidade desenvolvida pelas ciências sociais aplicadas é muitas vezes tratada – de maneira errônea⁸⁵ – como absolutamente incompatível com os valores morais de justiça ambiental.

Em um contexto de burocratas formalistas (como é o caso do Brasil e da Europa), a AIR tende a ser processada pelo quadro de pessoal meramente como um formulário formalístico (em oposição a substantivo) e de conformidade com outras

⁸² Conferir item 3.4 *infra*.

⁸³ Cf.: RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment, *Journal of European Public Policy*, 12:5, pp. 932. Acrescente-se que o autor explicita que critérios de racionalidade econômica não são critérios dominantes em processos administrativos usados em países como Áustria, França, Alemanha e Itália.

⁸⁴ SILVA, Gabriel Cozendey Pereira. *O dever constitucional de eficiência administrativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016, pp. 109-115 e 145-147.

⁸⁵ JONES, Stephane H. Greater than the sum of its parts: the integration of environmental justice advocacy and economic policy analysis. *NYU Environmental Law Journal*, Vol. 26, 2018, pp. 402-440. Em sentido contrário, ver: HEINZERLING, Lisa. Why Care About the Polar Bear? Economic Analysis of Natural Resources Law and Policy. In: BATES, Sarah; MACDONNELL, Lawrence. *The evolution of natural resources law and policy*. Chicago: American Bar Association, 2010.

regras e processos positivados⁸⁶. Além disso, no CONAMA a lógica da negociação não apenas domina o comportamento dos Conselheiros que estarão envolvidos na avaliação de impacto, como também caracteriza as interações entre a administração pública e os grupos de pressão.

Dada a grande abertura normativa sobre como deve se dar a AIR, essa negociação também será possível entre os políticos e os funcionários públicos que serão responsáveis pela elaboração da AIR. Por exemplo, não se vislumbram restrições ou modulações formais no Regimento Interno às possíveis interações entre o Ministro do Meio Ambiente, que preside o CONAMA, e os funcionários do IBAMA, enquanto responsáveis pela atividade técnica ambiental.

3.2 O PROCESSO DECISÓRIO NO CONAMA

Na segunda dimensão político-institucional que influencia o conteúdo substantivo da AIR, temos as características organizacionais do processo decisório. Processos decisórios podem seguir metodologias estritas e bem-definidas, ou metodologias mais elásticas, confusas e até indistintas, no limite⁸⁷. Quando organizações possuem processos decisórios com metodologias mais estritas, o método determina detalhadamente de que forma o processo resultará em uma decisão, explicitando quais regras aplicar em quais circunstâncias, e quem é responsável pelo quê. Métodos mais elásticos fornecem flexibilidade a respeito das regras utilizadas para tomar diferentes decisões, admitindo alterações que se adaptem às especificidades do caso concreto para que haja uma otimização dos resultados esperados.

⁸⁶ RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment, *Journal of European Public Policy*, 12:5, pp. 932.

⁸⁷ SHAPIRO, Sidney. Cost-Benefit Analysis: an organizational design perspective. *NYU Environmental Law Journal*, Vol. 19, Issue 1, 2011, pp. 197-198.

Além da metodologia decisória, as organizações (no caso deste artigo, concebidas como estruturas regulatórias) também diferem quanto ao conjunto de ideias que serão levadas em consideração no processo. Esse conjunto de ideias pode ser estrito (altamente focado), ou robusto (comportar conjuntos de ideias multidimensionais)⁸⁸.

Essas considerações a respeito de metodologias decisórias e aplicação de ideias importam na medida em que as estruturas regulatórias seguem ao menos quatro diferentes padrões para tomar decisões⁸⁹, que constam na figura 2 e serão explicadas sinteticamente abaixo.

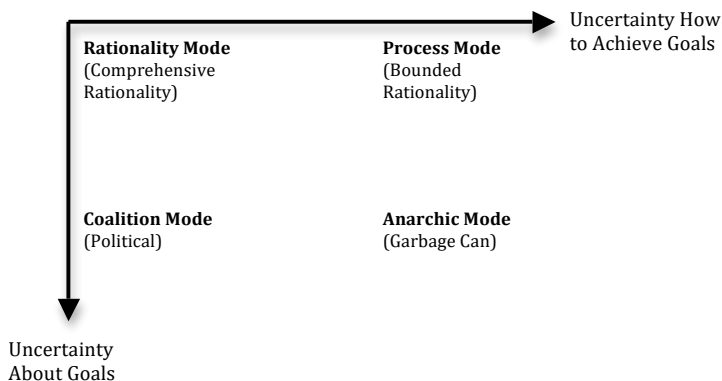


Figura 2.

Fonte: Sidney Shapiro, cf. nota 92 abaixo.

Quando a estrutura regulatória tem uma *percepção clara*

⁸⁸ Para Sidney Shapiro, “quanto maior a incerteza quanto aos objetivos de uma organização e sobre como alcançá-los, maior a probabilidade de uma organização empregar uma ideologia robusta. É necessária uma ideologia mais robusta sob condições de incerteza, porque a organização precisará de um conjunto de ideias mais complexas ou mais ricas para fazer decisões sobre condições de incerteza”. SHAPIRO, Sidney. Cost-Benefit Analysis: an organizational design perspective. *NYU Environmental Law Journal*, Vol. 19, Issue 1, 2011, pp. 197-198. Traduzido do original.

⁸⁹ SHAPIRO, Sidney. Cost-Benefit Analysis: an organizational design perspective. *NYU Environmental Law Journal*, Vol. 19, Issue 1, 2011; BUTLER, Richard. Designing Organizations: a decision-making perspective 1, 1991, p. 59; CHOO, Chun Wei. The knowing organization: how organizations use information to construct meaning, create knowledge and make decisions. 2ª ed., 2006, pp. 211

de seus objetivos e possíveis formas de alcançá-los, a tendência é que seus processos decisórios sigam um modelo de amplamente racional, no qual há uma consideração sistemática das potenciais formas de alcançar seus objetivos, e então decide pela opção ótima. Assim, existem regras decisórias estritas, e a aplicação de um conjunto de ideias altamente focado. No padrão decisório puramente racional, há a necessidade do uso sistemático de uma grande quantidade de evidências empíricas, na medida em que lacunas informacionais podem comprometer profundamente os exames racionais.

Entretanto, as decisões institucionais raramente traduzem-se em um processo de racionalidade ampla, considerando que é frequente a necessidade de se tomar decisões com informações incompletas, sob pressão, e com discordâncias entre os atores⁹⁰. Quando não há consenso sobre *como atingir os objetivos*, mas há concordância sobre *quais objetivos* se deseja alcançar, a tendência é que se estabeleça um padrão decisório processualizado. Esse padrão processualizado conta com regras decisórias que, dentre outras regras mais objetivas, admitam também intuições e juízos subjetivos, por mais que esses elementos sejam limitados por evidências e pela aprendizagem incremental⁹¹.

Quando não há um claro consenso sobre *quais objetivos* uma estrutura regulatória deve alcançar, mas os *meios de ação* estão razoavelmente claros, a estrutura adota um padrão decisório baseado em coalizões, no qual há uma negociação entre os tomadores de decisão, e que pode gerar inclusive barganhas a respeito da própria composição da estrutura regulatória. No modelo coalizional, é comum que se observem alianças temporárias e *trade-offs* políticos, nos quais alguns grupos de interesse abrem mão de certos objetivos para maximizar outros objetivos em retorno.

⁹⁰ Cf.: GLICKSMAN, Robert; SHAPIRO, Sidney. *Risk Regulation at Risk: restoring a pragmatic approach*. Stanford: Stanford University Press, 2002, pp. 66-67.

⁹¹ LINDBLOM, Charles E. The Science of “Muddling Through”. *Public Administration Review*, Vol. 19, No. 2 (Spring, 1959), pp. 79-88.

Por fim, o último padrão decisório é o anárquico. No padrão anárquico, a estrutura regulatória não possui clareza sobre *quais objetivos alcançar*, e nem sobre *como poderia fazê-lo*. A diferença do padrão anárquico para o padrão decisório em coalizões é que no anárquico não há negociações, mas sim um processo altamente desorganizado, que não se sujeita plenamente ao estabelecimento de regras formais, e não possui vetores principiológicos claros para nortear o processo. Como resultado, é comum que soluções tenham pouco ou nenhum nexos com os problemas que lhes deram causa, mas sejam aplicadas no momento em que forem consideradas politicamente oportunas. Na ciência política, esse modelo de se estabelecer políticas públicas é conhecido como “garbage can model”⁹², e pode ser compreendido através de quatro fluxos de eventos independentes:

Primeiro, ocorrem decisões sobre os objetivos da organização. Segundo, as pessoas na organização desenvolverão informações sobre os possíveis meios para realizar os objetivos da organização, mas esse processo é independente dos anteriores. Terceiro, as pessoas que consideram os objetivos podem não ser as mesmas que tomam conhecimento das diferentes maneiras de concretizar os objetivos da organização. Além disso, as pessoas que em última instância escolheram um desses métodos podem ser diferentes do grupo que escolheu os objetivos, ou daqueles que identificaram meios, ou ambos. Finalmente, a organização toma uma decisão quando surge uma “oportunidade de escolha”. Uma oportunidade de escolha geralmente surge de algum evento externo, como uma crise ou as ações de um concorrente, que concentra a organização em um problema. Como os problemas, soluções, participantes e oportunidades de oportunidades fluem para a organização como eventos separados, a organização age como uma “lata de lixo” na qual essas correntes são destruídas e misturadas.⁹³ (Tradução livre do autor).

Esses diferentes padrões decisórios (racional, processual,

⁹² COHEN, Michael; MARCH, James; OLSEN, Johan P. A Garbage Can Model of Organizational Choice. *Administrative Science Quarterly*, 17, I, 1972, pp. 1-25.

⁹³ SHAPIRO, Sidney. Cost-Benefit Analysis: an organizational design perspective. *NYU Environmental Law Journal*, Vol. 19, Issue 1, 2011, p. 203.

coalizional e anárquico) podem coexistir dentro de uma mesma estrutura regulatória, a depender de como essa estrutura processa diferentes estímulos e incertezas em suas práticas institucionais. Em outras palavras, estruturas regulatórias admitem padrões decisórios múltiplos, ainda que se observe alguma forma de prevalência. Não há uma mútua exclusão necessária, de forma que problemas mais simples poderão ser resolvidos através de uma racionalidade ampla que busca uma solução ótima, e problemas regulatórios tenderão ser resolvidos a partir de uma lógica processual, que admite resultados que sejam ao menos satisfatórios.

No CONAMA, o ambiente é bastante similar aos espaços puramente políticos, em que o padrão decisório anárquico é sobrepujante. As características de espaço democrático deliberativo, as deficiências de *expertise* e a baixa submissão a regras processuais são alguns dos fatores principais que reforçam essa percepção. Ainda que a lógica negocial não seja desprezível, as características do próprio ambiente regulatório reforçam a hegemonia de determinados grupos, diminuindo a necessidade de concessões mútuas e alianças. Mais do que isso, o padrão coalizional implicaria a existência de instituições que facilitassem negociações minimamente racionais, de modo que as negociações pudessem maximizar o bem-estar dos envolvidos.

No entanto, o que se observa é que os hábitos institucionais do CONAMA são bastante informais, casuísticos e desordenados. Ainda que o processo normativo esteja previsto no Regimento Interno do órgão, as prescrições processuais são vagas e sucintas. Dada a baixa densidade estrutural e funcional que a PNMA e o Decreto regulamentar deram ao órgão, coube ao próprio CONAMA definir todos os aspectos de seu processo decisório, como, por exemplo, a formulação de sua agenda regulatória, a distribuição de ônus argumentativos em estruturas dialéticas, e os procedimentos mínimos a serem observados para que a produção normativa resulte em norma válida.⁹⁴

⁹⁴ “Uma possível explicação para o ‘descaso’ dos diversos atores envolvidos na

Ainda assim, há uma prática reiterada de formulação de normas sem que o processo normativo seja observado⁹⁵, de forma que a informalidade e a ausência de transparência minimizam as oportunidades de participação de alguns Conselheiros, na medida em que “perdem espaço para representantes de outros grupos de interesse não investidos formalmente (...), porém suficientemente aparelhados para transitar pelos espaços informais do processo de elaboração normativa do conselho”⁹⁶. Mais do que isso, a informalidade e a baixa processualidade impactam no CONAMA ao ponto de minar o dialogismo. Na ausência de canais processuais de comunicação, grupos de interesse mal aparelhados não conseguem interpretar informações e votam em prejuízo próprio.⁹⁷

formulação de políticas públicas com o disciplinamento das regras procedimentais do processo decisório talvez resida no fato de que estas normas não são percebidas como instrumentos potencialmente capazes de afetar os resultados das políticas. A esse respeito, verifica-se que regras sobre estrutura, organização e funcionamento interno da Administração são frequentemente percebidos como questões de menor importância, as quais podem ser disciplinadas por normas de hierarquia inferior, ou até mesmo nem ser disciplinadas. Uma outra possível explicação, em sentido oposto, pode residir no fato de que regras estruturais e procedimentais são formuladas de modo displicentemente vago como uma atitude racional da Administração Pública de não limitar a si mesma, bem como não publicizar e democratizar as suas práticas decisórias, a menos que seja constrangida a tanto”. SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. *Legislação e políticas públicas: a lei enquanto instrumento de ação governamental*. 2012. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 184.

⁹⁵ SANTOS, Fábio Ribeiro dos. *O Poder Normativo do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

⁹⁶ SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. *Legislação e políticas públicas: a lei enquanto instrumento de ação governamental*. 2012. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 185.

⁹⁷ Tome-se como exemplo da resolução que tratava da toxicidade relativa ao descarte de embalagens de tinta. Durante as discussões na CT responsável, em 2012, chegou-se à conclusão de que os níveis de surfactantes, ferro e fenóis de embalagens de tintas estavam bem acima do limite aceitável para resíduos não-perigosos, e que chumbo ainda é utilizado no processo produtivo. Em 2012 e 2013 o assunto não seguiu a Plenário pela ausência de qualificação técnica exigida, mas depois de pressões a CT autorizou que o tema fosse à Plenário em 2014. No Plenário, a Confederação Nacional

Em síntese, os processos decisórios importam porque quanto mais distante do padrão decisório racional-sinóptico ideal, mais difícil é para a AIR, enquanto um sofisticado instrumento metodológico consequencialista, se adequar ao ambiente regulatório em que está imersa. Para que a AIR funcione como um efetivo exame das possíveis alternativas regulatórias, é preciso que haja coerência e coordenação entre os atores do processo, que a racionalidade seja eminentemente técnica, e que as restrições institucionais que prezam pela credibilidade finalística da regulação sejam efetivas. Em ambientes em que a argumentação contida na AIR pode ser meramente descartada, a legitimidade desse instituto pode tornar-se frágil ao ponto de, no limite, a AIR deteriorar-se a mero preenchimento de formulários formalísticos.

3.3 CONFLITOS DISTRIBUTIVOS NO CONAMA

Após essas considerações, passa-se então para a terceira dimensão contextual, que trata da capacidade do Governo de

da Indústria sustentou que, ao se abrandar a qualificação desses produtos, os maiores beneficiários da mudança seriam os catadores de resíduos, e que isso seria um vetor a ser considerado sob o prisma do desenvolvimento sustentável. Ainda que não houvessem participado da CT especializada, o Movimento Nacional de Catadores de Resíduos contava com representação no CONAMA à época, por indicação da Presidência da República.

O parecer dos catadores enviado ao Plenário foi favorável à alteração normativa, partindo da suposição de que teria contado com a chancela técnica dos Ministérios da Saúde e do Meio Ambiente. Em verdade, tais estudos foram promovidos por entidade empresarial diretamente afetada, e apenas reconhecidos em âmbito administrativo. No entanto, eram parciais e não atendiam às qualificações exigidas pela CT especializada. Ainda assim, os catadores posicionaram-se no seguinte sentido: “considerando que não temos a atribuição e tampouco os meios necessários para determinar tecnicamente a caracterização das embalagens de tintas quanto a sua nocividade, nos resta aqui orientarmo-nos pelos posicionamentos já emanados pelo Estado brasileiro, por meio de seus órgãos federais, a respeito da matéria”. Informações coletadas a partir de: BRAVO CRUZ, Fernanda Natasha. *Conselhos nacionais de políticas públicas e transversalidade: (des)caminhos do desenvolvimento democrático*. Tese (Doutorado em Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional) – Universidade de Brasília, 2017, pp. 50-52.

processar e lidar com conflitos distributivos.

Quanto maiores forem os conflitos distributivos, mais a AIR tenderá a ir além de critérios como a eficiência de Pareto, tornando-se mais complexa, e adotando diferentes pesos distributivos valorados politicamente. Essa adoção de diferentes pesos torna explícita a valoração política e amplia as possibilidades de questionamentos. Em outras palavras, *“os problemas políticos simplesmente mudam para a questão de quem define os pesos distributivos, como fazê-lo e por que o processo deve ser considerado legítimo por todas as partes interessadas”*.⁹⁸

No caso da resolução de disputas se dar através de escolhas entre poucos agentes que admitem um conjunto relativamente harmônico de vetores para guiar a elaboração de prognósticos e diagnósticos, a AIR tende a funcionar como um componente bastante focado do discurso legitimizador das decisões em curso. Além disso, com poucos atores desenvolvendo e buscando influenciar ativamente a AIR, diminuem-se as chances da lógica negocial ser sobrepujante, e os vetores que guiam a AIR tendem a ser explorados e desenvolvidos extensivamente.

Quando as decisões devem ser tomadas a partir de uma acomodação de interesses múltiplos, os problemas distributivos ficam ainda mais em evidência. Nesse caso, a AIR tende a funcionar como articuladora parcial de discursos formuladores de propósitos regulatórios, servindo a propósitos preeminente-mente negociais, e colocando o conhecimento técnico em segundo plano em detrimento de preferências políticas. Isso quer dizer que quando os prognósticos e diagnósticos constantes na AIR devem servir a uma miríade de vetores diferentes, gera-se uma maior demanda por recursos humanos e técnicos que subsidiem as investigações. No entanto, em um ambiente de padrões decisórios negociais e não técnicos sobre questões distributivas,

⁹⁸ RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment, *Journal of European Public Policy*, 12:5, pp. 932.

a demanda por informações fidedignas pode ser baixa. Mais que isso, AIRs que não promovam avaliações rigorosas poderiam facilitar compromisso político mútuo, visto que não geram graves ônus políticos. Isso implica na possível aceitabilidade de AIRs rasas e incompletas, que servirão como mero instrumento de retórica. Pelo exposto na segunda seção e no item 3.2, entende-se que esse provavelmente seria o caso do CONAMA.

Para ilustrar a questão, temos que na Dinamarca as instituições decisórias fizeram uma incorporação “metabolizada” da AIR, sem alterar as principais regras e os padrões de interação da prática administrativa. Disso resultou que as instituições voltadas para o consenso social transformaram a AIR em mais uma ferramenta de formulação de políticas neo-corporativistas.⁹⁹ Nesse cenário, a construção de um amplo consenso é preferida à ideia de colocar uma estrutura reguladora racional à frente das decisões que devem ser tomadas a partir de avaliações empíricas bem definidas. Isso significa que a existência de conflitos distributivos intensos que são tradicionalmente resolvidos pela lógica negocial em instituições políticas gera pressão para que a AIR se afaste de um modelo decisório *otimizador* de resultados e aproxime-se mais de um modelo decisório que promove resultados *satissuficientes*.¹⁰⁰

Ainda assim, a experiência histórica demonstra que a AIR pode ser um instrumento de mudança institucional para

⁹⁹ “This is the reason underlying three key choices in the Danish experience. First, responsibility for the RIA process is diffused. Second, monitoring and quality control are also diffused, even if this may create a degree of incoherence in the whole policy process. And third, partial estimates of costs and benefits (produced and checked by individual departments) are not channelled through a full cost-benefit analysis so that compromise and trade-offs are always possible. The conclusion is that the institutional riverbeds have provided direction to impact assessment”. RADAELLI, Claudio M. The Diffusion of regulatory impact analysis – best practice or lesson drawing? *European Journal of Political Research*, vol. 43, 2004, pp. 737-738.

¹⁰⁰ Para os conceitos de modelos decisórios otimizadores e satissuficientes, ver: VERMEULE, Adrian. Três estratégias de interpretação. In RODRIGUEZ, José Rodrigo (org). *A Justificação do Formalismo Jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 141-152.

combater os tradicionais padrões de interação na Administração Pública. Nos Países Baixos, a AIR foi deliberadamente utilizada para romper as relações excessivamente imbrincadas entre a burocracia, os sindicatos de trabalhadores e os grupos empresariais organizados, que foram entendidos como grupos excessivamente dominantes as decisões públicas.¹⁰¹ Nesse país, optou-se pela ampliação da participação administrativa pela via da AIR à grupos difusos que, de outra forma, não teriam como influir nas tradicionais relações que já estavam estabelecidas. A lição neerlandesa é importante para o caso do CONAMA na medida em que as premissas de ampliação da participação a grupos difusos poderiam ser utilizadas como forma de legitimar a atuação democraticamente deficitária do órgão pela via das consultas públicas.

3.4 OS ATORES ENVOLVIDOS NA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO AMBIENTAL

Com essas considerações sobre a influência dos conflitos distributivos, chega-se então à quarta dimensão político-institucional que deve ser considerada ao implementar a análise de impacto regulatório em um novo contexto: os atores envolvidos na AIR.

Existe uma vasta literatura sobre grupos de interesse diante da Administração Pública. Para cada grupo, a AIR pode servir a um propósito distinto, e, para cada um desses propósitos, a AIR deveria ser orientada por vetores distintos.¹⁰² Alguns exemplos de vetores que poderiam importar na normatização ambiental: para a comunidade científica, vetores como eficiência ou

¹⁰¹ RADAELLI, Claudio M. The Diffusion of regulatory impact analysis – best practice or lesson drawing? *European Journal of Political Research*, vol. 43, 2004, pp. 737-738.

¹⁰² RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment, *Journal of European Public Policy*, 12:5, p. 937.

eficácia podem ser mais interessantes. Para a comunidade empresarial, flexibilidade regulatória e desoneração empresarial. Para os cidadãos em geral, participação e custo-efetividade.

Esses breves exemplos têm meramente o condão de elucidar uma enorme diversidade de atores que buscarão sobrepor suas lógicas de ação no desenvolvimento da análise de impacto regulatório de forma a maximizar a própria utilidade. Na medida em que instituições fornecem estruturas de oportunidade para o exercício do poder, a AIR é um instrumento metodológico que molda as janelas de oportunidade de cada um dos atores envolvidos. Nesse sentido, a adoção da AIR pode viabilizar um incremento da governança regulatória democrática, ao instituir canais de participação pública ao longo do processo que geram ônus de argumentação para reguladores.

No entanto, a utilização da teoria econômica sobre grupos de interesse na regulação¹⁰³ sugere que a incorporação da AIR pode sofrer profundas resistências se isso representar uma perda de dominância no espaço regulatório. Corroborando com esse entendimento, Michael Livermore e Richard Revesz observaram¹⁰⁴ que

No início do período contemporâneo de Direito Ambiental, grupos industriais apoiaram fortemente que os padrões ambientais fossem elaborados por referência direta à análise de custo-benefício. Ao mesmo tempo, as organizações de defesa do meio ambiente se opuseram fortemente ao uso da análise de custo-benefício. À medida que os reguladores ambientais obtiveram maior proficiência na quantificação e monetização de benefícios ambientais, os grupos industriais perceberam que, quando conduzida adequadamente, a análise de custo-benefício poderia justificar uma proteção ambiental mais rigorosa. Consequentemente, eles abandonaram seu entusiasmo original

¹⁰³ VISCUSI, W.; HARRINTON JR., Joseph; VERNON, John. *Economics of regulation and antitrust*. Cambridge: The MIT Press, 2005, pp. 376-396.

¹⁰⁴ LIVERMORE, Michael; REVESZ, Richard. Interest groups and environmental policy: inconsistent positions and missed opportunities. *NYU School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series*. Working Paper No. 14-67; *Law & Economics Research Paper Series*. Working Paper No. 14-40.

pela técnica. Da mesma forma, nesse período, grupos ambientalistas passaram a ver a análise de custo-benefício como promissora, por razões semelhantes.

(Tradução livre do autor).

Em um processo normativo que segue principalmente padrões anárquicos e coalizionais como o CONAMA, a inserção da AIR pode¹⁰⁵ tornar-se uma barreira significativa às influências informais de grupos aparelhados para tanto. Naturalmente, indivíduos racionais e maximizadores de seus próprios interesses resistirão a isso. E é exatamente com essa preocupação que a OCDE elencou como um dos principais obstáculos à efetiva incorporação da AIR “a oposição advinda de agentes políticos preocupados em perder o controle sobre o processo decisório, ou advinda da própria burocracia, que resiste a reformas em sua rotina”.¹⁰⁶

De toda sorte, o imprescindível é perceber que diferentes atores tentarão moldar a AIR ou mesmo resistir à sua implementação, agindo de acordo com suas próprias preferências, e a partir de suas lógicas e vetores. Tendo isso em vista, é preciso que os agentes políticos percebam e reajam às tentativas de enfraquecimento da AIR, na medida em que a utilização desse instrumento tem como consequência a facilitação das escolhas de alternativas regulatórias que maximizem os benefícios líquidos para a sociedade.

Afinal, a AIR é um instrumento que responde bem às demandas impostas a partir do reconhecimento, pelo Direito, de que seres humanos possuem racionalidade limitada e

¹⁰⁵ Se a credibilidade da AIR no processo normativo for alta, aqueles que sejam capazes de agir a partir de um padrão decisório racional (racionalidade ampla ou limitada) estariam mais habilitados a adotá-la como um elemento argumentativo significativo. No entanto, se a AIR for vista enquanto mero instrumento de retórica parcial baseado em especulação prospectiva, ou como mero procedimento formal (em oposição à substantivo), a legitimidade desse instituto será altamente questionada, e as chances de a AIR influenciar efetivamente no processo decisório serão menores.

¹⁰⁶ OECD. *Building na Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA)*: guidance for policymakers. OCDE publishing. [s.l.]. Version 1.1, 2008, p. 26. Tradução livre.

normalmente baseiam suas decisões em heurísticas de ancoragem.¹⁰⁷ E, mais do que isso, no caso dos processos regulatórios no CONAMA, a AIR desenvolvida com rigor possibilitaria: (1) que sejam superadas variáveis institucionais de dominação decorrentes de assimetrias de informação; (2) uma relativa estabilização de expectativas quanto às possíveis escolhas dos Conselheiros, uma vez que, sendo abertamente partidários, provavelmente escolheriam os cursos de ação que mais favorecem seus objetivos predeterminados. Nesse segundo ponto, a AIR é um elemento que também influencia no processo decisório a partir da perspectiva da “teoria dos jogos” e da “teoria da decisão”.¹⁰⁸

No entanto, se a AIR pretende neutralizar vieses e estabilizar expectativas em processos decisórios dinâmicos, a indeterminação da capacidade institucional do órgão e mesmo do SISNAMA de se articular para suprir as demandas informacionais deve ser superada. Se a AIR for considerada um instrumento validado através do aparato técnico e gerencial que é apropriado para sua validação epistêmica e democrática, provavelmente será mais fácil observar um comprometimento dos agentes políticos e do público em geral para com essa metodologia decisória. Do contrário, as prospecções da AIR serão facilmente descartáveis e não gerarão os devidos ônus de argumentação, na medida em que carecerão de validade.

Como já identificado pela OCDE, a indiferença por parte da Administração Pública, principalmente devido à inércia no ambiente político, é um dos mais importantes obstáculos a um regime regulatório fundamentado em AIRs ditos completos.¹⁰⁹ No caso brasileiro, a experiência demonstra que há um baixo comprometimento. Além do relatório sistêmico do TCU já

¹⁰⁷ SUNSTEIN, Cass; JOLLS, Christine. Debiasing through Law. *The Journal of Legal Studies* 35, p. 199-241, jan. 2006.

¹⁰⁸ LEAL, Fernando. *Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer?* No prelo, pp. 21-23.

¹⁰⁹ OECD. *Building na Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): guidance for policymakers*. OCDE publishing. [s.l.]. Version 1.1, 2008, p. 26.

suscitado na primeira seção, não se verifica o comprometimento, por parte do CONAMA, em adotar práticas relativas a cautelas regulatórias em período anterior à incorporação da AIR.

Isso porque já era possível observar dispositivos como o Decreto 9.191/2017, que continha diversas provisões sistemáticas sobre a realização de prospecções consequentialistas. No entanto, esse Decreto parece ter despertado pouco ou nenhum interesse no CONAMA, visto sua inobservância. Ainda assim, a perspectiva parece ser um pouco mais otimista se for considerado que a AIR é, a partir da Lei 13.874/2019, obrigatória, e sua regulamentação deve advir com padrões mínimos de execução. A operacionalização desses padrões de execução, no entanto, deve permanecer à margem do controle social, e talvez à margem do controle dos próprios Conselheiros, visto que o Regimento não institucionalizou canais de comunicação entre os Conselheiros e o SISNAMA, e nem especificou instrumentos ou formas de controle dos processos de desenvolvimento da AIR.

CONCLUSÃO

Devido à baixa densidade normativa do novo Regimento, pouco pode ser extraído sobre o futuro da incorporação da AIR no CONAMA. Em verdade, a *ausência* de disposições normativas substantivas sugere uma manutenção do *status quo* de casuísmo, informalidade, e processos decisórios que se aproximam mais dos padrões anárquico e coalizional, dentre o espectro apresentado. Essa percepção é reforçada quando se observa que atores mais aparelhados do processo normativo (nesse caso, grupos industriais) agiram de maneira a dificultar a incorporação da análise de impacto regulatório, resultando no art. 11, §12. E, além disso, não houve qualquer disposição mais densa sobre a maneira como o SISNAMA buscará se articular para responder às demandas informacionais da AIR.

A manutenção do *status quo* parece derivar da ausência

de um processo normativo mais denso porque, de fato, a mudança institucional costuma ocorrer em ajustes marginais no complexo de regras formais (instituições positivadas) e regras informais (hábitos e herança cultural). Se os atores dominantes possuem incentivos para a manutenção do *status quo*, é possível que a própria incongruência do processo normativo esteja refletindo essa preferência. Terry Moe¹¹⁰, por exemplo, discorre sobre como os interesses políticos minam a eficiência da burocracia. Para esse autor, as disputas sobre o texto legal são disputas políticas, e não sobre uma racionalidade eficiente da atuação gerencial da Administração Pública. Em outras palavras, para Moe, a estrutura e o funcionamento da burocracia resultam prioritariamente de uma acomodação política de interesses.

E ainda que ocorram avanços nas instituições positivadas em direção ao paradigma de Estado Regulador gerencial, “*as regras formais mudam, mas as restrições informais não. Em consequência, gera-se uma contínua tensão entre restrições informais e novas regras formais, já que muitas delas são incongruentes entre si*”.¹¹¹ Se a tendência referente aos hábitos institucionais do CONAMA permanecer, haverá pouca ou nenhuma submissão ao processo normativo, remanescendo as características predominantemente negociais e anárquicas, e, portanto, a deterioração da AIR à mero instrumento rudimentar de argumentação dotado de alta parcialidade, com pouca influência no processo decisório, e baseado em meras especulações prospectivas desvinculadas de engajamento empírico.

Para que a AIR seja incorporada com maior sucesso, sugere-se que as provisões normativas sejam dotadas de maior densidade para estabelecer claramente de que forma as interações da prática administrativa deverão ocorrer, fortalecendo a

¹¹⁰ MOE, Terry. *The Politics of Bureaucratic Structure*. In: CHUBB, John; PETERSON, Paul. *Can the Government Govern?* Brookings Institution Press, 1989, pp. 267-329.

¹¹¹ NORTH, Douglass. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. São Paulo: Três Estrelas, 2018, p. 156.

capacidade dos Conselheiros de solicitar e processar as informações que ao menos em tese fluem nas diversas estruturas regulatórias que vinculam-se aos mais diversos propósitos socioambientais. Mais que isso, ainda que advenha regulamentação da AIR pela via de Decreto presidencial, as prescrições serão gerais, para toda a administração federal, e não contextualizadas ao CONAMA. Por isso, é preciso que as prescrições do processo normativo ambiental retirem a etapa da formulação da AIR da informalidade, especificando em detalhes os assuntos relativos à interação inter e intra-institucional. Adicionalmente, sugere-se a adoção de modelo de consultas públicas similar ao que ocorre nas agências reguladoras independentes, de modo que a participação administrativa e o direito de resposta sejam garantidos.

Ainda que não sejam desprezíveis as críticas relativas ao excesso de formalismo regendo a Administração Pública, a sugestão parece ser a melhor alternativa para que a tensão decorrente da incongruência entre restrições formais (regras) e informais (hábitos e cultura) desloque as práticas institucionais para mais perto dos ideais estabelecidos para a análise de impacto regulatório como um instrumento consequencialista de decisão.



BIBLIOGRAFIA

- BAGATIN, Andreia Cristina. O problema da captura das agências reguladoras independentes. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2010.
- BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Os descaminhos do estado brasileiro, o sucesso acadêmico e a impermanência. In:

- BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação e regulação. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 13.
- BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, capítulo IV.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<https://bit.ly/2DY9whM>>. Acesso em 23 de mai. 2019.
- BRASIL. Portal da Transparência. Disponível em: <https://bit.ly/33WkYFU>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 623 de 2019, Relatora Ministra Rosa Weber.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.263 de 2019 TCU/Plenário. Relator: Vital do Rêgo.
- BRAVO CRUZ, Fernanda Natasha. Conselhos nacionais de políticas públicas e transversalidade: (des)caminhos do desenvolvimento democrático. Tese (Doutorado em Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional) – Universidade de Brasília, 2017.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. Revista do Serviço Público, ano 47, volume 120, n. 1, jan.-abr. 1996.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- GLICKSMAN, Robert; SHAPIRO, Sidney. Risk Regulation at Risk: restoring a pragmatic approach. Stanford: Stanford University Press, 2002.
- CHEVALLIER, Jacques. A Racionalização da Produção Jurídica. Cadernos de Ciência da Legislação, Oeiras, n. 3, jan-mar, 1992.
- COHEN, Michael; MARCH, James; OLSEN, Johan P. A Garbage Can Model of Organizational Choice. Administrative Science Quarterly, 17, I, 1972.
- COSTA, Gustavo Pereira da. Heranças patrimonialistas,

- (dis)funções burocráticas, práticas gerenciais e os novos arranjos do estado em rede: entendendo a configuração atual da administração pública brasileira. Tese (Doutorado em Administração) - FGV - Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012.
- DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a Lei. Introdução a um Procedimento Metódico. Caderno Escola do Legislativo, vol. 7, n. 12, 2004.
- Ellig, McLaughlin e Morral III, e: ELLIG, Jery; MCLAUGHLIN, Patrick A.; MORRALL III, John F. Continuity, change, and priorities: The quality and use of regulatory analysis across US administrations, *Regulation & Governance*. [s.l.]. v. 7, n. 2, p.153-173, 2013. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1748-5991.2012.01149.x>>.
- ELSTER, Jon. Rationality. In: FLØISTAD, Guttorm (Org.). *Contemporary philosophy II*. The Hague/Boston/London: Nijhoff, 1983.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Environmental Protection Agency. Disponível em: <https://bit.ly/2Kuq4kK>.
- FONSECA, Igor F.; MOURA, Adriana M. Conselho Nacional de Meio Ambiente: análise e recomendações de aperfeiçoamento. In: *Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas*. Org.: Adriana Magalhães de Moura. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2016, p. 75.
- FONSECA, Igor Ferraz da; BURSZTYN, Marcel; MOURA, Adriana Maria Magalhães de. Conhecimentos técnicos, políticas públicas e participação: o caso do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama). *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 20, n. 42, junho, 2012.
- FREEMAN, Jody; ROSSI, Jim. Agency Coordination in Shared Regulatory Space, 125 *Harvard Law Review*, 1131.
- HEINZERLING, Lisa. Why Care About the Polar Bear?

- Economic Analysis of Natural Resources Law and Policy. In: BATES, Sarah; MACDONNELL, Lawrence. The evolution of natural resources law and policy. Chicago: American Bar Association, 2010.
- JONES, Stephane H. Greater than the sum of its parts: the integration of environmental justice advocacy and economic policy analysis. *NYU Environmental Law Journal*, Vol. 26, 2018.
- JORDÃO, Eduardo. Controle judicial de uma administração pública complexa. São Paulo: Malheiros, 2016.
- KINGLER-VIDRA, Robyn; SCHLEIFER, Phillip. Convergence More or Less: Why Do Practices Vary as They Diffuse? *International Studies Review* (2014), 16.
- LA MARE, Julia de. Análise de impacto regulatório no direito ambiental: limites e possibilidades. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Dissertação (mestrado), 2015, capítulo I.
- LEAL, Fernando. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? No prelo, 54 páginas.
- LINDBLOM, Charles E. The Science of “Muddling Through”. *Public Administration Review*, Vol. 19, No. 2 (Spring, 1959).
- LIVERMORE, Michael; REVESZ, Richard. Interest groups and environmental policy: inconsistent positions and missed opportunities. *NYU School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series. Working Paper No. 14-67; Law & Economics Research Paper Series. Working Paper No. 14-40.*
- LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. High-Quality Regulation: its popularity, its tools and its future. *Public Money & Management*, vol. 29, n. 3, 2009.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Os Conselhos de Participação Popular: validade jurídica de suas decisões. *Revista de*

- Direito Sanitário, vol. 1, n. 1, Novembro de 2000.
- MADER, Luzius. Evaluating the Effects: a contribution to the quality of legislation. *Statute Law Review*, vol. 22, 2001. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/85212314.pdf>>.
- MARCH, James J.; OLSEN, Johan P. Elaborating the “new institutionalism”. In: BINDER, Sarah; RHODES, R. A.; ROCKMAN, Bert. *The Oxford Handbook of Political Institutions*. New York: Oxford University Press, 2006.
- MARCH, James J.; OLSEN, Johan P. Elaborating the “new institutionalism”. In: BINDER, Sarah; RHODES, R. A.; ROCKMAN, Bert. *The Oxford Handbook of Political Institutions*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 16.
- MARISAM, Jason. Duplicative Delegations. *Administrative Law Review*, 63, 181, 184 (2011) 1131.
- Milaré, Édis. *Direito do ambiente*. 11ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *A participação popular na proteção do meio ambiente. Texto à mesa de Legislação sobre “Meio Ambiente e suas Tendências” da Câmara Americana de Comércio para o Brasil*. São Paulo, 1989.
- MOE, Terry. *The Politics of Bureaucratic Structure*. In: CHUBB, John; PETERSON, Paul. *Can the Government Govern?* Brookings Institution Press, 1989.
- NORTH, Douglass. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. São Paulo: Três Estrelas, 2018.
- OECD. *Building na Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): guidance for policymakers*. OCDE publishing. [s.l.]. Version 1.1, 2008.
- OECD. *Reviews of Regulatory Reform. Regulatory Impact Analysis: a tool for policy coherence*. OCDE publishing. [s.l.]. 2009. Disponível em: <<https://dx.doi.org/10.1787/9789264067110-en>>.

- OLIVER-LALANA, Daniel; WINTGENS, Luc. *The Rationality and Justification of Legislation: essays in legisprudence*. Springer, 2013.
- PECI, A.; SOBRAL, F. Regulatory Impact Assessment: How political and organizational forces influence its diffusion in a developing country. *Regulation & Governance*, [s. l.], v. 5, n. 2, p. 204–220, 2011. DOI 10.1111/j.1748-5991.2011.01105.x.
- PECI, Alketa. Avaliação do Impacto Regulatório e sua Difusão no Contexto Brasileiro. *Revista de Administração de Empresas*, v. 51, n. 4, jul/ago 2011, p. 336-348.
- RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment, *Journal of European Public Policy*, 12:5.
- RADAELLI, Claudio M. The Diffusion of regulatory impact analysis – best practice or lesson drawing? *European Journal of Political Research*, vol. 43, 2004.
- ROSENN, Keith. Brazil's Legal Culture: The Jeito revisited. *Florida International Law Journal*. vol. 1 (1), 1984.
- SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. *Legislação e políticas públicas: a lei enquanto instrumento de ação governamental*. 2012. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 190.
- SAMPAIO, R. S. R. *Regulação Ambiental*. In: Sergio Guerra. (Org.). *Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar*. 1ªed.Rio de Janeiro: FGV Editora, 2014, v. 1.
- SANTOS, Fábio Ribeiro dos. *O Poder Normativo do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- SHAPIRO, Sidney. *Cost-Benefit Analysis: an organizational*

- design perspective. *NYU Environmental Law Journal*, Vol. 19, Issue 1, 2011.
- SHAPIRO, Sidney. Cost-Benefit Analysis: an organizational design perspective. *NYU Environmental Law Journal*, Vol. 19, Issue 1, 2011; BUTLER, Richard. Designing Organizations: a decision-making perspective 1, 1991, p. 59; CHOO, Chun Wei. The knowing organization: how organizations use information to construct meaning, create knowledge and make decisions. 2^a ed., 2006, pp. 211
- SILVA, Gabriel Cozendey Pereira. O dever constitucional de eficiência administrativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.
- STARONOVÁ, Katarína. Regulatory Impact Assessment: Formal Institutionalization and Practice. *Journal of Public Policy*, Vol. 30, No. 1, (April 2010).
- STEWART, Richard B. The Reformation of American Administrative Law. *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 8 (Jun., 1975), p. 1798.
- SUNSTEIN, Cass; JOLLS, Christine. Debiasing through Law. *The Journal of Legal Studies* 35, jan. 2006.
- THEODOULOU, Stella Z. How Public Policy is Made. In: CAHN, Matthew A.; THEODOULOU, Stella Z. (Ed.). *Public Policy: The Essential Readings*. Prentice Hall, 1995.
- VERMEULE, Adrian. Três estratégias de interpretação. In RODRIGUEZ, José Rodrigo (org). *A Justificação do Formalismo Jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- VISCUSI, W.; HARRINTON JR., Joseph; VERNON, John. *Economics of regulation and antitrust*. Cambridge: The MIT Press, 2005.