

**UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE – UFF**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**  
**SIDDHARTA LEGALE FERREIRA**

**ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO, A OCDE E O BRASIL:**  
**MEDITAÇÕES METARREGULATÓRIAS E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO**  
**CONSTITUCIONAL REGULATÓRIO.**

**NITERÓI – RJ**  
**2013**

**SIDDHARTA LEGALE FERREIRA**

**ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO, A OCDE E O BRASIL:  
MEDITAÇÕES METARREGULATÓRIAS E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO  
CONSTITUCIONAL REGULATÓRIO**

Dissertação de mestrado apresentada para ao Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2013.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. e orientador Dr. Eduardo Manuel Val.  
Universidade Federal Fluminense

---

Prof. Dr. Alexandre Kehrig Veronese Aguiar

---

Prof. Dr. Marco Antonio Ferreira Macedo

---

Prof. Dr. José Vicente Santos de Mendonça

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a todas as pessoas e instituições que têm me impelido a ser uma pessoa melhor, porque, no final das contas, qualquer texto é apenas produto parcial e contingente desse desejo.

À minha mãe, Janete Legale por tudo e um tudo que não caberia reduzir a palavras.

Ao meu orientador e meu exemplo de caráter, espírito e coração, o Prof. Eduardo Manuel Val, que, acreditando desde o tempo em que fui seu monitor em mim mais do que eu mesmo, põe na direção certa meu texto e minha vida.

À Universidade Federal Fluminense, minha *alma mater*, que me acolheu na graduação e no mestrado.

Aos meus alunos, em especial aos que se tornaram parceiros importantes nessa precoce jornada acadêmica como discente e docente: meu monitor, Matheus Meott Silveste e aos Coordenadores da Revista de Direito dos Monitores da UFF, Pedro Eugenio Bargiona e Guilherme Candeloro.

Aos colegas do mestrado, cujo diálogo e amizade têm sido enriquecedores, em especial: Eric Baracho, Adriano Correa de Sousa, Raquel Almeida, Ilana Aló, Emerson Affonso Moura, Felipe Renault e Luis Antonio e Fernando Reis.



“A experiência direta é o subterfúgio, ou esconderijo, daqueles que são desprovidos de imaginação. (...) Os homens de acção são escravos involuntários dos homens de entendimento. As coisas não valem senão na interpretação delas. Uns, pois, criam para que outros transmudando-as em significação, as tornem vivas. Narrar é criar, pois viver é apenas ser vivido.” (Fernando Pessoa-Bernardo Soares, **O livro do desassossego**, p.179)

“A vida é uma viagem experimental, feita involuntariamente. É uma viagem do espírito através da matéria, e como é o espírito que viaja, é nele que se vive. Há, por isso, almas contemplativas que tem vida mais intensa, mais extensa, mais tumultuariamente do que outras têm vivido externas. O resultado é tudo. O que se sentiu foi o que se viveu.” (Fernando Pessoa-Bernardo Soares, **O livro do desassossego**, p.345)



## **RESUMO**

A presente dissertação objetiva estudar a análise de impacto regulatório a partir da internacionalização do direito. Divide-se em três capítulos. O primeiro trata do fenômeno da internacionalização do direito, inspirando-se nas contribuições de Mireille Delmas-Marty. O segundo capítulo discorre sobre a internacionalização do direito constitucional regulatório, expondo as recomendações e experiências de alguns países estudados pela OCDE para melhoria da qualidade regulatória, especialmente a análise de impacto regulatório (AIR). O terceiro capítulo, por fim, trata da tradução do conceito e metodologias de categorias econômicas, como a análise de custo-benefício, para uma linguagem jurídica sobre a AIR. É nesse último capítulo que se responde aos porquês de a AIR poder ser considerada constitucional, pois mesmo tendo sido introduzida sem previsão legal expressa, ela serve ao incremento da eficiência administrativa e da razoabilidade dos atos regulatórios.

## **ABSTRACT**

This thesis aims to study the regulatory impact analysis from the internationalization of law. It is divided into three chapters. The first deals with the phenomenon of internationalization of law, drawing on contributions from Mireille Delmas-Marty. The second chapter discusses the regulatory internationalization of constitutional law, exposing the recommendations and experiences of some countries studied by the OECD for improving regulatory quality, especially the regulatory impact analysis (RIA). The third chapter finally deals with the translation of the concept and methodology of economic categories, such as cost-benefit analysis, to legal language on AIR. In this last chapter, it is argued that the AIR can be considered constitutional. Even though it was introduced without express legal provision, it serves to increase administrative efficiency and reasonableness of regulatory acts.

## SUMÁRIO

|  |     |
|--|-----|
| ASPECTOS GERAIS.....   | 10  |
| CAPÍTULO 1- INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO .....   | 16  |
| 1.1 Alguns Desafios para um direito mundial eficaz.....  | 20  |
| 1.2. Por um direito de e para todos .....  | 28  |
| 1.3. A internacionalização do direito e o método comparativo .....   | 40  |
| 1.3.1. Internacionalização ética e jurídica: linhas paralelas e inter-relações.....  | 45  |
| 1.3.2. Internacionalização interestatal e supranacional .....  | 53  |
| CAPÍTULO 2 – A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL<br>REGULATÓRIO: POR UMA GOVERNANÇA COM GOVERNO.....   | 60  |
| 2.1. A INTERNACIONALIZAÇÃO ÉTICA E JURÍDICA DO DIREITO<br>REGULATÓRIO PARA O DESENVOLVIMENTO: A O.C.D.E. E A ANÁLISE DE<br>IMPACTO REGULATÓRIO EM PERSPECTIVA .....          | 62  |
| 2.2. INTERNACIONALIZAÇÃO INTERESTATAL DO DIREITO<br>REGULATÓRIO PARA O DESENVOLVIMENTO.....  | 72  |
| 2.2.1. Estratégia explicativa de cima para baixo (top-down): a análise de impacto<br>regulatório recomendada pela OCDE e os desafios do direito regulatório mundial<br>..... | 73  |
| 2.2.2. Estratégia da difusão: modelos comparados de difusão da AIR .....   | 83  |
| 2.2.3. Estratégia explicativa de baixo para cima (bottom-up): a Reforma do estado<br>e o início da reconstrução Estado regulador brasileiro.....                             | 94  |
| CAPÍTULO 3 – ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: É CONSTITUCIONAL?<br>.....  | 105 |
| 3.1. Conceito.....   | 105 |
| 3.2. A análise de custo-benefício na AIR: o método do método.....  | 113 |
| 3.3. Análise de Impacto Regulatório em algumas agências reguladoras: notícias de<br>um experimento em curso no Brasil .....  | 119 |
| 3.4. Análise de impacto regulatório: é constitucional?.....  | 130 |
| APONTAMENTOS FINAIS.....   | 143 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....   | 147 |

## ASPECTOS GERAIS

A regulação é uma das formas de intervenção do Estado na economia que não se confunde com a intervenção direta ou com o serviço público, típica do Estado social, tampouco se confunde com o fomento ou poder de polícia, que almejam orientar, induzir, controlar ou influenciar em alguma medida os comportamentos dos agentes econômicos em prol de interesses constitucionais relevantes e socialmente desejáveis. A regulação está, ainda assim, intimamente associada ao Direito ao desenvolvimento como uma forma de promover uma melhor atuação dos agentes relacionados à infraestrutura do país como estratégia para crescimento econômico, por exemplo, auxiliando a aprimorar as condições das estradas, ferrovias, portos, aeroportos e etc.

Por ter um caráter em geral mais brando do que a intervenção direta, a regulação tende a ter um potencial de respeitar mais o desacordo entre os diversos projetos políticos e econômicos existentes em sociedades democráticas e complexas como as contemporâneas. A constatação do pluralismo e do desacordo não significa que não seja possível de ser ordenado juridicamente. O pluralismo ordenado<sup>1</sup> é possível no direito internacional e também no regulatório, mas, até o momento, a literatura jurídica no Brasil tem pensado a regulação sob a égide da expertise técnica e de uma questionável “neutralidade” em relação à política. É claro que um regresso ao irracional ou ao controle puramente político da atividade regulatória parece inviável e indesejável, podendo gerar desrespeitos aos direitos dos regulados. Isso não significa, porém, que política de Estado e regulação estejam (ou devam estar) dissociadas da construção de políticas públicas necessárias ao Estado social e democrático de direito<sup>2</sup>. A relação entre a regulação e as políticas públicas, além de positiva para a sociedade, é inevitável: a opção por “não” regular um setor é a opção pela autorregulação. A premissa teórica desse trabalho, portanto, será reler a regulação sob as premissas da internacionalização do direito (Mireille Delmas-Marty) e de uma ética do desenvolvimento como liberdade (Amartya Sen).

A regulação, como se poderia perceber, possui um campo muito vasto e uma importância fundamental para desenvolvimento nacional. A regulação dos setores

---

<sup>1</sup> O conceito de pluralismo ordenador é desenvolvido na obra de Mireille Delmas-Marty, conforme será abordado mais adiante ao longo da dissertação.

<sup>2</sup> Não desejamos (rediscutir) o conceito de estado social e democrático de direito que já desenvolvemos anteriormente em outro trabalho. Cf. LEGALE FERREIRA, Siddharta. **ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: História, direitos fundamentais e separação de poderes**, 2009. Publicação eletrônica em: [http://www.cspb.org.br/docs\\_concursos2009/monografiasiddharta.pdf](http://www.cspb.org.br/docs_concursos2009/monografiasiddharta.pdf).

estratégicos para infraestrutura do país é uma preocupação central nas estratégias de promoção ou manutenção de níveis quantitativos e qualitativos mais elevados de desenvolvimento. Por necessidade de delimitar o objeto do presente trabalho, não dedicaremos um espaço alargado para compilar um debate razoavelmente consolidado no Brasil sobre o que é do ponto de vista conceitual uma agência reguladora, quais são as suas características e o que ela deve ser. O objeto da presente monografia se circunscreve à compreensão dos desafios e limitações que a regulação tem enfrentado no Brasil para melhorar o exercício de suas atribuições justamente para servir a esse desenvolvimento esperado. De forma precisa, pretendemos nos debruçar sobre o recente instituto da “*Análise de impacto regulatório*”, um instituto que ingressa no ordenamento jurídico brasileiro por influência especialmente dos Relatórios da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), cujo foco se refere ao estímulo de práticas de aprimoramento da qualidade da regulação oriunda das Agências reguladoras<sup>3</sup>.

Esse instituto, ao lado de outros temas, começou a ser testado pelo governo em 2008, a partir da implantação do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação - PRO-REG, elaborada pela Casa Civil da Presidência da República com apoio do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID)<sup>4</sup>. Os projetos-piloto de Análise do Impacto Regulatório (AIR), atualmente conduzidos com processo de treinamento dos servidores públicos em diferentes agências reguladoras federais brasileiras, tais como ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), ANP (Agência Nacional do Petróleo), ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil), ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários), ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), ANCINE (Agência Nacional de Cinema) e ANS (Agência Nacional de Saúde). Resta investigar se agências desejam tornar a

---

<sup>3</sup> Não ignoramos que existe um concerto internacional por parte de diversas organizações internacionais no sentido de pensar a qualidade da regulação. Ocorre que em nossa temática os setores especializados e a literatura, que será apresentada e debatida no capítulo 3, aponta de forma unânime os relatórios da OCDE como fonte de inspiração da AIR, Análise de Impacto Regulatório. Exemplificativamente, é possível listar alguns relatórios que serão trabalhados no momento adequado. Cf. OECD. **Recommendation of the council of the OECD on improving the quality of government regulation (adopted on 9 march 1995), including the OECD reference checklist for regulatory decision-making and background note.** 1995. OECD. **Regulatory policies in OECD countries: from interventionism to regulatory governance,** 2002. OECD. **Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA),** 2008.

<sup>4</sup> Explicações mais detalhadas sobre o programa podem ser encontradas neste site: <http://www.regulacao.gov.br> Acesso em: <05.05.2012>

análise de impacto regulatória obrigatória ou facultativa nesse processo de atualização técnica, bem como as disposições constitucionais e legais a respeito de um instituto muito recente e pouco estudado até o momento, o que amplia o interesse e as dúvidas sobre um tema tão atual e importante.

Não se ignora que existem estudos brasileiros importantes sobre a regulação, especialmente após a edição da Emenda constitucional nº 8 e nº 9 de 1995 que, no bojo de um projeto de Reforma do Estado<sup>5</sup>, criou o fundamento constitucional para a ANATEL e ANP. De 1995 até 2008, os temas centrais dos estudos dos constitucionalistas e administrativistas foram o conceito, importância e características e poder normativo das agências reguladoras. Ainda se faz necessário ampliar o espaço para estudos sobre limitações, teoria da captura, falhas de mercado, o funcionamento das ouvidorias das agências reguladoras e outras questões importantes que não serão abordados aqui sobre os possíveis efeitos negativos da regulação pública da economia. Ao lado desses tópicos, encontra-se a análise de impacto regulatório que será objeto da presente pesquisa, preocupada em compreender os impactos da regulação e de seu entrelaçamento com o desenvolvimento econômico nacional num cenário de engajamento do Brasil no cenário internacional.

Uma Análise de impacto regulatório (AIR) que exija uma medição muito rigorosa dos impactos regulatórios tende a fomentar uma autorregulação dos setores, assumindo o risco de que essa decisão seja tomada sem um debate público aberto, o que pode comprometer o componente democrático das políticas públicas de promoção do desenvolvimento. Por outro lado, uma análise muito branda dos impactos pela AIR não promoveria o respeito aos direitos dos regulados, a eficácia da regulação e a qualidade que se espera de órgão com expertise técnica. Situado esse dilema, é preciso enfatizar que a introdução da AIR, inspirada nas recomendações da OCDE, foi feita pelo PROG-REG sem lei específica ou previsão constitucional para tal e, portanto, sem uma deliberação pública de qual modelo de regulação se espera no Brasil e em cada setor. O problema fundamental a ser abordado na presente dissertação de mestrado envolve o embate entre eficiência e legitimidade democrática. Questiona-se se determinada leitura

---

<sup>5</sup> Não desejamos discutir a chamada implantação de um Estado gerencial brasileiro que possui um amplo debate e é bastante conhecido no Brasil. Por todos, BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado patrimonial ao Estado gerencial. In: PINHEIRO, Wilhelm e Sachs (orgs.), **Brasil: Um Século de Transformações**. São Paulo: Cia. Das Letras, 2001, p. 222-259. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/papers/2000/00-73EstadoPatrimonial-Gerencial.pdf> Acesso em: <05.05.2012>

das propostas da OCDE para uma análise de impacto regulatório não poderia constituir uma tentativa de opor obstáculos à atuação das agências e, com isso, conduzir a uma “governança sem governo” popular. De forma objetiva e curta, mas não menos complexa, a argumentação desenvolvida será guiada por este problema: É constitucional a Análise de Impacto Regulatório?

Nessa pesquisa, pretende-se investigar e defender a constitucionalidade da análise de impacto regulatório. Diante de um instituto em fase de testes e sobre o qual não existe ainda questionamento judicial quanto à sua legalidade ou constitucionalidade, a hipótese da pesquisa pautou-se por sua validade, considerando o princípio da presunção de constitucionalidade. Partimos dessa hipótese, em linhas gerais, porque o instituto (i) foi introduzido de forma experimental com a pretensão dos agentes democraticamente eleitos, ainda que não tenha ocorrido a aprovação de uma Lei específica pelo Parlamento; (ii) a AIR surge em um contexto de internacionalização do direito que parece compatível com a lógica de *soft law*, de um direito internacional menos imperativa mas não necessariamente menos eficaz decorrentes das recomendações da OCDE sobre o tema; e (iii) com base do princípio constitucional da eficiência, inserido no art. 37 da Constituição de 1988 pela Emenda Constitucional nº 19/98.

O **plano de trabalho** para investigar se tal hipótese é consistente desdobra-se em três capítulos. Os dois primeiros capítulos assentarão as premissas teóricas do trabalho, discorrendo sobre o contexto atual de acentuada internacionalização do direito em geral e do direito constitucional regulatório – ambos permeados pela preocupação com o desenvolvimento econômico que começa mais fortemente a se tornar uma pauta ou ramo jurídico. O terceiro e último capítulo dedica-se especificamente à Análise de Impacto Regulatório (AIR), explicando tanto o conceito e metodologia envolvida, quanto a recente experiência brasileira com o tema em algumas agências reguladoras relacionadas à infraestrutura.

O primeiro capítulo abordará a internacionalização do direito como uma premissa teórica que reconhece que, por conta da globalização, houve uma profunda multiplicação de fontes normativas e de instituições não exclusivamente nacionais para regulamentar a economia e a sociedade, como podemos observar no exemplo da regulação sobre a qual incidem, dentre outras diretrizes das organizações internacionais, as recomendações da OCDE e das normas brasileiras sobre o tema. Dentre as possibilidades de referência teórica, escolhemos a produção teórica de Mireille Delmas-

Marty, que aborda os desafios para um direito mundial, o conceito de um direito comum e ainda dos conceitos de internacionalização do direito, bem como o já mencionado conceito de pluralismo ordenado emergente na sociedade internacional. O marco teórico escolhido permitirá o diálogo com uma série de autores e interlocutores também centrais para estruturação deste trabalho, como Amartya Sen com o qual é possível fazer um diálogo sobre uma perspectiva interdisciplinar da relação entre direito e economia, por exemplo, na metodologia da análise de custo-benefício utilizada na AIR.

O segundo capítulo dedica-se ao estudo da OCDE no contexto de uma rede de organizações internacionais, suas funções e o seu modo de conceber o desenvolvimento em geral e como a questão é colocada nos estudos para a melhoria da qualidade da regulação. Estuda-se o direito ao desenvolvimento, enfatizando a questão da infraestrutura como algo central para o país com dificuldade em efetivar plenamente os direitos fundamentais. Esse é um direito fundamental de terceira geração, muito próprio do contexto de globalização e internacionalização do direito por meio de um projeto com feições pluralistas voltado a promover um desenvolvimento não apenas como mais um instrumento de hegemonia de uma economia ou uma cultura. É um projeto para possibilitar ao ser humano se tornar o que ele quiser ser e não apenas o que ele puder ser. Para tanto, será apropriado o paradigma teórico que se afasta de posições extremadas: o construído pelo economista e prêmio Nobel, Amartya Sen, que concebe o desenvolvimento como fortalecimento das liberdades e essas como a capacitação para construção de projetos existenciais autônomos. Acredita-se na democracia para superar os dilemas do subdesenvolvimento e, por isso, as pessoas são colocadas em primeiro lugar, humanizando assim o planejamento econômico.

O terceiro capítulo abordará alguns elementos teóricos e conceituais sobre a regulação no que for pertinente e útil para facilitar a compreensão dessa aclimação da Análise de Impacto Regulatório no Brasil. Não se pretende abordar todo o rico debate sobre a regulação no Brasil entre 1995 e 2008 por uma opção do recorte metodológico. Em linhas gerais, a AIR consiste na exigência que a agência reguladora, antes da edição de uma regulamentação qualquer, faça estudos, verifique alternativas para regular o setor e identifique os custos e benefícios envolvidos. Trata-se de uma primeira apresentação do instituto que é muito rico e assume feições extremamente variadas que tratam desde o impacto para as microempresas até o impacto para o orçamento público.

Ainda neste terceiro capítulo presta-se atenção na recente experiência brasileira com a análise de impacto regulatório. Aqui, serão fechados os livros e manuais sobre a

regulação para abrir as páginas do livro da vida e dos sites da agência reguladora: serão estudadas experiências entre 2008 e 2013 de determinadas agências reguladoras com o novo instituto. As agências selecionadas para estudo, em geral, são aquelas que guardem maior relevância com a questão da infraestrutura tão cara à promoção do desenvolvimento nacional, quais sejam, ANP (Agência Nacional do Petróleo), ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil) e ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários). Será incluída também a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) não por que haja uma relação direta e íntima com o setor de infraestrutura e sim por uma questão prática que requer esse desvio padrão diante de um tema tão atual: é a agência em estágio mais adiantado de experimentação da análise de impacto regulatório e que acaba servindo, em alguma medida, de diretriz às demais.

## CAPÍTULO 1- INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

O presente capítulo dedica-se ao conceito a “*internacionalização do direito*” no pensamento da autora francesa Mireille Delmas-Marty, que constituirá um importante pressuposto teórico do presente texto<sup>6</sup>.

Em primeiro lugar, a autora é uma jurista que trabalha o processo de globalização e mundialização<sup>7</sup> jurídica, política e econômica, abordando os dilemas constitucionais e internacionais contemporâneos. Caso trabalhássemos apenas com o pensamento do economista Amartya Sen, teríamos como efeito indesejável um subaproveitamento do papel do direito no estudo do objeto escolhido e delimitado. Por outro lado, a própria Mireille Delmas-Marty aborda essa dupla face do processo de internacionalização do direito que envolve os direitos humanos e o mercado/economia, dialogando expressamente com Amartya Sen, John Rawls e outros autores. Procura-se, com isso, alicerçar as premissas teóricas deste trabalho com um pé no direito e outro na economia<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Esta autora francesa, nascida em 1941, exerceu o cargo de professora do *Collège de France* e membro da *Académie de Sciences Morales et Politiques*. Já participou de comissões legislativas na França sobre direito penal e direitos do homem, bem como do Comitê de reflexão sobre a criação de uma jurisdição penal internacional e integrando o comitê de especialistas da União Europeia no projeto de direito penal europeu. Pesquisadora em direito penal internacional, Delmas-Marty, na década de sessenta, dedicou-se aos estudos do direito positivo francês. Nos anos setenta, abriu os olhos para os fenômenos da constitucionalização e internacionalização por conta da adesão da França à Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>6</sup>. Nas décadas seguintes, a autora enxerga que a internacionalização dos direitos humanos pavimentou o caminho para internacionalização também da economia, mas que o movimento se acelerou com o fim da Guerra Fria numa agenda de governança global que cria a Organização Mundial de Comércio, Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico e inclusive o Tribunal Penal Internacional. Trata-se de uma autora com uma vasta produção acadêmica cujas ideias são debatidas em diversos países e ramos do direito.

<sup>7</sup> Não desejamos entrar em detalhes na diferença feita pela autora entre globalização, empregada em geral para economia, e mundialização, empregada para o panorama social e político por parecer um preciosismo dos autores franceses. A opção para diferenciar os sentidos desses fenômenos na redação aqui empregada decorrerá de uma interpretação lógica e sistemática e não por um mero emprego de certos vocábulos. DELMAS-MARTY, Mireille. **Três Desafios para um Direito Mundial**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 8. Entre nós, há quem opte por essa terminologia, Cf. BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Estado e constituição no contexto da internacionalização do direito a partir dos direitos humanos. In: VIEIRA, José Ribas e CARVALHO, Flávia Martins de (Org.). **Desafios da Constituição: democracia e estado no século XXI**. Rio de Janeiro: Faperj, 2011, p.299 e ss.

<sup>8</sup> Embora venham a ser feitas algumas referências pontuais, não se pretende aprofundar a discussão sobre o importante movimento da *law and economics*, do qual Richard Posner é um dos principais representantes. Existem mais estudos sobre a AIR de economistas do que de juristas, razão pela qual essa importante conexão ficará evidente no capítulo dedicado ao instituto.

Em segundo lugar, os autores escolhidos, sem desprezar as suas singularidades, pertencem a uma mesma linha de matriz teórica de base kantiana<sup>9</sup>, o que permite construir o tema de forma mais consistente do ponto de vista teórico, recorrendo às contribuições de uma jurista (Delmas-Marty), de um filósofo (Rawls) e de um economista (Sen). Poderíamos enfatizar o Direito dos povos de Rawls<sup>10</sup> ou Ética do Desenvolvimento para os problemas de um mundo globalizado do economista Amartya Sen<sup>11</sup>, mas se optou por uma jurista dentro dessa tradição de pensamento das relações internacionais, regionais e nacionais que, a um só tempo, reconhece a importância e capacidade das organizações internacionais para o desenvolvimento, paz e segurança no mundo e, ao mesmo tempo, aborda criticamente as suas fragilidades e desafios, como a diversidade de fontes jurídicas para reger a multiplicidade cultural que não pode ser subestimada ou desprezada.

Em terceiro lugar, Mireille Delmas-Marty fornece em suas obras, alguns elementos que permitem declinar o referencial teórico adotado para enxergar as relações internacionais do modo que desejamos, sem ignorar a relação entre economia e direitos humanos. A Análise de Impacto regulatório coloca-se num espaço entre a OCDE e a PRO-REG da casa civil brasileira, entre o mercado e as agências reguladoras, entre a necessidade de mensurar os impactos para as empresas, mas igualmente para a

---

<sup>9</sup> KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Trad Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2009. Para um comentário ao projeto de paz perpétua kantiano, Cf. FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. A paz perpétua no pensamento kantiano e os fundamentos de um Tribunal Penal Internacional Permanente. **Revista de Ciências Jurídicas da Universidade Veiga de Almeida - Instituto de Ciências Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 127-138, 2002.

<sup>10</sup> Especificamente sobre a aplicação do projeto rawlsiano às relações internacionais do que o próprio denominou de “utopia realista”. Cf. RAWLS, John. **Direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Do mesmo autor, Cf. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. e. **Political Liberalism**. New York: Columbia University, 2005. Para comentários ao autor aplicando suas ideias ao direito, alguns artigos dos professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense podem ser conferidos: MACEDO, Marco Antônio Ferreira. A positivação da Justiça na Cf/88 e o contratualismo constitucional rawlsiano como chave de justificação. IN: PIRES, Adilson Rodrigues e TÔRRES, Heleno Taveira. **Princípios de direito financeiro e tributário: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. PERLINGEIRO, Ricardo. Teoria da Justiça de John Rawls. **Revista de Informação Legislativa** n. 138, 1998. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31495-35698-1-PB.pdf> LEGALE FERREIRA, Siddharta. A constitucionalização do direito tributário: A justiça fiscal numa visão liberal igualitária. **Direito Tributário em Questão**, 2012, no prelo.

<sup>11</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011; SEN, Amartya e KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. Trad. Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

sociedade e os direitos fundamentais. Essa possibilidade de ordenar juridicamente o pluralismo das relações sociais e econômicas, respeitando, por exemplo, uma margem de apreciação dos direitos humanos ou de diretrizes econômicas internacionais, por meio do chamado “pluralismo ordenado” diferencia a autora e a coloca em condições de responder de forma mais satisfatória às críticas de outras tradições de pensamento.

Enfatize-se que a questão do pluralismo vincula-se à regulação, seja porque a multiplicidade de agências reguladoras compõe a chamada Administração policêntrica, ao se operar com múltiplos centros de decisão sem que isso importe em uma anarquia, seja porque a regulação muda a própria descrição teórica do ordenamento jurídico que já não se amolda bem ao modelo piramidal kelseniano pelas razões que discorreremos ainda neste capítulo à luz do pensamento da professora Delmas-Marty. Esses fenômenos pressupõem um pensamento a respeito das opções por modelos regulatórios de autorregulação, regulação estatal ou de cooregulação<sup>12</sup> – temas igualmente tratados pela professora francesa, embora o sentido de regulação aqui seja empregado em sentido amplo.<sup>13</sup>

Justificada a escolha do marco teórico, resta estudar o pensamento da autora, o que será estruturado essencialmente a partir dos subsídios encontrados em sua obra, com destaque para as seguintes: “*Três Desafios para um direito mundial*”, “*Por um direito comum*” e “*Internacionalização do direito e método comparativo*” – o último ainda sem tradução para o português. Na medida do possível, recorreremos também a outros livros e textos da autora, especialmente aqueles que compõem a coleção sobre As

---

<sup>12</sup> Para contextualização do debate da governança mundial após Bretton Woods. Cf. DELMAS-MARTY, Mireille. **Le relatif et L’universel**. Paris: Édition du deli, 2004.

<sup>13</sup> Além disso, justifica-se o uso da autora por razões institucionais. Seu pensamento foi estudado em três momentos do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da UFF (PPGDC): nas aulas de diversas disciplinas do mestrado; no estágio docente cursado sob a supervisão do Professor Eduardo Manuel Val; e pelo diálogo que o corpo docente e discente do PPGDC vem estabelecendo e será reforçado com o programa da UNISINOS, com apoio da CAPES, que conta com disciplinas e professores preocupados com o tema da “*Internacionalização do direito*” e que estudam as obras de Mireille Delmas-Marty. Considerando o estímulo institucional e a carência de estudos no Brasil sobre a temática, decidimos aprofundar os estudos sobre o tema. No dia 16 de maio de 2012 foi proferida uma palestra da professora da UNISINOS Jânia Maria Lopes Saldanha, que é aluna da Professora Delmas-Marty, sobre o tema da internacionalização do direito. Sobre o tema e aclimatando a teoria ao Brasil, Cf. SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SUBTIL, Leonardo de Camargo. Os desafios do processo e da jurisdição frente à internacionalização do direito e aos processos de integração: rumo à efetivação dos direitos humanos. **Revista NEJ – Eletrônica**, vo. 15, n. 3, 2010, p.346 e ss. Disponível em: <www.univali.br/periodicos> Acesso em: 16.05.2012.

Forças Imaginativas do Direito<sup>14</sup>. Seguindo os livros mencionados, as ideias a seguir serão organizadas em três eixos. Como se trata de um tema ainda pouco debatido publicamente no Brasil, fato é que diante da carência de discussões parece prudente uma proposta descritiva antes de uma reflexão marcadamente crítica. Além do mais, a pretensão de lançar mão dessas ideias como marco teórico e contextual para discutir a regulação e a análise de impacto regulatório conduziu à leitura descritiva da conexão entre direitos humanos e economia a partir da “internacionalização do direito”.

O primeiro item abordará o conceito de um “direito mundial” que, em linhas gerais, confunde-se com o sonho de um direito ideal e utópico, como reconhece a própria autora. Espera-se que isso não represente a hegemonia de uma só cultura, de uma só nação, de uma só religião, de uma só economia sobre todas as outras. Esse projeto de um direito mundial pluralista fundamenta-se na razão como instrumento de justificação e diálogo, que aponta para a necessidade de refundar os poderes nas organizações internacionais, de modo que contem com a participação ou influências não apenas dos atores privados econômicos e estatais, mas também dos atores cívicos como as organizações não governamentais que buscam a proteção dos direitos humanos, por exemplo.

O segundo dedica-se ao livro “*Por um direito comum*”, que propõe, em linhas gerais, a recomposição da paisagem jurídica nacional e internacional. O projeto possui três sentidos. Em primeiro lugar, o direito é comum no sentido de que é acessível a todos e não apenas aos especialistas e intérpretes oficiais. Em segundo lugar, é comum aos diversos Estados, sem, com isso, forçá-los a abandonar a sua identidade. Em terceiro e por fim, o direito comum pretende construir um “direito dos direitos” a partir dos direitos humanos, cuja finalidade é aproximar os sistemas jurídicos e não propriamente unificá-los. Assim o direito é comum por ser uma questão que interessa a todos, mas se torna capaz de se manter pluralista.

A terceira parte do texto volta-se propriamente para o conceito de “*internacionalização do direito*” e a sua relação com o método da comparação jurídica. Trata-se de um conceito que está presente de forma difusa nas demais obras da autora através do qual pretendemos chamar atenção para esse fenômeno de multiplicação de

---

<sup>14</sup> Quatro livros que compõem a coleção forças imaginativas do direito: “Universal e relativo”, “pluralismo ordenado”, “A refundação dos poderes” e “Para uma comunidade de Valores”, que serão devidamente referenciados ao longo da dissertação.

normas e instituições nacionais e internacionais para lidar com questões jurídicas. Será investigado o conceito de “*internacionalização do direito*” de forma transversal nessas três obras procurando identificar as respostas da autora aos seguintes problemas teóricos: O que é e o que não é Internacionalização do direito? Esse projeto é possível, razoável e desejável?

### 1.1 ALGUNS DESAFIOS PARA UM DIREITO MUNDIAL EFICAZ

O “direito mundial”, como dito, não se confunde com o sonho de um direito único que represente a hegemonia de uma cultura, de uma nação, de uma religião, de uma economia sobre todas as outras. O projeto de um direito mundial pluralista fundamenta-se na razão como instrumento de justificação e diálogo<sup>15</sup>. Os três desafios lançados pelo livro são os seguintes: É possível a universalização dos direitos humanos diante das desigualdades e das particularidades nacionais e regionais? É razoável ou juridicamente racional pensar um conjunto ordenado diante uma proliferação anárquica de normas? É desejável a mundialização do direito mesmo diante de instituições internacionais que não garantem os valores democráticos?

Antes de mais nada, é importante esclarecer o vocabulário utilizado pela autora: a “globalização” possui uma relação com a economia, enquanto a “mundialização” revela-se pela difusão especial de um produto, técnica ou ideia que pretende ser um termo mais neutro entre a economia e os direitos humanos e, ainda, a universalização diz respeito a um compartilhar de sentidos<sup>16</sup>.

*É possível a universalização dos direitos humanos diante das desigualdades e das particularidades nacionais e regionais?*

É possível, apesar de alguns obstáculos, começando pela necessidade de pensar os direitos humanos de forma indissociável da economia e, justamente por isso, reconhecer a interdependência entre direitos civis e políticos dos de caráter social e econômico. Corre-se o risco de termos a mundialização sob a égide da economia

---

<sup>15</sup> Autores como Marcelo Neves trabalham dentro do marco do transconstitucionalismo as ideias de “razão transversal” e “pontes de transição” para esse modo de proceder que busca olhar para cultura e a experiência de outros países ou culturas dentro do próprio território do Estado como uma forma de solucionar (ou buscar soluções) para certos problemas. Cf. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2009.

<sup>16</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Três Desafios para um Direito Mundial**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 9.

dominante, que imporá seu padrão cultural resultando em choques de culturas. Para superar esse problema, deve-se pensar na união dos direitos humanos e econômicos e na sua harmonização a fim de inventar um direito comum pluralista.<sup>17</sup> Embora pareça simples, o projeto de harmonização desses direitos encontra diversos obstáculos e nem por isso deixa de ser possível.

O primeiro deles é a particularidade cultural e religiosa de cada país que se choca com os direitos humanos ao passo que a globalização econômica tende a uniformizar o planeta. A universalização dos direitos humanos reflete um compartilhamento de sentidos e no enriquecimento pela troca. Atualmente, cada sociedade vive alguma parcela das exigências dos direitos do homem, mas cada uma a sua maneira.

O segundo obstáculo a ser superado é o de uma hegemonia econômica, mas também jurídica que se reflete na tentativa de certos países imporem sua ordem jurídica em caráter extraterritorial. Sem que haja um consenso da comunidade internacional acerca da vigência de determinado instituto jurídico de força imperativa, qualquer outra possibilidade de imposição de uma norma se trata de um exercício imperial que acarretará na uniformização da comunidade internacional sob a égide da já referida única potência.

Duas soluções possíveis podem ser antevistas. De um lado, a solução econômica e política para tal mazela é a formação de blocos regionais que através de seus acordos plurais dispõem sobre o respeito ao direito internacional, porque os acordos mencionados tratam não somente do âmbito econômico, mas também da produção de normas.<sup>18</sup> De outro, na esfera do direito internacional como um todo, recorre-se à Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 que preconiza os mais básicos direitos do homem sem entretanto enveredar por uma visão etnocêntrica, buscando uma harmonização dos sistemas de direito, considerando as diferenças a incorporá-las com os princípios fundadores comuns, relacionados aos direitos do homem considerando a historicidade e os fatores culturais, econômicos e religiosos.<sup>19</sup>

Um terceiro obstáculo posto à mundialização é o uso abusivo do instituto da “reserva” para a ratificação de tratados por parte de certos países, dessa forma

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 20.

“nacionalizando” o texto, já toda reserva é uma declaração unilateral. Já em 1993 na Conferência de Viena, que discutiu especialmente as conexões entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento<sup>20-21</sup>, o secretário-geral das Nações Unidas chamou a atenção da comunidade internacional para o risco que as reservas representam na universalização dos direitos humanos, prejudicando sua proteção.<sup>22</sup> A superação de todos esses problemas relatados perpassa pela necessidade de que o núcleo duro ou inderrogável de determinados direitos torne-se insuscetível de reservas, como, por exemplo, o direito de não ser torturado.<sup>23</sup>

Exemplo emblemático de tal fato é a adesão dos Estados Unidos apenas em 1992 ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU e 1966 que foi alvo de reservas. Outros Estados já haviam realizado reservas em relação ao pacto, entretanto, a atitude dos Estados Unidos não tinha precedentes até então dado o número de artigos alvos de reserva, sobretudo os artigos 6 e 7, a respeito da pena de morte e da proibição de tortura. Tal atitude fez com que onze Estados-parte do Pacto fizessem objeções formais ao governo americano. Segundo a autora, trata-se aqui do núcleo duro das disposições inderrogáveis e, por isso, deveriam permanecer fora do alcance de limitações. Com essa atitude, os Estados Unidos ficaram marcados como os únicos a fazerem reserva sobre o artigo que versa sobre abolição da tortura. Esse caso emblemático atuou como catalisador no Comitê da ONU, embora as discussões não tenham avançado porque os EUA não reconheceram a competência do Comitê de Direitos do Homem para examinar os recursos contra eles. No âmbito do Pacto de direitos sociais, econômicos e culturais de 1966 as dificuldades não são menores, tanto é assim que até hoje os Estados Unidos não assinaram.<sup>24</sup>

O desafio é que a lei do mais forte não se imponha sobre o direito mundial. Para tanto, é preciso reconhecer a conexão estreita entre os direitos humanos e os direitos econômicos e sociais, que se tornam oponíveis à economia, por exemplo, pela

---

<sup>20</sup> Para mais detalhes sobre as Conferências e relatórios da ONU que tratam sobre o direito ao desenvolvimento, Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio de Fabris, 1999, p. 262 e ss.

<sup>21</sup> Veja-se também a Declaração e programa de ação de Viena (1993). Disponível em: <[http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(symbol\)/a.conf.157.23.en](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(symbol)/a.conf.157.23.en)>

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 34-35.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 34-35

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 37

noção de direitos ao desenvolvimento que coloca a preocupação com o ser humano como uma referência importante para a cadeia econômica. Para haver o ser humano livre, deve-se ofertar a possibilidade de fruição tanto de direitos civis quanto de direitos sociais e econômicos. Não há de se falar em dissociação entre esses direitos, uma vez que não existem limites estanques a eles. Até hoje a prática internacional tem mostrado uma maior proteção aos direitos civis, mas há de se reequilibrar a balança em prol dos direitos econômicos e sociais. Não há de ser feita uma escolha entre direitos, mas sim torná-los compatíveis e coerentes entre si para que sejam todos resguardados. Trata-se do estabelecimento de limitações recíprocas para que se assegure o respeito simultâneo às categorias.<sup>25</sup> Uma das formas de se alcançar o respeito aos direitos consagrados como fundamentais é o estabelecimento da oponibilidade contra a economia, dada na forma da cláusula social necessária: Estados que não oferecem condições dignas de vida de forma que poderiam ser excluídos do comércio internacional ou receber pesadas sanções.<sup>26</sup>

*É razoável ou juridicamente racional pensar um conjunto ordenado diante uma proliferação anárquica de normas?*

Sim é razoável, porque a aparente desordem e abertura favorece o pluralismo, bem como a trabalhar para ordenar a multiplicidade, sem reduzi-la a uma simples unidade que acabaria por gerar mais tensões entre economia e direitos humanos<sup>27</sup>. Embora em um primeiro olhar, pareça uma desordem normativa, anárquica, tenta-se estabelecer a conexão entre o *soft law* (direito “suave”, típico da economia) e a metodologia *fuzzy* (direito “vago”, típico dos direitos humanos). No campo da regulação, poderíamos pensar, por exemplo, nas regulamentações sanitárias dos produtos e o direito à saúde (atuação da ANVISA), entre a regulamentação da infraestrutura e a liberdade de ir e vir (atuação da ANTAQ e ANAC). A convergência entre essas metodologias, portanto, é importante para construir uma regulação comprometida com o desenvolvimento econômico que incremente os direitos humanos fundamentais.

O *soft law* para alguns autores é visto como uma nova fonte do direito internacional que possui um conteúdo flexível e variável, responsável por instituir um

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 47-48.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 71 e ss.

compromisso programático por meio em geral de recomendações que não possuem o mesmo sistema de sanções das fontes tradicionais<sup>28</sup>. É definido como um direito não garantido por sanções nos moldes tradicionais que alguns chegam a chamar de obrigações jurídicas imperfeitas. O soft law representaria, por isso, uma zona cinzenta entre o direito e a política por vinculações fracas. Justamente essa característica torna-se muitas vezes mais fácil obter a adesão de determinados países.<sup>29</sup> Como veremos, esse é o caso de certas recomendações da OCDE para a regulação de maior qualidade que será objeto de estudo nos capítulos pertinentes.

Já a *metodologia fuzzy* que pode ser aplicada aos direitos implica que, mesmo sendo tais direitos normas imperativas de direito internacional (*ius cogens*) a sua interpretação não é tão rígida ou precisa, porque suas normas são não raro vagas, imprecisas e indeterminadas<sup>30</sup> e, graças a essa indeterminação, será possível o respeito ao pluralismo por meio de uma margem de apreciação nacional, que acomode o pluralismo econômico, político e cultural arraigado à sociedade internacional.

Mireille Delmas-Marty propõe justamente que essa proliferação de normas poderia, a princípio, parecer anárquica, mas, de fato, a multiplicação de normas não se confunde com a anarquia. O surgimento e a proliferação dessas novas formas de regulamentação tornam o arcabouço normativo mais plural e complexo. É verdade que acaba imprimindo uma aparência anárquica, mas nem por isso ausente de regulação e ausente de uma coerência e lógica em sua interpretação.

Nesse contexto, a norma não tem mais a mesma rigidez como se descreve na visão tradicional que procura garantir sua normatividade tão-somente por meio do estabelecimento de sanções<sup>31</sup>. A regulamentação tradicional era definidora de um

---

<sup>28</sup> Sobre o conceito de soft law Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.141.

<sup>29</sup> PETERS, Anne. Global constitutionalism revisited. In: **Why obey International law?** Fall 2004, vol 11, p. 58.

<sup>30</sup> CANOTILHO, JJ. Gomes. “Metodologia fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 97 e ss.

<sup>31</sup> Exemplos dessa visão tradicional podem ser encontrados, por exemplo, em AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. London: John Murray, 1832. Disponível em: <http://books.google.com/> Acesso em: <28.06.2012> Uma crítica à noção do direito como conjunto de normas garantidos por sanções e enfatizando que o direito internacional pode ser considerado direito ainda que não exista um monopólio do uso legítimo da força tal qual o direito interno por meio da sua famosa “regra de reconhecimento”. Cf. HART, Herbert. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

espaço jurídico fechado, homogêneo e hierarquizado, enquanto a nova regulação reside em um campo aberto, heterogêneo, organizado sob diversos prismas. Contudo, o esforço de intermediar essa desordem aparente não é pequeno. É preciso que sejam consideradas as soluções intermediárias e provisórias e se abandone o esquema binário que insiste em refutar tal possibilidade de abarcar o espaço plural.<sup>32</sup>

Um Direito mundial e plural, sintetizador de culturas jurídicas variadas não é realidade plena. No entanto, assim como o universalismo tem as fragilidades que acabam por relativizá-lo, como a margem de apreciação nacional, valores contraditórios e normas ineficazes; também o relativismo se depara com limites em razão do tráfico, da corrupção, do terrorismo e do fluxo material e imaterial que carrega os riscos compartilhados. Por tais razões, termina-se por converter o velho relativismo descritivo em prescrições de conduta que respeitem o pluralismo. Relativizando o universal e universalizando o relativo numa dialética sem síntese precisa, torna-se possível pensar um direito mundial<sup>33</sup>. Não se defende aqui uma unificação hegemônica, verdadeira síntese que raramente se concretiza. Trata-se, entretanto, de harmonizar, reaproximar sistemas sem suprimir diferenças. A questão aqui é sintetizar divergências passíveis de harmonização e identificar aquelas que são incompatíveis, ou seja, as diferenças mais fortes.

*É desejável a mundialização do direito mesmo diante de instituições internacionais que não garantem os valores democráticos?*

Sim é desejável, apesar de tudo. Isso porque a seleção de governantes remete à exigência de instituições que possam contribuir para uma sociedade democrática que não se circunscreva ao depósito em uma urna de maneira intermitente, mas sim numa participação ativa e constante na vida política. Em relação aos Estados que compõem a ONU, Mireille Delmas-Marty explica que menos da metade possuem eleições periódicas e um mínimo de direitos cívicos. Em relação às instituições em escala mundial, percebe-se o paradoxo de sua fragilidade do ponto de vista democrático tendo em conta a origem, a uma multiplicação de ONGs e o mais preocupante, um leque de

---

<sup>32</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Op. cit.*, p. 88

<sup>33</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Le relatif et L'universel**. Paris: Édition du deliu, 2004.

interesses privados decorrentes da internacionalização dos mercados. Esse desequilíbrio torna a democracia um horizonte difícil a ser conquistado<sup>34</sup>.

Fator ambíguo para tal fenômeno é a disseminação global da mídia no passado recente. A evolução técnica veloz fez com que a capacidade de distribuição de informações por meio do globo galgasse patamares impensáveis. De um lado, a liberdade de informação é condição essencial para a democracia e é ancorada na mídia e na sua capacidade de disseminação que esse direito se fundamenta. De outro, dessa constatação decorrem diversos problemas. Esse avanço técnico modifica as regras do jogo, porque diversos fatores negativos tomam lugar nesse novo panorama: personificação do poder, modificação do discurso político e transferência do poder para as mídias. Se no passado as mídias derrubaram a monarquia e o poder do parlamento, hoje a internet e outras novas mídias ameaçam o Estado-nação.<sup>35</sup> Nem o território, nem o tempo são o que costumam ser. O território se desterritorializa pelas novas formas de comunicação em tempo real, enquanto se tem a consciência dos diferentes tempos sociais.

Assim como as investidas das mídias globalizadas são inevitáveis, também o é a promoção de um direito mundial. Mais do que discutir se é desejável seu estabelecimento, tem-se que concluir que, dada as limitações do direito internacional tradicional na relação entre Estados, um novo paradigma é necessário. Esse novo direito, entretanto, não é compatível com as instituições que se apresentam hoje totalmente inadequadas: um poder executivo predominante, um judiciário incerto e um legislativo desacreditado e frágil. Essa estrutura recorrente nos ordenamentos jurídicos domésticos também é perceptível no plano internacional.

Nesse ponto, a autora poderia ter ampliado as críticas, dirigindo-as à legitimidade democrática da própria Organização das Nações Unidas<sup>36</sup>. Em primeiro lugar, o preâmbulo da Carta da ONU afirma “*Nós, os povos das nações Unidas*”, quando, a rigor, trata-se de uma organização entre Estados e apenas se concebermos que

---

<sup>34</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Três Desafios para um Direito Mundial**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 131 e ss

<sup>35</sup> *Ibidem*, p 146.

<sup>36</sup> Nesse ponto sugerimos ao leitor a remissão aos diversos projetos para reforma das nações unidas que podem ser consultados no site da organização, com especial atenção para o tema do direito a veto e a categoria de membros permanentes do Conselho de Segurança. Cf. VAL, Eduardo Manuel. **A reforma do Conselho de Segurança das Nações Unidas à luz do novo multilateralismo latino-americano**, mimeo, 2012.

os Estados estão representando os seus povos, o que é difícil particularmente diante do cenário de diversos estados não democráticos compondo a ONU, ainda que a instituição na Assembleia Geral atribua igual peso a todos os Estados<sup>37</sup>.

Em segundo lugar, o déficit democrático fica evidente quando o principal órgão político que a Carta confere/pretende conferir a certas decisões caráter vinculante possui um peculiar sistema de membros permanentes e não permanentes. Os membros permanentes no Conselho de Segurança, além de desfrutarem do poder da instituição por um intervalo de tempo maior do que todos os demais, ainda possuem o poder de veto das decisões, bastando que um só se contraponha para que não raro uma maciça opinião pública internacional seja ignorada completamente. Se do ponto de vista teórico isso é incompatível com o princípio democrático de forma flagrante; sequer, do ponto de vista prático, isso representa o atual concerto de forças da sociedade internacional. Deixar países como Estados Unidos, Reino Unido, Rússia, China e França como permanentes por serem tidos como vitoriosos da guerra e uma estruturação institucional pensada para um cenário do pós-guerra, já não faz tanto sentido num outro contexto, como é o atual, que superou o mundo bipolar por um mundo multipolar<sup>38</sup>.

As instituições públicas devem ser reordenadas para serem democráticas e pluralistas, mas não só isso. É preciso também conciliar o Poder Executivo com os outros, desvencilhando-se do problema de soberania dos Estados. Outra medida de vital importância é repensar o poder de veto de determinados países, já que nada mais contrário à igualdade soberana do que um poder irrestrito. Outra medida é trazer a sociedade civil para esse projeto de modelo democrático em escala mundial entre estados e nas organizações internacionais e conciliar a participação de diversos atores sem ter que recorrer ao arbítrio de terceiros, posição classicamente ocupada pelos Estados soberanos<sup>39</sup>. O século XX já deu mostras de que as reivindicações por democracia não só como a regra da maioria, mas como participação das decisões do

---

<sup>37</sup> Defendendo que os Estados e os seus povos como criticamos acima. Cf. KELSEN, Hans. **The Law of United Nations: a critical analysis of its fundamental problems**. London: The London Institute of World Affairs, 1951, p. 3 e ss.

<sup>38</sup> Defendendo a incompatibilidade desse sistema com o próprio art. 2º da Carta da ONU, bem como que com o fim da bipolaridade tal sistema possui uma “evidente impropriedade estrutural”, Cf. SEINTENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 127.

<sup>39</sup> Propondo a refundação das vontades que conte com a participação de todos os atores privados, econômicos e cívicos numa rede de governança mundial, Cf. DELMAS-MARTY, Mireille. **La refondation es pouvoirs**. Paris: éditions du seuil, 2007, p.128

poder e de quais direitos fundamentais serão efetivados para promoção do desenvolvimento<sup>40</sup>.

## 1.2. POR UM DIREITO DE E PARA TODOS

O segundo eixo encontra-se no livro “*Por um direito comum*”, de Mireille Delmas-Marty, que propõe, em linhas gerais, a recomposição das paisagens jurídicas nacional, regional e internacional. Esse projeto que pretende compreender o “direito comum” revela-se importante para compreender igualmente a “internacionalização do direito”, porque dentro dele a autora também reflete sobre esse processo. O projeto de um direito comum possui três acepções fundamentais: acessível, coerente e harmonioso. Para explicar essas três acepções da palavra “comum” que adjetiva o direito foi realizada uma leitura transversal do pensamento da autora, explicando-a a partir dos termos “acessível”, “coerente” e “harmonioso”, presentes ao longo do livro como um todo<sup>41</sup>.

### (i) *Direito comum como direito acessível*

---

<sup>40</sup> SEN, Amartya. **Democracy as Universal Value**. Disponível em: <http://homes.ieu.edu.tr/~ibagdadi/INT230/Amartya%20Sen%20-%20Democracy%20as%20a%20Universal%20Value.pdf> Acesso em: <05.05.2012> Em aparente sentido contrário, comentando o caso da primavera árabe a partir especialmente da praça Tahrir Cf. VAL, Eduardo Manuel. **O clamor de resistência na praça Tahrir e a nova revolução árabe**. Disponível em: <http://www.rets.org.br/?q=node/918>. Acesso em: <05.05.2012> Veja-se o seguinte trecho: “Não se trata de uma luta pelos valores democráticos clássicos de ocidente, mas de uma revolução que clama desde a Praça de Tahrir, a exercer o legítimo direito a resistir o poder constituído que exorbitou os limites da dignidade humana, a se liberar na procura de uma gestão do estado mais eficiente e destinada ao bem comum.” É claro que não existe um conceito homogêneo de democracia e até por isso a leitura de Amartya Sem parece consistente, mas não pretendendo rediscutir esse interessante tema. Cf. LEGALE FERREIRA, Siddharta. **Democracia Direta vs. Representativa: uma Dicotomia Inconciliável com Algumas Reinvenções**. Direito Público (Porto Alegre), v. 18., 2007.

<sup>41</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.ix: “Ao vermos a profusão de normas que embaralha a nossa imagem da ordem jurídica, sentimos a necessidade de um direito comum, em todos os sentidos do termo. Um direito acessível a todos que não seria imposto de cima como verdade revelada, pertencente apenas aos intérpretes oficiais, mas consagrado de baixo como verdade compartilhada, portanto relativa e evolutiva; comum igualmente a diferentes setores do direito para assegurar a coerência de cada sistema, apesar da especialização crescente das regras; comum; enfim, a diferentes Estados dentro da perspectiva de uma harmonização que não lhes imponha renunciar a sua identidade cultural e jurídica.”

Em primeiro lugar, o direito é comum no sentido de que *é/deve ser acessível a todos e não apenas aos especialistas e intérpretes oficiais*, o que está associado a uma reivindicação democrática também. Não se trata de um direito imposto de cima para baixo, sendo um direito compartilhado, relativo e evolutivo. Esse fenômeno opera uma recomposição da paisagem jurídica no âmbito nacional e internacional. Essa recomposição decorre justamente do fato de as normas surgirem de diversos lados e não apenas das fontes estatais. Configura-se um espaço normativo “desestatizado”, um tempo normativo desestabilizado e uma ordem “deslegalizada”.

Quanto à reconfiguração espacial, esse movimento relacionado às fontes do direito questiona monopólio estatal da produção do direito, essencialmente em três movimentos: internacionalização; descentralização; e privatização das fontes do direito.

A internacionalização do direito é o movimento mais perturbador por conta da ampliação crescente da força das fontes internacionais. Cumpre enfatizar que não se trata de um fenômeno exclusivo da União Europeia ou da necessária existência de uma visão ou instituição única, como bem explica Mireille Delmas-Marty:

Evocarei apenas com poucas palavras as outras estruturas. Algumas mais amplas e que englobam Estados não europeus, como a OCDE, ou, apenas esboçada direcionada para o Leste, a ‘Casa Comum’ que marcaria, desde as Conferências de Viena, de Paris e depois Copenhague e de Moscou, a vinculação de cinquenta Estados agora, em sua maioria europeus, a princípios de direito comuns que consagram a ‘dimensão humana’ como um componente essencial da segurança e da cooperação na Europa (CSCE, 1989, 1990 e 1991).

Outras mais estritas, como o BENELUX (com três parceiros) ou ‘espaço Schengen’, atualmente limitado a nove países signatários.

Contudo, a internacionalização das fontes do direito não é evidentemente peculiar à Europa. Por certo, ainda subsiste – dos Estados Unidos da América à República Popular da China – imensas zonas de resistência a qualquer forma de internacionalização que implique reciprocidade de um real controle supranacional e não a hegemonia de um Estado que impõe suas normas a todos os outros Estados. Mas outras regiões além da Europa aceitaram a idéia: podemos citar a Convenção Americana dos direitos do Homem (adotada em 1969 e ratificada depois por uns vinte Estados da América Latina) e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (adotada em 1981 e ratificada por uns quarenta Estados africanos), simétricas, apesar de fortes diferenças, da Convenção Européia dos Direitos do Homem.

Para além das regiões, o fenômeno se desenvolve mais largamente com o aparecimento de fontes jurídicas próprias da organização das Nações Unidas.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.47-8.

De fato, a Europa tem se revelado um laboratório dessa experiência de pensar o pluralismo de fontes e instituições, embora, como dito, a internacionalização que não se circunscreva às instituições jurídicas europeias, como Tribunal da Justiça das Comunidades Europeias, Conselho da Europa, Tribunal Europeu dos direitos do Homem, OCDE, bem como a vinculação de Estados a princípios de direitos comuns que consagram a dimensão humana como um componente essencial de segurança e cooperação na Europa. Em escala mundial, o fenômeno da internacionalização se desenvolve mais com o aparecimento de fontes jurídicas próprias da ONU. Embora a Declaração Universal de Direitos dos Homens não tenha valor coercitivo, os dois pactos que dela decorrem comprometem os Estados que ratificaram e ainda mais aqueles que ratificaram o protocolo adicional.

A descentralização, por sua vez, envolve o deslocamento das fontes do centro do Estado para coletividades territoriais, até mesmo para comissões locais de ética, envolvendo certa privatização do espaço público local que não se amarra à esfera pública, como, por exemplo, ocorre numa deontologia profissional, como a Ordem dos Advogados. A descentralização não deve ser confundida com a simples desconcentração dos poderes que é destinada a dar mais eficácias às estruturas centrais do Estado. A descentralização confia certos poderes de decisão ao seu representante local, forjando uma real autonomia local para impor regras de direito. Normas decretadas por essas coletividades territoriais tornam-se, de certo modo, normas de direito público. As regras disciplinares das profissões acabam, com isso, guardando um caráter misto: local e nacional, privado e público.

Determinadas fontes indiretas acabam transferindo um poder normativo, também indireto, a certas instâncias privadas, o que acaba por construir uma privatização que acaba por se construir a partir de uma lógica do liberalismo econômico, embora as normas possam ser utilizadas como elementos protecionistas. Fala-se, com isso, na construção de uma ordem deslegalizada. Mireille Delmas-Marty fornece dois exemplos do fenômeno. O primeiro caso envolve uma Associação privada, AFNOR (Associação Francesa de Normatização) que representa a França em Organizações internacionais das quais emanarão normas vinculadoras para a Administração e para os cidadãos. O segundo exemplo trata da transferência desse poder normativo indireto a agentes privados, como aconteceu no caso da privatização de bancos de espermatozoides franceses. Nesse caso, tais Bancos teriam algum poder para estabelecer as condições básicas para

procriação assistida, como a de se será limitada a casais inférteis ou não ou, ainda, podemos imaginar também um eventual limite etário estabelecido pelos Bancos. Essa questão de privatizar ou não tais decisões se insere dentro de uma análise de custo-benefício que se equilibra entre a livre concorrência defendida pelo liberalismo e a solidariedade que deve acompanhar um direito de cunho mais social<sup>43</sup>. Aqui no Brasil também é possível exemplificar o fenômeno: a ABNT, Associação Brasileira de Normas Técnicas, acaba traçando as diretrizes para os trabalhos acadêmicos e para padronização de certos trabalhos técnicos.

Destaque-se esse ponto, tendo em vista que semelhante juízo deverá ser realizado quando se estiver diante Análise de impacto regulatório. Ou seja, são adotadas exigências de uma racionalidade e demonstração intensas que podem gerar uma desregulamentação ou quando será conveniente permitir uma maior experimentação, correndo o risco de ampliar os danos ou se adotar medidas ineficientes. Em qualquer caso, a decisão estará inserida no mesmo dilema entre a livre concorrência em contraposição ao direito dos regulados.

Todas essas mudanças desestabilizam a própria noção de “tempo”, porque não bastam os códigos para normatizar a vida a partir desse direito comum. O direito, como códigos dos povos, depende do tempo que constrói e destrói a si próprio. A construção se dá pela formação de usos, costumes e precedentes, enquanto a desconstrução ocorre quando as regras entram em desuso ou são enfraquecidas. Não significa que todas as leis se tornem temporárias para reger fenômenos transitórios, mas as fontes passam a ser vistas como instáveis e sempre no presente, entre o passado do costume e o futuro das leis<sup>44</sup>.

As fontes dessa ordem “deslegalizada” de um direito comum serão múltiplas. Portanto, a sobrevalorização da própria lei tal como da tradição romano-germânica e da tradição francesa perde espaço. Há uma crescente incorporação da importância dos precedentes e dos princípios como uma espécie de código cultural do processo de interpretação e criação do direito. Esse fato acaba por desfazer a concepção linear

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 56 e ss.

<sup>44</sup> Para um estudo mais profundo sobre o tempo como instituição gerida socialmente, importante para a hermenêutica do direito por superar a visão jurídica tradicional do tempo como um dado físico ou psíquico, Cf. OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. São Paulo: Edusc, 2005. Entre nós, para uma abordagem sociológica do tempo, Cf. LOBÃO, Ronaldo. O Tempo Vertiginoso: impossível de se capturar na Lei? **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, nº 22, pp. 171-189, 2008. <disponível em [http://www.jfrj.gov.br/Rev\\_SJRJ/num22/dossie\\_artigos/dossie\\_artigo\\_9.pdf](http://www.jfrj.gov.br/Rev_SJRJ/num22/dossie_artigos/dossie_artigo_9.pdf)> Acesso em:<05.06.2012>

tradicional do juiz como receptor e aplicador da lei. Assim, a multiplicação do direito escrito não significa diminuição do direito não escrito, mas a necessidade de mais interpretação para manter o direito comum – o direito acessível a todos.

Esse é o desafio que o advento da sociedade de especialistas, da internacionalização do direito e da concorrência entre ordenamentos traz: o de não reduzir o direito aos iniciados, como os magistrados ou os professores, tratando-os como sumos sacerdotes. Pelo contrário, instaura-se um combate a essa pureza do direito, que passa a ver os juristas muito mais como “engenheiros em direito” ou “comerciantes de direito”<sup>45</sup>, de tal modo que, a um só tempo, amplia-se a especialização dos juristas em escritórios de grandes multinacionais, mas se abre brechas aos não juristas, como sociólogos, para compreender a fortaleza do direito nacional também por princípios comuns.

O direito comum, como direito acessível, afasta-se, portanto, da concepção burocrática e tecnocrática do legislativo como a “fábrica de leis” para se aproximar do ideal da representação “vontade geral”. Esse ideal exige o conhecimento da lei por quem faz uso dela, bem como que o Parlamento expresse verdadeiras escolhas da sociedade em consonância com certos princípios diretores. É por isso que se descortina, por exemplo, a ampliação da reivindicação do acesso à justiça a todos e não apenas para aqueles com recursos para pagar advogados, bem como se reivindica um novo perfil de advogado como um conselheiro jurídico destinado a tranquilizar clientes e intimidar os concorrentes. Esse fenômeno é particularmente intrigante no campo do direito regulatório no qual os pareceres sobre normativas das agências reguladoras, pouco claras ao cidadão não especializado, servem para guiar as estratégias de abordagem e de defesa face às mudanças na regulação. Note-se que toda essa mudança em curso do perfil do direito, decorrente da existência de fontes não estatais do direito (internacionais ou privadas, por ex., como dissemos acima), exige uma renovação quantitativa e qualitativa dos métodos legislativos e interpretativos.

*(ii) direito comum como coerência normativa.*

---

<sup>45</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Op. cit.*, p. 207. Do mesmo autor, **Cosmologias políticas do neocolonialismo: como uma política pública pode se transformar em uma política do ressentimento**. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2010, p 155 e ss. Para uma abordagem jurídica, preocupada com a relação entre o tempo e a democracia, Cf. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

Em segundo lugar, o *direito é comum aos diversos Estados*, sem, com isso, forçá-los a abandonar a sua identidade. Para compreender um direito comum, será necessário perceber o deslocamento das linhas que tradicionalmente definem o direito, pensar o múltiplo através de uma nova lógica que não é aquela clássica.

Uma das formas mais tradicionais e difundidas de pensar o direito reside na proposta kelseniana de descrever o ordenamento jurídico de forma piramidal com um traçado que parece nítido e relaciona as normas do ordenamento jurídico por meio do princípio da hierarquia em diferentes graus. Significa que, para Kelsen e para os kelsenianos, a ordem jurídica não equivale a um complexo de normas umas ao lado das outras de forma anárquica, mas, pelo contrário, a ordem jurídica organiza-se numa pirâmide na qual as normas estão sobrepostas de forma hierárquica em que as inferiores estão subordinadas às superiores. Trata-se de uma concepção monista do ordenamento jurídico em dois sentidos. O primeiro atribui prevalência ao direito interno porque concebe a Constituição como cume do ordenamento do jurídico que estabelece as fontes válidas do direito no seu âmbito de aplicação e, dentre essas, consta o direito internacional. O segundo concebe a prevalência do direito internacional e reconhece a validade das ordens jurídicas nacionais a luz desse, porque, em outras palavras, uma ordem jurídica nacional só é tida como ordem jurídica, porque a sociedade internacional reconhece aquele Estado como uma fonte de produção normativa válida<sup>46</sup>.

Essa é sem dúvida uma forma de atribuir coerência ou de interpretar a relação entre as normas. Mas não é essa a “coerência” que pretende a proposta de um “direito comum”, que não almeja uma estabilidade por coerções hierárquicas e nem o estabelecimento de relações lineares do nacional para internacional ou do internacional para o nacional. Justamente por reconhecer, como descrito acima, a instabilidade do tempo normativo, a heterogeneidade espacial e descontinuidades normativas, o modelo

---

<sup>46</sup> Não desejamos aprofundar a reflexão sobre Kelsen, tendo em vista que há um profundo debate no Brasil sobre o tema. Optou-se por enfatizar as críticas da autora francesa ao modo de Kelsen conceber a relação entre a ordem interna e internacional – tema ainda não suficientemente debatido. Sobre a concepção monista do autor, Cf. o capítulo VII de KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.355-387. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.467-557. Para uma visão geral do debate no Brasil, Cf. TOFFOLI, José Antônio Dias e RODRIGUES JUNIOR, Luiz Otavio. **Hans Kelsen, o jurista e suas circunstâncias (Estudo introdutório para edição brasileira da “Autobiografia” de Hans Kelsen) In: Autobiografia de Hans Kelsen**. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense 2011, p. XI e ss.

kelseniano revela-se insuficiente para pensar o direito comum. Mais do que isso, supor a subordinação plena a uma ordem jurídica única é idealismo. Ao dizer isso, a autora não perfilha a corrente oposta: o dualismo, que concebe a separação entre as diversas ordens jurídicas com a necessidade de um processo de incorporação formal de normas internacionais no ordenamento nacional. Ela não adota uma visão dualista, porque isso torna impossível compreender a razão jurídica sem a nova lógica que acompanha o processo de internacionalização do direito<sup>47</sup>.

Delmas-Marty explica que convém perceber a paisagem jurídica como pirâmides inacabadas, descontínuas, por estranhos anéis normativos como uma guirlanda com uma série de ramos ou rizomas, o que não significa que toda e qualquer hierarquia tenha desaparecido. Não se está profetizando o fim dos “tempos” ou das hierarquias normativas. Trata-se de reconhecer que a composição normativa se embaralhou, passando, assim, “das formas retilíneas” às “formas curvilíneas” mais complexas, de tal forma que a retirada de marcos rígidos e o deslocamento das linhas do ordenamento jurídico não significam desordem, decomposição ou apocalipse do ordenamento jurídico. Em verdade a transição representa sim as tentativas de recomposição de um pluralismo suficientemente ordenado no qual a coerência será obtida por outras duas formas de relacionamento normativo.

A primeira é uma relação entre sistemas autônomos e não hierarquizados ou que criam hierarquias alternativas, ao estabelecer certa continuidade no processo normativo até então interrompido. Nesse caso, diante da inexistência de hierarquia, o que irá compensar a autonomia do sistema será justamente um jogo de referências cruzadas entre eles em que um dado sistema observa o outro, sem um centro, um topo ou um princípio fundador, ou uma “metanorma”. A hierarquia será alternativa no sentido de que haverá primazia de um e, depois, do outro numa espécie de troca interativa entre os sistemas. Com isso, não se ignora a ampliação do grau de complexidade para lidar com o sistema, inclusive com o risco de criar enredamentos arbitrários entre as normas. Por outro lado, isso permite superar a deficiência de um sistema puramente hierarquizado em que uma eventual mudança exigirá a superação de obstáculos ou a inversão entre níveis normativos.

---

<sup>47</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Le relatif et L'universel**. Paris: Édition du deliu, 2004, p.19.

A segunda decorre de uma relação entre sistemas hierarquizados (ou parcialmente hierarquizados) que estimularão o nível inferior a participar da determinação das normas superiores de modo a ensejar o aparecimento de hierarquias invertidas. Segundo a lógica kelseniana tradicional, essa inversão está excluída por um monismo jurídico em que há primazia ou da ordem nacional ou da ordem internacional. Por essa segunda forma de relacionar normas jurídicas, passível de ser exemplificada não só, mas também com o direito comunitário da União Europeia, haverá “margem de apreciação nacional” das normas emanadas das instituições comunitárias que permite, a um só tempo, aceitar a internacionalização do direito e preservar parte da soberania dos Estados.

Em outras palavras, seja pelo estabelecimento de hierarquias alternativas, seja pela inversão hierárquica, o relacionamento entre os sistemas jurídicos e as normas que o compõem passa a ser compreendido de forma contingente. Não há, por exemplo, no âmbito da União Europeia como estabelecer *a priori* uma preferência de certos princípios de direito comunitário ou dos direitos humanos, ambos previstos em convenções internacionais, quando seus campos se confundem. Sugere-se, por isso, que para além da hierarquia e de esferas de justiça justapostas, a possibilidade de construir um pluralismo que seja suficientemente ordenado.

Explicado em que consiste esse deslocamento das linhas normativas, resta compreender a nova lógica para interpretar o direito comum e o porquê dela não se confundir com a lógica tradicional. O processo de internacionalização do direito põe em primeiro plano as exigências não somente de segurança jurídica, mas de resistência à arbitrariedade. Atenta-se, por isso, para os processos de predeterminação legislativa do direito, de codeterminação pela margem interpretativa que o juiz possui e de sobredeterminação por um código de valores que se impõe seja ao juiz, seja ao legislador.

Enquanto o sistema tradicional lida com normas prescritas que se pretendem precisas e unívocas, sem margem de apreciação e legitimadas por um código cultural homogêneo; o sistema compreendido pela proposta do direito comum vai (re)pensar os processos de: (i) prescrição de normas indeterminadas, parâmetros e princípios, lançando sobre o direito uma visão menos imperativa com uma internacionalização dos

padrões, como o soft law e a difusão do princípio da proporcionalidade<sup>48</sup>; (ii) interpretação do direito mais complexa que conta com a interpretação do juiz no processo de codeterminação das normas e de renovação das formas de raciocínio jurídico, que não se circunscreve ao pensamento silogístico ou subsuntivo, incorporando a multiplicidade de critérios; e (iii) legitimação do direito pelos direitos humanos, que incorpora uma proposta de respeito ao mínimo de dignidade, como a vedação à tortura. As diversas declarações e garantias de direitos humanos acabam por romper a velha dicotomia direito público e privado, substituindo-a pela lógica de direitos que protegem o ser humano e seus direitos da personalidade seja em relação a outros particulares, seja em relação ao Estado, por exemplo, exigindo a proporcionalidade das penas para os crimes.

Essa transformação do sistema simples para sistemas complexos obriga o aprendizado de novas lógicas para lidar com esses processos de codeterminação e sobredeterminação. Ao contrário do que alguns juristas poderiam pensar, o temor de que reinaria a insegurança e a imprecisão não se concretizou: como incerteza, complexidade e imprecisão são inerentes à própria vida, essa nova lógica com a qual se constrói o direito comum ensina aos juristas como dominar o fenômeno jurídico com mais atenção e rigor. Pensar o múltiplo não pressupõe o abandono dos métodos tradicionais, mas uma combinação para melhorar a interpretação da realidade. Há uma diferenciação, interação, conflitos e interdependência entre os diversos direitos envolvidos e melhor que simplificar essa relação é compreendê-la e harmonizá-la na medida do possível.

### *(iii) direito comum como direito nas nuvens*

Em terceiro lugar, o direito comum pretende construir um “direito dos direitos” a partir dos direitos humanos, cuja finalidade é aproximar ou harmonizar os sistemas e não propriamente unificá-los. Assim, o direito é comum por ser uma questão que interessa a todos, mas se torna capaz de se manter pluralista. A especificidade dos

---

<sup>48</sup> A proporcionalidade já foi objeto de estudos profundos e variados no Brasil, que dispensa uma pesquisa mais profunda. Vale a pena destacar apenas que a proporcionalidade se difundiu pelos diversos países do mundo e por algumas organizações internacionais nos últimos cinquenta anos, tornando-se uma técnica do constitucionalismo mundial. Cf. SWEET, Alec Stone e JUD, Mathews. Proportionality balancing in global constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law** n 47, 2008, p. 73-165. Disponível em: < [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=alec\\_stone\\_sweet](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=alec_stone_sweet) > Acesso em: <28.06.2012>

direitos do homem se sustenta justamente numa extrema heterogeneidade de seus direitos, especialmente, porque há um suporte múltiplo a tais direitos, formado por um conjunto de declarações, convenções, leis fundamentais. Essa multiplicidade acaba por romper com as formas tradicionais de sobredeterminação.

Alguns exemplos ajudam a entender o que está se comentando: a Magna Carta de 1215, o Bill of Rights de 1628, Habeas Corpus Act de 1689, a Declaração Universal de Direitos humanos da ONU de 1948, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, Carta social Europeia de 1961, Convenção Americana de Direitos humanos (chamada de Pacto de São José da Costa Rica) de 1978, a Carta Africana dos direitos do Homem e dos povos de 1981, assim como a Carta Canadense dos direitos e liberdades de 1982 ou os direitos fundamentais previstos na Lei fundamental de Bonn de 1949. A heterogeneidade pode ser percebida em diversos aspectos ou em alcance universal ou regional, a começar pela própria nomenclatura empregada: “direitos”, “deveres”, “direitos civis”, “direitos sociais”, “direitos do homem”, “direitos dos próprios”.

É preciso, porém, localizar algumas “*delícias da universalidade*”, de forma a nos esforçarmos em evitar tanto a exclusão, quanto a assimilação das minorias que seria uma cilada dos “bons sentimentos”. De um lado, a exclusão é a forma mais visível de negação de direitos do homem, como, por exemplo, a escravidão, a incapacidade civil da mulher casada ou a exclusão de direitos dos mais pobres, que sequer possuem um domicílio considerado seu e de sua família. Daí a importância do direito ao desenvolvimento como direito humano universal: evitar a exclusão. Por outro lado, a eliminação de todas as formas de discriminação envolve a questão da exclusão e a necessidade de saber quais direitos são reconhecidos às minorias nacionais, étnicas, religiosas ou linguísticas. Reconhecidos tais direitos, chega-se, então, a um “direito à diferença”, que respeita a minoria tentando escapar do risco de legitimar a exclusão tal como o *apartheid* da África do Sul.

Um direito comum, por isso, é um direito harmonioso no sentido de conjugar as diferenças evitando, a um só tempo, a assimilação e a exclusão<sup>49</sup>. Essas são

---

<sup>49</sup> Esse pluralismo trabalhado pela autora nas relações internacionais incorpora contribuições de diversos autores. Parece tanto decorrer do fato do pluralismo de interesses que existem em sociedade democráticas e nas sociedades em geral (John Rawls), quanto do pluralismo intersubjetiva de interesses ancorados em valores pela internacionalização comunicativa dessas demandas em razão de uma ética do discurso voltada para o entendimento (Jürgen Habermas). A visão dela não exclui, ainda, uma diversidade de identidades étnicas, sociais e econômicas pela multiplicidade de bens sociais nas esferas da justiça ou da necessidade de uma justiça distributiva (Michael Walzer). Conhecemos essa literatura, mas não desejamos aprofundar. Uma visão geral do pluralismo nesses três autores pode ser encontrada em:

preocupações de um “universalismo plural” que, mesmo em escala europeia, possibilita uma harmonização e não uma unificação plena das identidades normativas dos sistemas nacionais, ou supranacionais com alguns conjuntos melhor ordenados que outros. Já em escala planetária, o espaço normativo é pouco ordenado. Ainda assim, é igualmente a identidade da comunidade humana e a singularidade de cada um daqueles que a compõem que torna possível exigir o respeito ao “irredutível humano” que envolve, por exemplo, a proibição da tortura, de mutilações, tratamentos desumanos e degradantes que acabam por impor uma proibição de crimes contra a humanidade por violações de guerras e genocídios. Nessa linha, Mireille Delmas-Marty coloca que

*A partir dos direitos do homem, fica possível imaginar um ‘direito dos direitos’ que permitiria aproximar, e não unificar, os diferentes sistemas. Aproximá-los numa harmonia feita tanto da subordinação deles a uma ordem supranacional como da coordenação deles segundo princípios comuns. Como nuvens que, levadas por um mesmo sopro, se ordenassem aos poucos guardando seu ritmo próprio, suas formas próprias.*<sup>50</sup>

Simplificando o debate, a harmonização trabalha para o acordo a partir de dispositivos diferentes, enquanto a uniformização adota um texto único para países com identidades diferentes. Por fim, a integração jurídica relaciona-se à transferência de competência para organizações internacionais supranacionais<sup>51</sup>. A concepção de um direito comum lida com os três fenômenos, mas se pauta eminentemente pela harmonização e não pela unificação. O motivo é justamente a necessidade de se evitar que, nas relações entre diferentes Estados, não se imponha uma perspectiva hegemônica às demais com o ônus dessas terem que renunciar a sua própria identidade cultural e jurídica.

Colocado de forma simbólica, a compreensão da paisagem jurídica pela proposta do direito comum é representada pelas “nuvens”, porque a relação entre as nuvens é de fluidez, descontinuidade e ausência de uma definição rígida ou precisa de onde ela

---

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.77-96. Por ora, devemos dizer que Mireille Delmas-Marty insere-se na matriz kantiana mais próxima ao pluralismo de Rawls e Habermas, embora tente incorporar respostas às críticas comunitaristas que chamam atenção para questões de identidade. Cf. **Le pluralism ordonné**. Paris: Éditions Seuil, 2006.

<sup>50</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.306.

<sup>51</sup> Os três modelos são explicados em: DELMAS-MARTY, Mireille. **Critique de l’intégration normative**. Paris: Presses Universitaires de France, 2004, p.186 e ss.

começa e de onde ela termina. O ordenamento jurídico não é regido puramente pelo acaso e pela indeterminação. A vontade humana desempenha um papel importante em sua construção, mas isso não significa que esse sistema jurídico se comporte de forma ordeira e previsível como um relógio<sup>52</sup>. Daí se pretender superar a visão estática arraigada ao modelo piramidal kelseniano. Ao empregar a imagem das nuvens, fica evidente que os ordenamentos jurídicos não são estáticos. Pelo contrário, possuem uma dinâmica que articula elementos do seu interior com elementos de outros ordenamentos numa articulação que é possível, mesmo existindo (ou talvez justamente por existir) essa descontinuidade.

Outra vantagem do modelo parece ser a capacidade para retratar a realidade com seus movimentos aparentemente contraditórios, não lineares e desordenados. Em primeiro lugar, a metáfora das nuvens mostra o entrelaçamento de normas interagindo horizontalmente num processo de integração e desintegração sem hierarquia, seja numa aproximação de caráter supranacional, seja em espaços comuns criados, por exemplo, por normas de *ius cogens* referentes aos direitos humanos. Em segundo lugar, retrata as geometrias variáveis decorrentes do processo de expansão e contração da normatividade, especialmente dos tratados comunitários e dos tratados de direitos humanos. Em terceiro lugar, a imagem das nuvens põe em evidência os diferentes ritmos de cada sociedade e ordenamento jurídico<sup>53</sup>.

Fica claro, dessa forma, que existe na sociedade internacional assincronias, ou seja, diferentes velocidades em diferentes espaços, bem como polisincronias, isto é, diferenciação de velocidades em um mesmo espaço, como o espaço Schengen na União Europeia<sup>54</sup> ou o espaço do Protocolo de Kyoto para os países que assinaram o mesmo. Os ritmos sociais, políticos e econômicos são diferentes e, portanto, a implementação dos mecanismos comunitários ou das regras de proteção ao meio ambiente também são

---

<sup>52</sup> Delmas Marty para construir esse modelo das “nuvens” para o direito se inspirou na Conferência na Universidade de Washington, em 21 de abril de 1965 apresentada por POPPER, Karl Raimund. De nuvens e relógios. In: **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Ed Itatiaia, 1976, p.194: “*Minhas nuvens pretendem representar sistemas físicos que, como gases, são altamente regulares, desordenados e mais ou menos imprevisíveis. Admitirei que temos à nossa frente um esquema ou arranjo em que uma nuvem muito perturbada ou desordenada é colocada à esquerda. Na outra extremidade de nosso arranjo, à direita, podemos colocar um relógio de pêndulo, muito digno de confiança, um relógio de precisão, com intento de representar sistemas físicos que são regulares, ordeiros e de comportamento altamente previsível.*”.

<sup>53</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Pluralisme ordonné**. Paris: Éditions Seuil, 2006, p.255 e ss.

<sup>54</sup> O espaço de Schengen decorre de um acordo para livre circulação de pessoas na Europa entre os países signatários, membros ou não da União Europeia.

variados. Isso não significa renunciar a possibilidade de regular condutas, mas apenas perceber que os ordenamentos jurídicos não funcionam como relógios de forma precisa, organizada e mecânica. Para ordenar as nuvens, torna-se necessário operar com outra lógica mais flexível a partir notadamente de conceitos reguladores, como subsidiariedade, complementaridade e mecanismos de avaliação, ajuste e controle<sup>55</sup>.

### 1.3. A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO E O MÉTODO COMPARATIVO

A terceira parte do texto volta-se propriamente para o interessante conceito de “internacionalização do direito” e a sua relação com os estudos jurídicos comparativos. Trata-se de um conceito que está presente de forma difusa em diversas obras de Mireille Delmas-Marty, embora uma em particular possua o mesmo título originalmente atribuído a uma aula inaugural no “Collège de France”<sup>56</sup>. Ainda sem tradução para o português e sem um debate público mais intenso na academia brasileira, faz-se necessário chamar atenção para essa ideia, especialmente num contexto de ascensão, ou internacionalização econômica do Brasil no cenário internacional. Embora o termo possa dar a impressão de se tratar de uma transferência do plano nacional para o internacional, veremos que o fenômeno é bem mais complexo do que parece. Sua exposição estará estruturada por três eixos: (i) o conceito de internacionalização do direito e sua relação com a comparação jurídica; (ii) a concepção de ordem jurídica subjacente a mesma; e (iii) as espécies de internacionalização.

Em linhas gerais, a “internacionalização do direito” representa um processo em curso de extensão da normatividade para além das fronteiras nacionais e que desenvolve de forma diversa de um mero “*jus commune*”, de uma verdadeira ordem mundial, especialmente diante da fragilidade do sistema de segurança coletiva instituída pela Carta das Nações Unidas para desarmar a força. A internacionalização do direito, embora esteja associada, não se confunde puramente com os estudos jurídicos comparativos, que representam um método de trabalho, e, por essa novidade, acaba por

---

<sup>55</sup> *Ibidem*, p.203 e ss.

<sup>56</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Étude juridiques comparatives et internationalisation du droit**. Collège de France/Fayard, 2003. Muitas ideias desse livro são trabalhadas de forma bastante semelhante no prefácio deste livro: DELMAS-MARTY, Mireille. **Le relatif et L'universel**. Paris: Éditions du Seuil, 2004, p. 7-24.

despertar uma série de neologismos na falta de palavras mais precisas para designar o fenômeno.

Não se ignora a importância dos estudos comparativos<sup>57</sup>, mas, como dito, sua pretensão é metodológica seja em auxiliar o estudo de outras culturas e instituições jurídicas de forma mais consistente, seja para pesquisar os princípios gerais de direito comuns às diversas nações. Em qualquer caso, os estudos comparativos revelam-se importantes para o respeito à diversidade e para a construção de uma internacionalização do direito que seja pluralista, mas permita encontrar uma gramática comum seja uma compatibilidade formal (harmonização), seja pelo processo de fusão (hibridização). Com isso, a comparação exerce uma dupla função<sup>58</sup> em relação ao fenômeno da “internacionalização do direito”: a de contribuir para uma síntese harmoniosa quando for possível especialmente numa tentativa de aperfeiçoar o ordenamento jurídico por meio dos direitos humanos<sup>59</sup> e, ao mesmo tempo, a de resistir à internacionalização do direito, abrindo, quando pertinente, uma margem de apreciação

---

<sup>57</sup> Existem diversos estudos sobre a comparação jurídica e o direito comparado importantes que não desconhecemos, mas optamos por abordar essa noção dentro do marco teórico adotado. Para outras visões Cf. DAVID, René. *Méthode et buts de la recherche comparative en matière de droit*. In: **Buts et methodes du droit compare**. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1973, p. 91 e ss. CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado**. Rio de Janeiro, 1998. SILVA, José Afonso da. **Um pouco de Direito Constitucional Comparado**. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>58</sup> Não se ignora a existência de outras funções possíveis para a comparação jurídica, tais como auxiliar na investigação da circulação do pensamento jurídico, facilitar o transplante ou aclimatação de certos institutos jurídicos e instituições. Porém, como dito está se trabalhando a comparação em relação à internacionalização do direito como descrita por Mireille Delmas-Marty. Para outra visão da outra sobre a comparação, Cf. **Critique de l'intégration normative**. Paris: Presses Universitaires de France, 2004, p. 227 e ss.

<sup>59</sup> Para um contraste entre aspectos semelhantes e diferentes entre a comparação no pensamento de Mireille Delmas e Peter Häberle, Cf. GONTIJO, Andre Pires. **Entre o tempo e o espaço: convergências e divergências entre estudos jurídicos comparativos e o método comparativo no aperfeiçoamento do direito**. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/anais/36/03\\_1321.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/03_1321.pdf)> Acesso em: <09.06.2012> Não desejamos explorar aqui o pensamento de Peter Haberle sobre o Estado constitucional cooperativo. HÄBERLE, Peter, **O Estado Constitucional cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp.11-2 e 70-1. Veja-se também: SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Estado Constitucional Cooperativo: O Futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a Ótica da Doutrina de Peter Häberle**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_72/Artigos/Christine\\_rev72.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/Artigos/Christine_rev72.htm) Já dialogamos com o tema em: LEGALE FERREIRA, Siddharta. A Constituição reinventada pelas crises: Do Neoconstitucionalismo ao constitucionalismo internacionalizado. **Direito Público** v. 32, 2010, p. 158-174. Sobre a comparação jurídica como quinto método de interpretação constitucional, ao lado dos métodos gramatical, lógico, sistemático e histórico, elaborados por Savigny. Cf. HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 162 e ss. Para um breve comentário, Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

nacional dessas normas. Dessa forma, conjuga-se, a um só tempo, unidade e multiplicidade<sup>60</sup>.

A internacionalização do direito consiste na tentativa de descrever a realidade dessa ordem jurídica mundial, anteriormente abordada, enfatizando a impossibilidade de ignorar, em diversos contextos, a superposição de normas nacionais, regionais e mundiais, bem como a abundância de instituições e de juízes, nacionais e internacionais, com uma competência cada vez mais alargada. Essa nova realidade se reflete num direito de sistemas interativos, complexos e fortemente instáveis, que, em última instância, desemboca em uma mutação da própria concepção tradicional de ordem jurídica.<sup>61</sup> A ordem jurídica não pode mais ser vista como fechada a influência de outras ou pura e simplesmente de forma piramidal, como no modelo kelseniano.

Nesse ponto, Mireille Delmas-Marty dialoga com outros modelos para pensar o direito, como o modelo da rede, descrito por François Ost e Michel Van de Kerchove<sup>62</sup>, mas propõe um modelo de uma espécie de “nuvem” no qual há um pluralismo ordenado. Nesse modelo opera-se uma coregulação que alterna harmonização e hibridização normativa, o que não raro vai exigir uma criatividade do juiz para tomar decisões. Seja no paradigma da nuvem, seja no paradigma da rede, há uma crítica direta e incisiva à pirâmide hierarquizada de Kelsen. Em primeiro lugar, identifica-se uma série de modelos alternativos que rompem com essa lógica mecânica da sanção e da hierarquia, demandando uma superação desse paradigma por outros que incorporem a complexidade das relações sociais, políticas e econômicas do mundo<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Explicando que o trabalho dos juristas comparatistas tem relação com uma “força imaginativa do direito” que, após buscar com curiosidade da diversidade dos sistemas jurídicos, encontrar algo peculiar ou universalizável. Cf. DELMAS-MARTY, Mireille. The Imaginative forces of Law. **Chinese Journal of International Law**, 2003, p. 624 e ss.

<sup>61</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Étude juridiques comparatives et internationalisation du droit**. Collège de France/Fayard, 2003, p. 13 e 14.

<sup>62</sup> Para uma reflexão a partir da mudança do conceito e das classificações da teoria da constituição propriamente dita num contexto de constitucionalismo internacionalizado, Cf. LEGALE FERREIRA, Siddharta. A Constituição em tempos de Crise: Do neoconstitucionalismo ao constitucionalismo internacionalizado. **Direito Público n. 32**, 2010, p. 168. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/881/690> Acesso em: <05.05.2012>

<sup>63</sup> François Ost e Michel Van de Kerchove identificam uma série de paradigmas em rol não exaustivo nesse sentido, por exemplo, o império do direito que enxerga o direito como integridade (Ronald Dworkin), o direito camaleônico (Boaventura de Sousa Santos), a imagem da Hidra de várias cabeças para descrever o direito (G. Teubner), além da imagem do rizoma jurídico, como se fosse uma raiz que se prolifera nos subterrâneos e ressurgue aleatoriamente de Mireille Delmas-Marty. Cf. OST, François e KERCHOVE, Michel van de. **De La pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit**. Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-louis, 2002, p. 19 e ss.

Destaca-se, ainda, a dificuldade de abarcar teorias de interpretação mais amenas, se comparadas à mera relação de antinomia entre a norma fundamental superior com as normas inferiores, bem como suscitar certa perplexidade quando se está diante da relação entre sistemas jurídicos. Embora se reconheça que tais observações não conduzam necessariamente à exclusão total do modelo piramidal, a atenção recai no temperamento da hierarquia e na interpenetração de sistemas e pluralidade de pirâmides. Há pirâmides descontínuas, em arquipélagos, coordenadas em redes de interlegalidade.<sup>64-65</sup> Fato esse que se revela mais evidente na integração europeia, embora esteja também presente de forma evidente na lógica do direito regulatório, nas propostas de governança global e normas de *soft law*.

A desconstrução da estrutura piramidal pode ser, para fins meramente didáticos, apresentada em três frentes. Inicialmente, o altiplano do ordenamento jurídico passa a ser compartilhado com o direito internacional, as normas de *ius cogens*, com o direito comunitário e com os direitos humanos de uma forma geral. Em segundo lugar, o corpo da pirâmide é objeto de intensa interpretação judicial que, até certo ponto, adiciona conteúdo. Ao lado do direito produzido legislativamente, desponta um direito construído pela jurisprudência dos tribunais, razão pela qual as fronteiras entre *common law* e *civil law* tornam-se menos vincadas<sup>66</sup>. Há quem diga que se vive uma jurisprudencialização do direito, sendo que não raro a categoria do legislador negativo é imprecisa ou insuficiente para descrever o papel e a atuação do Judiciário. Por fim, a base da pirâmide, ou seja, os decretos e as regulamentações cada vez mais resultam de uma Administração policêntrica<sup>67</sup> na qual há diferentes centros de decisão. Essa autonomia reforçada para tomada de decisões dá novas cores aos regulamentos e decretos para dar execução à lei e, com isso, altera-se a tradicional lógica kelseniana.

---

<sup>64</sup> OST, François e KERCHOVE, Michel van de. **De La pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production Du droit** *R.I.E.J.* 44, 2000. Para uma resenha do texto, Cf. VERONESE, Alexandre. **Revisitando o conceito de direito em rede: Uma crítica sociológica à teoria normativista do direito**, mimeo, 2009.

<sup>65</sup> Para uma reflexão mais profunda sobre os aspectos sociológicos dessa sociedade em rede e não apenas de um direito em rede. Cf. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em Rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

<sup>66</sup> Um exemplo interessante a respeito é o caso do bijuridismo em Quebec no Canadá. Para um maior aprofundamento sobre o tema, cf. GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François. **A concorrência das tradições jurídicas: Perspectivas e prospectivas a partir do caso do Bijuridismo canadense**. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 81-141.

<sup>67</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro, 2006, p. 239 e ss.

Entre os administrativistas, trabalha-se com a “teoria dos ordenamentos setoriais”<sup>68</sup>, ao estudar as agências reguladoras, que adquirem relativa autonomia frente ao Poder central<sup>69</sup>.

Nesse paradigma da rede, diz-se que haveria uma passagem da regulamentação para regulação por meio de autoridades administrativas independentes que contem com a participação estatal, do mercado e da sociedade civil, bem como uma passagem do governo à governança, ou seja, da condução dos assuntos de forma imposta por uma autoridade central para formas de coordenação dos grupos e atores sociais numa discussão coletiva. Não se deve, porém, idealizar o modelo da rede, que, por um lado, supera algumas limitações do modelo kelseniano ao incorporar a complexidade, mas, por outro, tem suas próprias limitações como a de dar a impressão que a paisagem jurídica é contínua e completa. Por essa razão, o paradigma da nuvem parece mais promissor.

A organização ou separação entre os poderes também resta afetada e possui suas fragilidades e descontinuidades. Ela não pode ser vista nos moldes clássicos em razão, por exemplo, na União Europeia, existir um Parlamento reduzido e um crescimento das funções típicas do Executivo concentradas nas mãos de uma Comissão da Comunidade Europeia. Essa dinâmica de hipertrofia do “Executivo” em detrimento da representação popular das demandas da sociedade atenta contra a democracia. Estendida à escala mundial, o risco é análogo e o déficit de legitimidade das Organizações Internacionais, em especial da ONU, já foi apontado, mesmo em se tratando da aplicação de normas do tipo transnacional que dependa da internalização por parte dos próprios Estados e que eventualmente e progressivamente sejam controlados sistema de controle jurisdicional, ou quase jurisdicional das Cortes Internacionais ou nacionais.

Diante das novas instituições comunitárias e as instituições internacionais em geral, vem à tona a questão da cidadania europeia ou da cidadania mundial, calcada na consciência do destino comum dos atores políticos, sociais e econômicos. Isso não significa que inexista uma descontinuidade irrestrita de valores. Mas entre o relativismo normativo e o universalismo filosófico, pode-se a partir dessa descontinuidade para preservar a autonomia da ordem jurídica e da soberania política, preocupando-se com

---

<sup>68</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. Agências reguladoras independentes e a separação dos poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. **Revista dos tribunais nº 786**, 2001, p. 11 e ss.

<sup>69</sup> OST, François e KERCHOVE, Michel van de. De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit. **R.I.E.J. 44**, 2000.

questão da paz como ausência de guerra e a paz positiva que reduz desequilíbrios econômicos, financeiros, étnicos e religiosos, bem como com o terrorismo, a corrupção dos grandes traficantes e os riscos da biotecnologia. Esses e outros dilemas comuns suscitam a questão da gestão do risco no plano internacional evidenciando a indissociabilidade entre economia e direitos humanos, como também defende Amartya Sen<sup>70</sup>.

Com a finalidade de expor os reflexos dessa “internacionalização do direito” de forma mais didática, bem como de descrever a concepção desse sistema jurídico do mundo, é possível propor uma classificação a partir do que se encontra difuso no livro de Mireille Delmas-Marty sobre o tema. Embora a autora não a empregue de forma expressa nestes termos, é possível expor o tema através dessas duas dicotomias: (i) internacionalização ética e jurídica; e (ii) internacionalização interestatal e supranacional.

### **1.3.1. Internacionalização ética e jurídica: linhas paralelas e inter-relações**

A primeira dicotomia contrapõe uma *internacionalização relacionada à ética e ao direito*. Uma internacionalização ética requer o apoio ativo dos Estados, da globalização econômica e de algum universalismo que pressupõe a solidariedade, a luta contra a pobreza, sociedade de mercado, mas que não raro resulta em desamparo e crescimento da competição e das desigualdades. Por outro lado, a internacionalização do direito, pensada do ponto de vista jurídico, será desenvolvida como “direitos de parte alguma” que não é uma mera utopia ou que talvez seja uma “utopia realista” na linha de John Rawls<sup>71</sup>. Trata-se de um modelo que, em escala regional, atrai uma integração regional, como o Mercosul, por exemplo; e em escala mundial, pensa em uma certa privatização das normas e numa certa autorregulação que se desenvolve por códigos de conduta, ética empresarial, social e ecológica de responsabilidade com o consumidor<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Defendendo que o distanciamento da economia da ética prejudica a própria economia e o bem-estar. Cf. SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 1999.

<sup>71</sup> RAWLS, John. **O direito dos povos**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.15 e ss.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 24-26.

Assim, do ponto de vista normativo, a internacionalização do direito chama atenção para a superposição dos direitos, por exemplo, na relação entre os direitos fundamentais previstos nas Constituições nacionais em sua relação com a Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão. A noção de “crimes contra à humanidade”, que se difundiu a partir dos julgamentos do Tribunal de Nuremberg e do Tribunal de Tóquio, também pode ser considerada um outro caso de superposição de ordens jurídicas. Um terceiro exemplo interessante de superposição envolve o chamado “patrimônio comum da humanidade”, que se preocupa com o acesso das gerações futuras a bens culturais e naturais. No contexto brasileiro, podemos pensar na sobreposição de normas do título II da Constituição de 1988 que trata dos direitos fundamentais em relação ao Pacto de São José da Costa Rica, especialmente quando se observa certas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Uma importante polêmica diz respeito a inúmeros casos na jurisprudência brasileira e mudanças de entendimento quanto à possibilidade ou não da prisão civil do depositário infiel. Colocou-se a questão do conflito entre o artigo 7º do Pacto de São José da Costa Rica, que não prevê tal prisão, e o artigo 5º, LXVII da Constituição brasileira que dispõe que “*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.*”. Admite, embora não imponha. A resposta a esse conflito possui relação evidente entre a internacionalização do direito, porque, de um lado, evidencia a multiplicidade de fontes e a necessidade de pensar critérios pelos quais um prevaleceria sobre o outro e, de outro, a multiplicidade de instâncias de decisão, qual seja, o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Interamericana (CIDH).

O STF, até 2007 aproximadamente, julgava possível, de forma reiterada, a prisão civil do depositário infiel, já que a legislação ordinária o equipara ao depositário com no conceito de “soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição”<sup>73</sup>. Em que pese a visão conservadora da soberania que não incorporava plenamente o compromisso assumido com os direitos humanos como um elemento fundamental, essa foi a jurisprudência dominante durante muito tempo, sob as críticas doutrinárias<sup>74</sup> de que o art. 5º, § 2º, do texto original da Constituição de 1988 já conferia um status

---

<sup>73</sup> STF, *DJU* 29 jun. 2001, RE 302.624-1/MG, Rel. Min. Moreira Alves.

<sup>74</sup> PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 75 e ss.. e MELLO, Celso Duvivierde Albuquerque Mello. **Curso de Direito Internacional Público**. vol. I, 14ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 807-8

constitucional aos direitos humanos e que, portanto, ao Pacto de São José da Costa Rica.<sup>75</sup>

Diante da Emenda Constituição nº 45, que introduziu por meio do art. 5º, 3º, de forma clara a possibilidade de se conferir status constitucional aos tratados de direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a reavaliar a sua jurisprudência nesse tema. Se antes havia permissão para sua realização da prisão, a dúvida agora era se o Pacto de São José da Costa Rica teria ou não adquirido um status constitucional e, com isso, se a vedação a prisão civil se imporia ou não.

O Supremo Tribunal Federal manteve-se em paradigma tradicional, mesmo adotando uma solução aparentemente progressista<sup>76</sup>. Entendeu que o Pacto encontra-se num plano inferior ao da Constituição, que permanece no topo de uma pirâmide “kelseniana” imaginária que só reside na praça dos três poderes em Brasília e não mais no mundo. Outras formas de enxergar o ordenamento jurídico como os vistos acima da “rede” (François Ost) ou da “Nuvem” (Mireille Delmas-Marty) foram ignorados. Quem dá a última palavra segundo os ministros do Supremo Tribunal Federal ainda é a própria Corte Constitucional. O argumento da impossibilidade de se atribuir status constitucional aos tratados de direitos humanos anteriores à EC45/04 se pautou no fato deles não terem sido aprovados pelo mesmo quórum de emenda. Como solução de compromisso, frente à forte crítica da comunidade jurídica, atribuiu-se esse status especial. Segundo a nova jurisprudência, portanto, o Pacto estaria num plano inferior ao da Constituição, mas superior ao da lei ordinária que determinava a prisão civil do devedor fiduciante (art. 66 da Lei nº 4.728/65, com redação dada pelo art. 1º do Decreto-lei nº 911/69). O Pacto não prevê a prisão, razão pela qual se concluiu pela incompatibilidade dessa regulamentação com o mesmo e pela impossibilidade da prisão civil por dívida.

Resultado adicionou-se mais uma camada hipotética na pirâmide imaginária do velho Kelsen e, sem necessidade, afirmou-se mais do mesmo. Veja um caso em que a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deferiu pedido de *Habeas Corpus* em

---

<sup>75</sup> O STF chegava a equiparar a alienação fiduciária em garantia e permitir a prisão. STF, DJU 20 set. 1996, HC 73.044-2/SP, Rel. Min. Maurício Correa.

<sup>76</sup> Para uma visão crítica da jurisprudência, Cf. VIEIRA, José Ribas; PAVONE, Leonardo Siciliano; SILVA, Tiago Francisco. O universo dos direitos humanos: marco teórico, aplicação pela Corte Interamericana de direitos humanos e pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito dos Monitores nº 3**, 2008. Disponível em: <[http://www.uff.br/rdm/revistas/rdm\\_ano1\\_ed3.pdf](http://www.uff.br/rdm/revistas/rdm_ano1_ed3.pdf)> Acesso em: <02.05.2012>.

favor de responsável pela guarda de 87,5 mil quilos de aço galvanizado. Com a decisão<sup>77</sup>, ficou revogada prisão decretada pela acusação de depositário infiel desse material. A votação seguiu voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, que reiterou sua posição contrária àquele tipo de prisão civil, lembrando voto por ele proferido anteriormente:

*(...) desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico (...) A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos.*<sup>78</sup>

Acumuladas decisões reiteradas sobre a matéria, foi editada a Súmula vinculante nº 25, com a seguinte redação: “*É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.*” O controle de convencionalidade das leis e decretos começou a ser implementado no Brasil de forma difusa, ou seja, compreendeu-se finalmente a necessidade de que as leis e o ordenamento nacional estejam em harmonia com o Pacto de São José da Costa Rica e, por isso, esse se tornou um parâmetro de validade.<sup>79</sup> Talvez diante da súmula, pudessemos pensar num controle de convencionalidade abstrato também, mas esse seria um tema para outra dissertação de mestrado. Isso não significa que não existam idas e vindas, avanços e retrocessos, especialmente em se tratando de um tema extremamente complexo que relaciona a proteção do direito a propriedade por meio da prisão e o respeito aos direitos humanos, que não admite mais uma prisão por dívida.

Vejamos outro caso concreto dessa internacionalização<sup>80</sup> ética e jurídica dos direitos humanos que evidenciou igualmente a questão do controle de

---

<sup>77</sup> STF, DJU 15 jun. 2007, HC 90.172/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes.

<sup>78</sup> STF, DJU 29 nov. 2006, RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso.

<sup>79</sup> Para mais detalhes sobre o tema, Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Do mesmo autor, Cf. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Direito do Estado**, n. 14, 2009, p. 277-315.

<sup>80</sup> Vale a pena enfatizar que a própria Mireille Delmas-Marty ao abordar a internacionalização dos juízes nacionais, ao lado de uma jurisdicalização do direito internacional. Destaca a concorrência entre juízes

convencionalidade das leis: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 na qual o STF analisou se a Lei nº 6.683/79 era compatível com a Constituição de 1988 de um lado, e, de outro, o Caso da guerrilha do Araguaia em que se condenou o Brasil na Corte Interamericana. Na primeira, discutiu-se a compatibilidade dessa lei com a Constituição e, na segunda, com o Pacto de São José da Costa Rica<sup>81</sup>.

A maioria dos Ministros seguiu o voto do Relator, Ministro Eros Grau, negando a procedência à ADPF, ou seja, manteve a validade da lei de anistia. A maioria votou nesse sentido, sob os argumentos de que (i) lei de anistia foi aprovada no bojo de um processo do poder constituinte originário que se caracteriza como ilimitado; (ii) a Lei de Anistia seria anterior à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (adotada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987) e à Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997; e (iii) a impossibilidade de a Corte rever a Lei de Anistia que caberia ao legislativo. Em março de 2010, foi analisada a constitucionalidade da Lei nº 6.683/79 que concedeu anistia aos que cometeram crimes políticos e conexos durante a ditadura militar e o período que a antecedeu.

Em primeiro lugar, entendeu-se que o legislador poderia tratar de maneira desigual ou não os crimes políticos e comuns. Em segundo lugar, afirma que a anistia não veda a possibilidade de abertura dos documentos da ditadura, uma vez que está relacionada a pessoas e não a fatos. Contra o argumento de que a lei teria sido votada no Congresso Nacional por representantes da ditadura, diretamente interessados em seu resultado, Eros Grau invocou a recepção de toda a legislação anterior pela Constituição de 1988. Além disso, a anistia não teria beneficiado apenas os agentes da repressão, mas também os agentes opositores do regime. Quanto a violação à dignidade da pessoa humana, o Ministro invocou a luta pela anistia ampla, geral e irrestrita, travada, inclusive, pela OAB. Assim, a transição a democracia, com a adoção da anistia, não fere a dignidade da pessoa humana.

---

nacionais e internacionais, exemplificando com a jurisprudência da Suprema Corte Argentina e da Corte Interamericana que anulam leis de autoanistia contrárias aos direitos humanos da época da ditadura, notadamente no caso Julio Simón y otros. No entanto, optamos por trabalhar com um caso mais atual e próximo da realidade brasileira, como será visto no corpo do texto. Cf. DELMAS-MARTY, Mireille. **La refondation des pouvoirs**. Paris: Éditions du Deuil, 2007, p 49 e ss.

<sup>81</sup> O resumo dos casos foi publicado em LEGALE FERREIRA, Siddharta *et al.* O ano do Direito Público em 2010: quando a Corte Constitucional não dá a última palavra. **Revista de Direito dos Monitores n. 9**, 2011, p. Disponível em: < [http://www.uff.br/rdm/revistas/rdm\\_ano3\\_ed9.pdf](http://www.uff.br/rdm/revistas/rdm_ano3_ed9.pdf) > Acesso em: <05.05.2012.>

No julgamento, dois votos foram divergentes. O primeiro, do Ministro Ricardo Lewandowski, ateve-se na diferenciação entre crimes políticos e crimes comuns, uma vez que o legislador teria sido atécnico ao fazer menção a conexão no art. 1,§1º, da Lei de Anistia. O Ministro assevera não haver conexão material entre o crime político e delitos comuns, pois a essa relação falta o necessário nexu teleológico, consequencial ou ocasional exigido para a sua caracterização. A lei de anistia não poderia abranger crimes comuns, dessa maneira. O segundo voto divergente foi o do Ministro Carlos Ayres Britto. Em uma análise mais filosófica, o Ministro afirma que a humanidade não perdoa do mesmo modo que um indivíduo. O perdão coletivo deve ser feito de “*modo claro, assumido, autentico, não incidindo jamais em tergiversação redacional, em prestidigitação normativa, para não dizer em hipocrisia normativa*”. Afirmou que o método de interpretação histórico usado pelo Ministro relator para a aplicação da lei de anistia como uma exceção, apenas para casos de dúvidas, e não primeira opção interpretativa. Todavia, defendeu que o legislador da lei de anistia não teve coragem de assumir essa propalada intenção de anistiar “torturadores, estupradores, assassinos frios de prisioneiros já rendidos”. Como tal propósito não está claro no texto da lei, a anistia não foi efetivamente ampla, geral e irrestrita.

Apesar da divergência, a maioria dos Ministros<sup>82</sup> votou pela improcedência do pedido, ou seja, pela validade da anistia. Em resumo, os três argumentos principais usados pelos ministros que votaram com a maioria foram: (i) o momento extraordinário em que foi editado o diploma, com participação popular, somado ao fato de a E.C. n.26/85 reproduzir parcialmente o conteúdo da anistia, ou seja, a discussão esbarraria no caráter supostamente ilimitado do poder constituinte originário; (ii) a Lei de anistia seria anterior à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (adotada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987) e à Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997. Tais diplomas declararam insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes; (iii) a falta de legitimidade democrática da Corte para promover a revisão da Lei de Anistia, tarefa que incumbiria ao Legislativo e não do Judiciário.

Com o resultado do julgamento da constitucionalidade da Lei de Anistia, o tema ficou momentaneamente pacificado, afinal não há instancias judiciais recursais internas

---

<sup>82</sup> Estava ausente no Julgamento o Ministro Joaquim Barbosa e o Ministro Dias Tofolli, impedido.

para modificação da sentença do STF. Era o que se pensava até 24 de novembro de 2010, quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou o caso Gomes Lund e outros. O processo começou em agosto de 1995, quando a Comissão Interamericana de Direitos humanos recebeu uma petição contra o Estado Brasileiro. O pedido envolve a responsabilização do Brasil pelas mortes e pelo desaparecimento de brasileiros durante a “Guerrilha do Araguaia”, uma vez que medidas judiciais e administrativas nacionais adotadas ferem o direito à informação dos familiares das vítimas e garantem a impunidade dos responsáveis pelos crimes. A “Guerrilha” foi um movimento formado por integrantes do Partido Comunista do Brasil (PCdoB), entre 1972 e 1974, no sul do Estado do Pará. Ao tomar conhecimento da organização, os militares exterminaram os combatentes e camponeses simpatizantes. O Exército mantém sigilo sobre os dados oficiais que informam sobre o desaparecimento das vítimas.

Realizado o julgamento pelo STF da ADPF nº 153, entendeu-se que houve o esgotamento dos recursos internos com a decisão do mais alto tribunal do país e, assim, alega-se um novo obstáculo para a análise do mérito da demanda: a proibição da quarta instância. A Corte entendeu que a ADPF não estava regulamentada para o uso dos representantes das vítimas e seus familiares no momento da interposição da denúncia perante a Comissão e, além disso, eles não estão legitimados para utilizá-lo<sup>83</sup>. Em segundo lugar, o objeto da ação não é a via adequada para reparar as violações alegadas, com o necessário esclarecimento dos fatos, das responsabilidades individuais deles decorrentes e do paradeiro das vítimas desaparecidas. Ressaltou-se igualmente que sua jurisprudência já estabeleceu a possibilidade do controle de convencionalidade, ou seja, uma análise da compatibilidade da Lei de Anistia com a Convenção Interamericana, ratificada pelo Brasil e não a compatibilidade do referido diploma em relação à Constituição brasileira, pois é questão de direito interno<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Os legitimados para a interposição da ADPF são os mesmos legitimados para propor a ADI (ação direta de inconstitucionalidade) – art. 2º, I, da lei nº 9.882/99 c/c art. 103, CRFB. Assim, os únicos legitimados para interpor das ações são determinados funcionários e instituições do Estado e coletivos sociais.

<sup>84</sup> “*Em numerosas ocasiões, a Corte Interamericana afirmou que o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar este Tribunal a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana, o que inclui, eventualmente, as decisões de tribunais superiores. No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento nº 153 (infra par. 136), mas que este Tribunal realize **um controle de convencionalidade**, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações*

No mérito, a Corte condenou o Brasil que assumiu sua responsabilidade oficial no desaparecimento forçado dos desaparecidos políticos durante a ditadura militar através da Lei nº 9410/95, bem como criou uma comissão especial para a concessão de indenização as vítimas, por isso teve reconhecida a sua boa-fé pela Comissão. Assim, a Corte considerou como incontroverso os fatos ocorridos na guerrilha, imputando ao Estado brasileiro a responsabilidade pela violação à liberdade, à vida, à integridade e às liberdades pessoais das vítimas. A Corte ainda avaliou a compatibilidade da Lei de Anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como parte da ação, alegou que a aplicação da lei é contrária as obrigações previstas na convenção e na jurisprudência da Corte, ferindo diversos direitos humanos. Os representantes, por sua vez, alegam que a interpretação da Lei conferida pelo STF a torna o maior obstáculo às investigações dos fatos e punição dos criminosos<sup>85</sup>.

A Corte decidiu a favor da obrigação de investigar e, se for o caso, punir graves violações dos direitos humanos, consagrados nos art. 8º e 1.1 da Convenção, previstos no direito internacional e na jurisprudência de vários sistemas internacionais de proteção de direitos humanos<sup>86</sup>. A Corte declarou que o STF deveria ter feito a análise da convencionalidade da lei de anistia entre as normas internas e a Convenção Americana, sempre observando sua jurisprudência na interpretação dessa última. Como se pode ver, muitas premissas e teses adotadas pela Corte Constitucional brasileira foram desconstruídas corretamente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A desconstrução foi necessária, porque ainda predomina entre os constitucionalistas

---

*internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana. Consequentemente, as alegações referentes a essa exceção são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por este Tribunal à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância. O Tribunal, portanto, desestima esta exceção preliminar.”*

<sup>85</sup> Outros obstáculos, além da lei de anistia, seriam a prescrição dos crimes, a falta de tipificação do crime de desaparecimento forçado e a intervenção da jurisdição militar.

<sup>86</sup> Como o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, o Comitê contra a Tortura das Nações Unidas, Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos. A Corte também citou a jurisprudência de Cortes Constitucionais de alguns países que declarou a anistia viola a obrigação internacional do Estado de investigar e sancionar as violações contra direitos humanos, dentre eles: O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia; o Tribunal Especial para Serra Leoa considerou que as leis de anistia desse país não são aplicáveis a graves crimes internacionais; a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, no Caso Simón; a Corte Suprema de Justiça do Chile, nos julgamentos do caso do sequestro de Miguel Ángel Sandoval e no Caso Lecaros Carrasco; o Tribunal Constitucional do Peru, no Caso de Santiago Martín Rivas; a Suprema Corte de Justiça do Uruguai, a respeito da Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado nesse país e a Corte Constitucional da Colômbia.

brasileiros uma mentalidade apega a visão clássica da soberania conceitualmente inconsistente e defensiva em relação ao direito internacional. E como bem colocou Antônio Augusto Cançado Trindade, “*Enquanto perdurar a atual mentalidade, conceitualmente confusa e portanto defensiva e insegura, persistirão as deferências indevidas ao direito interno, cujas insuficiências e deficiências ironicamente requerem a operação dos mecanismos de proteção internacional*”<sup>87</sup>.

Deixando de lado os votos vencidos, os ministros do STF ignoraram toda a discussão sobre justiça de transição e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos humanos (CIDH) que veda a autoanistia por meio de um de um controle de convencionalidade. Em primeiro lugar, e forma geral, os ministros não esperaram a decisão da CIDH, também não consideraram a sua jurisprudência sobre os casos de anistia e, ainda de uma maneira geral, não consideraram a necessidade de interpretação a Lei de Anistia à luz da Convenção Interamericana, interpretada pela jurisprudência da CIDH. E os que fizeram alegaram que os casos eram de autoanistia no que se diferenciava a situação brasileira que imperava uma anistia. Como bem critica André de Carvalho Ramos, não faz sentido criar uma “Convenção Interamericana de Direitos Humanos paralela” ou uma “Convenção Interamericana de Direitos Humanos à brasileira”. A interpretação do Pacto de São José da Costa Rica deve ser realizada também à luz da jurisprudência da CIDH, sob pena de esvaziar a sua normatividade,<sup>88</sup> ou pior: gerar uma polissincronia ou assincronia em um ambiente regional que se pretende harmonizar.

### 1.3.2. Internacionalização interestatal e supranacional

A segunda dicotomia trabalhada com uma *internacionalização do direito a partir das instituições de caráter interestatal e supranacional*, o que corresponde em alguma medida a *organizações internacionais de cooperação e de integração*. Nessa linha, a internacionalização do direito consubstancia precisamente uma acentuada multiplicação de instituições e de juízes, nacionais e internacionais, com competências

---

<sup>87</sup> **O direito Internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 694.

<sup>88</sup> RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli (Orgs.). **Crimes da Ditadura militar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.175-6.

mais e mais alargadas. Essas instituições podem ser interestatais, que justapõem poderes soberanos num modelo relacional à influência de determinada instituição.

Por outro lado, tais instituições podem ser pensadas a partir de um modelo institucional supraestatal, tal como o que inspirou a criação do Tribunal Penal Internacional<sup>89</sup>. Esse modelo supraestatal revela-se atrativo para os interesses que pretendem (des)regulamentar os direitos econômicos, especialmente para pensar modelos de integração econômica que podem ir desde a consulta mútua (ex., ASEAN, Associação das Nações do Sudeste Asiático), passando pela cooperação econômica multilateral em certas zonas (ex., APEC, Cooperação Econômica da Ásia e do Pacífico), uma área de livre comércio (ex., NAFTA, Acordo de Livre Comércio do Norte) ou uma união aduaneira em direção ao mercado (ex., Mercosul, Mercado Comum do Sul).

O recente caso da importação de pneus usados do Mercosul do Uruguai para o Brasil ilustra bem essa questão da multiplicação de normas nacionais, normas do Mercosul, laudos arbitrais, laudos do Tribunal Permanente de Revisão e decisão do Supremo Tribunal Federal.<sup>90-91-92</sup> Na ADPF 101, o Supremo Tribunal Federal discutiu se portarias e decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus usados agrediam aos preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, respectivamente, arts. 196 e 225 da Constituição de 1988. Inúmeras decisões judiciais questionavam as Portarias de órgãos do Poder Executivo, como o DECEX – Departamento de Operações de Comércio Exterior, órgão ligado ao Ministério do Desenvolvimento e Indústria e Comércio - ou o CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente. Tais órgãos expressamente vedam a importação de bens

---

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>90</sup> Para uma análise crítica dos casos referentes à importação de pneus usados, destacando justamente essa dinâmica da fertilização cruzada entre os níveis nacional e internacional para tomada de decisões no âmbito do STF, Cf. GONTIJO, Andre Pires. O Supremo Tribunal Federal perante o fenômeno da internacionalização dos direitos e as condições de possibilidade do desenvolvimento do processo de “constitucionalização” no âmbito internacional: o estudo dos precedentes STA-AgRg 118/RJ e STA-AgRg171/PR. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do. **A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.46 e ss.

<sup>91</sup> MOSQUEIRA, Pedro Augusto de Almeida. Comentário à ADPF 101: o caso dos pneus remoldados. **Revista de Direito dos Monitores nº 7**, 2010. Disponível em: <[http://www.uff.br/rdm/revistas/rdm\\_ano3\\_ed7.pdf](http://www.uff.br/rdm/revistas/rdm_ano3_ed7.pdf)> Acesso em: <05.05.2012.>

<sup>92</sup> Os laudos arbitrais foram proferidos pelo Tribunal Permanente de recurso sobre o tema, o de nº 01/05 e 01/08. Contrapondo o Uruguai x Argentina, inicialmente o Tribunal arbitral ad hoc vedou a importação de pneus do Uruguai, entendendo que a Lei argentina que proibiu é compatível com tratado de assunção. Posteriormente, o TPR: reviu decisão, sob o fundamento do caráter subsidiário dos princípios ambientais e necessidade de comprovação, entendendo que a Lei nº 26329 da argentina fere o livre comércio. Possibilidade do Uruguai adota ou medidas compensatórias até final da decisão

de consumo usados, como os pneus usados, objeto da presente argüição. A polêmica é antiga e, para compreendê-la melhor e buscar soluções, foi marcada uma audiência pública no dia 25 de junho de 2009<sup>93</sup>.

No mérito, a relatora Min. Carmen Lúcia julgou parcialmente procedente os pedidos formulados a fim de considerar inconstitucionais as interpretações judiciais que afastaram a aplicação daquelas normas, com efeitos *ex tunc*, exegeses estas que permitiram ou permitem a importação de pneus usados, excetuando da incidência destes efeitos pretéritos as decisões judiciais transitadas em julgado, com fulcro no inciso XXXVI do art. 5º da Carta Magna. Alegando que a importação dos pneus remanufaturados não agride o meio ambiente, posicionaram-se empresas que venceram demandas judiciais em diferentes instâncias autorizando a importação daqueles. Outro argumento-base foi o de que haveria afronta aos princípios do livre-comércio e da isonomia entre os países integrantes da Organização Mundial do Comércio (OMC), em função da manutenção da importação de pneus usados provenientes dos países que compõem o Mercosul: se uma parcela do Judiciário brasileiro concedia à importação para certas empresas, a despeito da vigência de normas postas, estaria o país entrando em profunda contradição ao proibir as importações dos pneus usados, em sua maioria advindos da União Europeia. Argumentaram, também, os arguidos, que fere o princípio da legalidade a proibição da importação de pneus usados, pois a referida vedação só poderia derivar do legislador ordinário, e não de órgãos da Administração Federal. A relatora rejeitou o argumento dos interessados de que haveria ofensa ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa ponderando princípios, pois não é crível atribuir peso ou valor jurídico maior que os preceitos concernentes ao direito à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>94</sup>. No mais, há que se levar em conta o aumento do passivo ambiental, dada a dificuldade de decomposição dos elementos componentes do pneu, e os riscos para a saúde humana relacionados aos resíduos destes.

---

<sup>93</sup> Para assistir trechos do julgamento da ADPF 101, cf. dois vídeos disponíveis em: <http://www.youtube.com/watch?v=3P5BDFpVkv0> e [http://www.youtube.com/watch?v=fMmd\\_PeZvFU&feature=related](http://www.youtube.com/watch?v=fMmd_PeZvFU&feature=related). Acessados em 10 de março de 2010.

<sup>94</sup> O argumento faz realmente sentido. Não se deve interpretar os princípios constitucionais de forma fundamentalista e sim com base em uma ponderação entre os direitos fundamentais. Sobre o tema confira-se o original e crítico artigo dos professores Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio da livre iniciativa.** Disponível em: <[http://www.cedap.uff.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=12&Itemid=28](http://www.cedap.uff.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12&Itemid=28)> Acesso em: <15.06.2012>

O STF convocou uma Audiência Pública com representantes ligados aos dois interesses divergentes. Do lado do setor empresarial: Pneuback, Tal Remoldagem, BS Colway, Pneus Hauer, ABIP (Associação Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados), ABR (Associação Brasileira do Segmento de Reforma de Pneus), etc, alguns deles fizeram sustentação oral na condição de *amici curiae*. Personalidades políticas como os ex-deputados e ministros de meio ambiente, Carlos Minc e Marina Silva, e instituições como a Conectas Direitos Humanos e a Justiça Global se fizeram presentes para contrabalancear as empresas diretamente interessadas na manutenção das importações com base em decisões judiciais esparsas. Em seu memorial, a Pneuback, um dos *amici curiae*, argumentou que uma decisão judicial anterior à ADPF 101 concedera a uma produtora de pneus novos uma tutela antecipada no sentido de possibilitar “desobediência ao contido na Resolução CONAMA 258/1999” e que a ADPF 101, assim, “ousou desigualar os iguais, na medida em que a pretensão exordial apenas se coloca contra os produtores de remoldados, como se a lei ou até o aludido decisum os distinguissem dos fabricantes de pneus novos, preconceito, de resto, inaceitável”.

Todavia, a Procuradoria Federal do IBAMA lembrou, em seu memorial, que a União Europeia “começou a enxergar nas exportações de pneus usados como uma forma de reduzir parte de seu passivo de resíduos de pneus”, principalmente depois da edição, em 2003, de uma Diretiva sobre Aterros na qual se proíbe que os países-membro do bloco europeu disponham pneus usados em aterros sanitários. Por sua vez, a Conectas Direitos Humanos asseverou que “os tratados internacionais referentes ao comércio também devem estar em harmonia com outras normas internacionais destinadas à proteção e defesa do meio ambiente e dos direitos humanos”. Não obstante, demonstrou a organização – que também foi um dos *amici curiae* – por meio de dados empíricos que a importação de pneus usados “agravará em muito o que já é péssimo, sendo praticamente impossível de serem geridos sob a perspectiva ambiental”. Um cenário que já é caótico tende a se tornar dramático.

Por 8 votos a 1, vencido o Min. Marco Aurélio, o STF proibiu a importação de pneus usados, inclusive os oriundos dos países membros do Mercosul. Havia uma ressalva à liberação da importação apenas de pneus usados do Mercosul, em função da decisão do Tribunal Arbitral do Mercosul condenando o Brasil a modificar a sua legislação para aceitar importações de pneus usados, principalmente do Uruguai, em respeito aos tratados regionais de integração econômica. Em 1/12/2003 foi editada a Portaria SECEX n° 17, que consolidou as normas em vigor sobre a matéria e manteve a

proibição de importação de pneus recauchutados e usados, com exceção dos oriundos dos países que integram o Mercosul. Entretanto, cabe reiterar que os Ministros declararam inconstitucionais todo tipo de importação de pneus usados.

A Min. Relatora deu razão à reivindicação do arguente (Advocacia Geral da União) de que a Convenção da Basiléia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Disposição estaria sendo afrontada, pela qual se reconhece em seu preâmbulo que “a maneira mais eficaz de proteger a saúde humana e o ambiente dos perigos causados [pelos resíduos perigosos] é reduzir a sua produção ao mínimo, em termos de quantidade e/ou potencial de perigo, [bem como] (...) qualquer Estado tem o direito soberano de proibir a entrada ou a eliminação de resíduos perigosos estrangeiros e outros resíduos no seu território”<sup>95</sup>. Em síntese, o STF decidiu que:

(i) a adoção da medida proibitiva à importação de pneus usados é a única medida hábil a conferir uma mínima proteção ao direito ao meio ambiente e à saúde pública, logrando êxito no crivo da proporcionalidade;

(ii) a argumentação de violação ao princípio da igualdade mostra-se falaciosa, pois, além de o Brasil ter sido compelido judicialmente a permitir a importação apenas de pneus remoldados dos países do Mercosul, seria plenamente justificável conferir tratamento distinto aos mesmos. Afinal, o Mercosul seria uma União Aduaneira e, por razões lógicas de equidade e de política internacional, certas exigências poderiam ser mitigadas, considerando, sobretudo, o reduzido impacto ambiental que tais importações representam (menos de 1/5 em comparação com os permitidos judicialmente importados da União Europeia). Mesmo assim, foram também declaradas inconstitucionais as importações advindas de países do Mercosul, para se evitar o que o Min. Ricardo Lewandowski chamou de triangulação ou “*bypass*”;

(iii) as resoluções do CONAMA, principalmente, e as portarias do DECEX e da SECEX são posteriores à Convenção da Basiléia, de modo que elas apenas cuidaram de regulamentar uma matéria à luz do que já dispunha nosso ordenamento positivo e do que trazia como novidade a Convenção da Basiléia. Acontece que juízes ainda estão desacostumados a encarar convenções, tratados, pactos e acordos legais internacionais

---

<sup>95</sup> Em 16/06/1992, o Congresso Nacional editou o Decreto Legislativo nº 32, pelo qual se aprovou o texto da Convenção da Basiléia, e, em 15/10/1992, o Brasil depositou sua carta de adesão, que passou a vigorar em 30/12/1992.

das quais o Brasil é signatário como fonte normativa do nosso ordenamento jurídico. A propósito, é mesmo natural que matéria de índole exclusivamente técnica, como a definição de resíduos potencialmente poluidores seja atribuída a órgão técnico de função regulamentar;

(iv) o Judiciário não tem capacidade institucional para invalidar decisões de órgãos especializados como o CONAMA, o SECEX e o DECEX. Viu-se uma profusão de sentenças judiciais afastando a legalidade das disposições da Administração Pública, invadindo espaço que não lhe é apto a divagar sem a colaboração de *experts* na matéria, tanto assim que os Ministros do STF fizeram uso de vários deles em audiência pública, para tentar uma decisão multifacetária e dialógica;

(v) a dignidade da pessoa humana é parâmetro para lidar com o conflito de direitos fundamentais relativos ao interesse público. Se certa política é a concretização de uma meta coletiva, mas implica a violação da dignidade humana de uma única pessoa, tal política deve ser preterida. É o mínimo que se exige de uma interpretação comprometida com o Estado Democrático de Direito.

Enfim, a audiência pública da ADPF 101, em que dois interesses antagônicos referidos apresentaram seus argumentos, reforçou o fator de legitimação social das decisões do STF, viabilizando, em consonância com o princípio democrático, a abertura<sup>96</sup> do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade das normas em consonância com a leitura de um “*direito comum*”. Mesmo assim, poderia ter sido mais cuidadosa a interferência do Supremo Tribunal Federal em tema que envolve complexas questões técnicas (meio ambiente e a importação de pneus) e políticas (a importação e exportação de certas mercadorias no âmbito do Mercosul).

Note-se que todo esse processo multiplicação de fontes e agências de decisão perturba as concepções tradicionais de ordem jurídica mundial e a própria ordem jurídica, porque há de fato uma descontinuidade da ordem jurídica, uma descontinuidade dos valores e essas “descontinuidades” afetam a organização entre os Poderes, nos moldes clássicos do Estado ou mesmo das organizações internacionais. A mera proibição da importação e prevalência da importação dos pneus ignora a normatividade do princípio da livre iniciativa, o art.4º parágrafo único da Constituição

---

<sup>96</sup> Sobre as audiências públicas como um forma de implementar uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**, Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 46-48.

e, entre outros o Tratado de Assunção. A mera permissão de importação, por outro lado, peca por não proteger devidamente a Declaração do Rio que trata do princípio do desenvolvimento sustentável, os dispositivos ambientais da Constituição de 1988.

Nessa atribuição de prevalência simplória feita pelo STF e pelo TPR ignora que a complexidade que a questão possui a necessidade de que a questão dos pneus seja pensada de forma internacionalizada e não simplesmente deixando o problema para o Uruguai. Nem um universalismo principiológico ingênuo, nem um relativismo cínico resolverão tal problema. Trata-se de uma questão ambiental que mereceria uma política comunitária do Mercosul comprometida em gerir esse passivo ambiental, cuja eficácia poderia legitimar a importação sem comprometer o meio ambiente. Mas o diálogo e cooperação entre os Estados e entre os órgãos do Mercosul é difícil, apesar de necessária, porque em um contexto em que as relações econômicas e sociais ultrapassam as fronteiras nacionais torna-se preciso internacionalizar o direito e as instâncias de decisão para dar respostas satisfatórias.

Daí a necessidade de compreender o direito para além da visão tradicional, a começar pela descontinuidade da ordem jurídica, é preciso enfatizar o monismo jurídico como um modelo completamente utópico, tal como pensando nos moldes kelsenianos que concebe a ordem jurídica como uma só, recolhendo normas internas e internacionais, pensando a partir da noção de um sistema escalonado de normas em que há uma hierarquia e subordinação da norma hierarquicamente superior em relação às demais. Seja o monismo com primazia do direito interno e da Constituição, seja o com primazia do direito internacional, fato é que existe uma descontinuidade entre as normas jurídicas que torna o monismo ainda que moderado e sua lógica hierárquica insuficiente para compreender e lidar com a realidade. Tanto é assim que ora se opera com uma lógica da complementariedade e ora com o princípio da subsidiariedade da ordem internacional em relação à nacional, como por exemplo, nos tratados europeus.

## CAPÍTULO 2 – A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL REGULATÓRIO: POR UMA GOVERNANÇA COM GOVERNO.

A crescente interdependência financeira e comercial levanta questões relevantes, de um lado, sobre uma governança global com base nos princípios da transparência, responsabilidade, controle externo independente, respeito aos direitos humanos e ao desenvolvimento sustentável. Por outro lado, desperta críticas sobre o que seria governança sem governo, um estado de direito sem estado e organizações que padecem do mal que pretendem sanar: déficit democrático.

A crítica, em linhas gerais, é que organizações internacionais como o Banco Mundial, o FMI e até a própria OCDE (Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico) deparam-se com uma preponderância dos atores econômicos, preponderantemente originários da esfera privada, e a necessidade de torná-los responsáveis e comprometidos com os direitos humanos e não apenas com os direitos dos mercados, sendo necessário, para tanto, reconhecer a emergência de novos atores cívicos na arena internacional, como as ONGs e o próprio ser humano.

O direito regulatório, como reconhece Mireille Delmas-Marty, destina-se a preservar o equilíbrio econômico e conduzir os diversos atores e diferentes poderes, estatais, econômicos e cívicos, a atuarem de acordo com determinadas diretrizes, em geral, de uma autoridade pública autônoma com a função de regular o mercado<sup>97</sup>.

A partir do momento em que os mercados econômicos se internacionalizaram com a globalização, deixou de ser possível restringir a regulação da economia e o direito regulatório como um problema atinente apenas ao Estado-nação. O desafio, portanto, da internacionalização desse direito constitucional regulatório envolve a superação de um “nacionalismo metodológico” por meio de uma maior abertura a propostas de agentes não estatais, como organizações internacionais ou redes não governamentais, para a governança<sup>98</sup>.

Já é possível falar hoje em um Direito internacional da regulação<sup>99</sup> para além das fronteiras nacionais, mas sem ignorar, o direito constitucional regulatório<sup>100</sup>. Nesse

---

<sup>97</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **La refondation des pouvoirs**. Paris: Éditions du Deuil, 2007, p 120 e ss.

<sup>98</sup> ARCHIBUGE, Mathias Koenig. Global regulation. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **The Oxford handbook of regulation**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 409 e ss.

<sup>99</sup> Essa lógica de pensar um direito da internacional da regulação insere-se no bojo de uma reflexão mais ampla sobre o direito internacional econômico, especialmente sobre o sistema de Bretton Woods, o papel

cenário de globalização, é preciso pensar a internacionalização desse direito constitucional regulatório que lida com a constituição econômica e as formas de intervenção do Estado no domínio econômico. Assim, a internacionalização significa tanto o uso de instrumentos regulatórios por diversos países do globo, quanto o crescimento da regulação como tema discutido em negociações internacionais e em supervisores transnacionais<sup>101</sup>.

Surgem no horizonte, à primeira vista, três modelos teóricos explicativos dos processos de reforma regulatória que se espalharam pelo mundo nesse novo contexto de internacionalização do direito constitucional regulatório: (i) O modelo “top-down”, ou seja, de cima para baixo onde a reforma surge de pressões exógenas ao Estado, oriundas, por exemplo, de organizações internacionais; (ii) O modelo de difusão, que por sua vez, decorre do aprendizado e mimetismo recíproco entre os países de seus processos de reforma regulatória; e (iii) O modelo “bottom-up” de baixo para cima, quando o avanço das reformas resulta de um balanço doméstico de poder ou de um estilo nacional específico<sup>102</sup>.

Para abordar o fenômeno da internacionalização do direito regulatório, será percorrido o seguinte roteiro que leva em conta a classificação da internacionalização do direito trabalhada por Mireille Delmas-Marty: (i) internacionalização ética e jurídica do direito regulatório – nesse ponto, investiga-se o direito ao desenvolvimento, considerando o papel da OCDE e o direito ao desenvolvimento como liberdade, como desenvolve Amartya Sen, e as novas formas de pensar a relação entre os direitos do mercado e os direitos humanos, pontuadas por Mireille Delmas-Marty; (ii) Internacionalização interestatal – nesse segundo eixo do presente capítulo, as ideias

---

do Banco Mundial, do FMI e do o GATT, temas que, embora importantes e afins, não desejamos aprofundar, sob pena incorremos numa digressão cuja contribuição será somente reflexa e indireta para pensar o objeto da presente dissertação. Cf. MACHADO, Jónatas E. M. **Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.445 e ss.

<sup>100</sup> Para reflexões do ponto da constituição econômica, ressaltando a análise econômica do direito e virada institucional para compreender a intervenção do estado no domínio econômico. Cf. CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

<sup>101</sup> Sobre a internacionalização da reforma regulatória, Cf. HAHN, Robert. **Reviving regulatory reform: a global perspective**. Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2000, p. 65 e ss.

<sup>102</sup> JORDANA, Jacint, LEVI-FAUR David; VOGEL, David. **The Internationalisation of Regulatory Reforms: The Interaction of Policy Learning and Policy Emulation in the Diffusion of the Reforms**. Disponível em:

<  
<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fpoli.haifa.ac.il%2F~levi%2FJLVBook12&ei=nz3nUJTDA5Oc8wSmr4C4CA&usg=AFQjCNHpNr7XuYEqWCiSNWQuKV84tUYWoQ> > Acesso em: <01.01.2013>

serão compendiadas usando os três modelos: top-down, difusão e bottom-up explicadas acima.

O primeiro, “*top-down*” realizará a exposição e análise crítica do conceito e propostas de governança para os Estados nos relatórios da OCDE para a Análise de Impacto Regulatório (AIR), que tem inspirado o PROREG na reconstrução do modelo regulatório brasileiro após 2008.

Já a partir da *difusão* recorre-se aos relatórios da OCDE sobre os modelos de AIR em diferentes países, destacando-se aqui como um mesmo instituto pode, devido à margem de apreciação nacional, ganhar contornos bem distintos, constatando que há neste modelo teórico o que Mireille Delmas-Marty chama de uniformização, típica desse modo pluralista de construção de um direito comum que estabelece enlaces e, a um só tempo, procura preservar a diversidade<sup>103</sup>.

Por fim, por meio da abordagem “bottom-up” apresenta-se brevemente o modelo do Estado constitucional regulador brasileiro, à luz dos possíveis modelos de regulação encontrados do pensamento da doutrina, inclusive no de Mireille Delmas-Marty, quais sejam, regulação, autorregulação, coregulação e metaregulação.

## **2.1. A INTERNACIONALIZAÇÃO ÉTICA E JURÍDICA DO DIREITO REGULATÓRIO PARA O DESENVOLVIMENTO: A O.C.D.E. E A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO EM PERSPECTIVA**

Devem ser listadas algumas obrigações constitucionais e fontes constitucionais e internacionais do direito ao desenvolvimento e, ao mesmo tempo, algumas ideias centrais do pensamento do professor do Amartya Sen. A partir desse marco teórico, pretende-se pensar o direito ao desenvolvimento, que não é tão novo quanto se pensa, nem tão antigo que seja dispensável a aproximação devagar e cautelosa que a doutrina brasileira tem realizado os últimos anos.

A discussão toma fôlego a partir da Declaração da ONU sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986, quando se afirmou expressamente a importância do desenvolvimento como uma forma incrementar a efetividade dos direitos humanos. A ideia foi destacar a necessidade de construir uma cooperação internacional eficaz, um

---

<sup>103</sup> Já trabalhamos anteriormente os conceitos de harmonização, uniformização e unificação, quando abordamos a integração jurídica, destacando que direito comum lida com os três fenômenos, mas se pauta eminentemente pela harmonização e não pela unificação.

ambiente internacional econômico mais favorável e oportunidades mais equitativas entre os países<sup>104</sup>.

Já são mais de 20 anos, o que não é um tempo tão curto na longa cadeia de gerações, dimensões ou gestações de direitos humanos fundamentais, em que o Direito ao desenvolvimento é classificado por alguns como membro da terceira geração por sua vinculação estreita com a fraternidade<sup>105</sup>. Resta saber, porém, quais são as obrigações, fontes e desafios, em especial para sua sindicabilidade jurídica que incorporar esse novo direito ao bloco de constitucionalidade brasileiro importa.

Uma consideração preliminar deve ser feita antes de ingressar no texto propriamente: a concepção “desenvolvimento” adotada aqui não se reduz à categoria “crescimento econômico”, mas, ao contrário, inclui uma dimensão *qualitativa*, vocacionada à adoção de uma postura do direito como elemento de transformação política e social.<sup>106</sup> Repita-se que não se associa a ideia de desenvolvimento ao mero “progresso” ou “enriquecimento da nação” (Adam Smith), mas sim à ideia de “bem-estar social” que pode ser apresentada tanto por liberais, quanto por marxistas. A tendência, é verdade, era a de associar progresso à produtividade, embora hoje os conceitos não sejam mais confundidos. Essa é a diferença entre crescimento econômico (aumento da produção de mercadorias e serviços e aumento da renda per capita) e desenvolvimento (além do crescimento, pressupõe a incorporação de variáveis como educação, trabalho, previdência, liberdades, distribuição de renda e outras)<sup>107</sup>.

No campo jurídico, isso pressupõe a afirmação e reafirmação simultânea das tradicionais normas constitucionais *programáticas*<sup>108</sup>, aquelas traçam fins para atividade estatal, não são meras recomendações ao legislador, bem como dos direitos humanos

---

<sup>104</sup> LAFER, Celso. **Prefácio**. In: PIOVESAN, Flávia, SOARES, Inês Virgínia Prado. (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 13-17.

<sup>105</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.569-70

<sup>106</sup> GRAU, Eros Roberto. **Notas preliminares à abordagem da relação entre direito e desenvolvimento**. Revista dos Tribunais n. 519, 1979, p. 14.

<sup>107</sup> ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito**. Florianópolis: Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina, 2002, p. 163 e ss.

<sup>108</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2007.

fundamentais, em especial, os direitos sociais, econômicos e culturais a serem implementados por meio de políticas públicas<sup>109</sup>.

Existem três níveis de obrigações relacionadas ao direito ao desenvolvimento: (i) filosófica; (ii) política; e (iii) jurídica ou legal<sup>110</sup>. Vejamos cada uma delas em mais detalhes.

Do ponto de vista filosófico, a perspectiva adotada influencia decisivamente as obrigações que se esperam extrair daqui. Do ângulo do contratualismo, o direito é visto como uma proteção contra a brutalidade ou disputas de propriedade do estado de natureza, que, no plano internacional, adquire a dimensão de que o conceito de desenvolvimento constituiria uma forma de contrato social global para promover vantagens na cooperação, almejando uma justiça distributiva entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. É por isso que o direito ao desenvolvimento requer a assistência e tratamento mais favorável dos países necessitados em uma virada rawlsiana. Propõe-se uma formulação de direitos para inclusão dos menos favorecidos. A partir de um desenvolvimento como liberdade, a pobreza representa uma privação das capacidades a ser superada pela redistribuição do produto do desenvolvimento econômico.<sup>111</sup>

Do ponto de vista político, o direito ao desenvolvimento varia de acordo com o jogo de interesses e poder, relacionando-se, no plano internacional, com a agenda política global para transferir recursos aos países pobres. A ideia central desse ponto é a divisão de responsabilidades e de oportunidades e, ainda, uma ponderação de interesses entre grupos de países com interesses distintos.

Já do ponto de vista jurídico, em linhas gerais, o direito ao desenvolvimento se consubstancia em metas e aspirações coletivas refletidas nas normas jurídicas, em especial, aquelas proposições que preveem direitos humanos e cujo núcleo é a dignidade da pessoa humana, mas que são interdependentes. É o caso da Carta das Nações Unidas ou do Pacto de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (1966). Desses documentos, resulta uma série de posturas das organizações internacionais, como a edição de

---

<sup>109</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Revisada e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49.

<sup>110</sup> MARKS, Stephen P. **Obligations to implement the right to development: philosophical, political and legal rationales**. In: PIOVESAN, Flávia, SOARES, Inês Virgínia Prado. (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 23 e ss.

<sup>111</sup> Uma contraposição entre as perspectivas consequencialistas e as associadas ao papel do direito na construção de uma sociedade mais justa pode ser vista em: SEN, Amartya. *Rights and agency*. **Philosophy and public affairs**, vol. 11, n.1, 1982, p. 3 e ss.

resoluções sobre o acompanhamento do estágio em que se encontram a implementação desses direitos pelos governos nacionais, bem como recomendações para estabelecer responsabilidades mútuas.

Na didática síntese de Flávia Piovesan, são três as dimensões centrais do direito ao desenvolvimento: (i) justiça social com efetivação de direitos sociais e civis; (ii) participação e *accountability* dos indivíduos para assegurar a livre elaboração das pautas de prioridades e para garantir a implementação e monitoramento das políticas de desenvolvimento; e (iii) programas e políticas nacionais de cooperação internacional para encorajar o desenvolvimento <sup>112</sup>.

É certo, por fim, que, apesar da literatura sobre o direito ao desenvolvimento ser de forte origem internacionalista, o desenvolvimento equilibrado e suas múltiplas questões filosóficas e jurídicas possuem desdobramentos no direito interno. O tema do desenvolvimento é complexo por envolver essa multiplicidade de pontos de vista filosóficos, políticos e jurídicos. O desenvolvimento visto como condição de fruição da liberdade (Amartya Sen) relaciona o processo de desenvolvimento de uma nação não apenas ao fator econômico, ao crescimento da economia em si, mas sobretudo ao fortalecimento das capacidades de escolha das pessoas para fruição de seus direitos e para concretização dos seus projetos existenciais. Destaca, por isso, a necessidade de se observar não apenas o PIB ou a taxa de crescimento econômico, mas também a expectativa de vida, as taxas e mortalidade e os índices sobre a capacidade das pessoas de ler e escrever e etc.<sup>113</sup> Nessa linha, a própria noção de direito é encarada não apenas como uma preocupação com as consequências, mas também a partir de uma avaliação ética/moral<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direito ao desenvolvimento – desafios contemporâneos**. In: PIOVESAN, Flávia, SOARES, Inês Virgínia Prado. (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.102 e ss.

<sup>113</sup> Um conceito de difícil tradução na obra de Amartya Sen é o de “entitlements”, cuja tradução literal levaria ao estranho termo em português intitulamentos, o qual a tradução livre para reforço das capacidades para fruição de direito parece mais apropriada. Sobre essa visão de desenvolvimento, Cf. SEN, Amartya. Development: which way? **The Economic Journal**, vol.93, no 372, 1983, p. 755 e ss.

<sup>114</sup> Para uma discussão mais profunda a respeito de considerações morais, direitos (rights) e a capacidade de agir (agency), Cf. SEN, Amartya. Rights and agency. **Philosophy and public affairs**, vol. 11, n.1, 1982, p. 3 e ss. Para essa relação entre direito e moral, Cf. tb. HART, Herbert. L. Are there any natural rights? **The Philosophical Review** vol. 64, n. 2, 1955, p. 175 e ss. Do mesmo autor, Cf. **Direito, liberdade e moralidade**. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987.

A construção de uma sociedade justa, por isso, passa pelo respeito das pessoas em primeiro lugar<sup>115</sup>, colocando seus direitos e posições como o direito à vida ou à liberdade num patamar mais elevado de importância. Para construção desse modelo de desenvolvimento, devem-se garantir direitos aos menos necessitados e igualmente estruturar um governo a partir das razões<sup>116</sup>. Isso porque esse processo de argumentação pública racional<sup>117</sup> tende a favorecer a proteção dos mesmos e resulta na otimização das escolhas públicas no processo mais justo. A democracia, com isso, é encarada como um fator catalisador do planejamento estatal e da própria economia de mercado, na medida em que a crítica dos que não concordam com certos prognósticos ou avaliações levantam mais informações e análises sobre os dados econômicos e as políticas públicas, de modo a abandonar, remodelar ou aprofundar essa mesma política.

Não ignoramos a existência de outras leituras possíveis sem um recorte antropocêntrico do processo de desenvolvimento que vem sendo empreendidas em especial no âmbito do novo constitucionalismo latinoamericano<sup>118</sup>. No entanto, abordá-las escapa ao marco teórico adotado na presente dissertação de mestrado, de modo que será com essa base que passaremos a verificar os dispositivos jurídicos que dão sustentação normativa ao direito ao desenvolvimento do ângulo internacional e nacional. Mais do que isso, a regulação para o desenvolvimento econômico e social é

---

<sup>115</sup> SEN, Amartya e KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. Trad. Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

<sup>116</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. Do mesmo autor, Cf. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

<sup>117</sup> Não desejo aprofundar aqui nem as noções de “razão pública” de John Rawls, nem as noções de Amartya Sen de um “posicionamento objetivo” que considere múltiplos pontos de vista. Cf. SEN, Amartya. Positional objectivity. **Philosophy and public affairs** vol. 22, n. 2, 1993, p. 123 e ss.

<sup>118</sup> Não desejamos explorar a concepção de desenvolvimento como bem viver/sumak kawsay, típica do novoconstitucionalismo latinoamericano no qual o homem é visto como um integrante da mãe terra (pachamama) e a natureza chega a ser vista como sujeito de direito. Um movimento e ideias relevantes para repensar nossa cultura e tradição, mas que dariam origem a outra dissertação de mestrado. Sobre o tema, Cf. PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. **¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?** VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional: Constituciones y principios. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2010. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; GOMES, Camila Beatriz Sardo. O novo constitucionalismo latino-americano. In: VIEIRA, José Ribas; CARVALHO, Flávia Martins (orgs.). **Desafios da constituição: democracia e Estado no século XXI**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2011. AMANI, Fernando Huanacuni. **Buen vivir/vivir bien: filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas**. Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAOI, 2010, p. 24-50 FARAH, Ivonne; VESASPOLLO, Luciano (coords.). **Vivir bien: ¿Paradigma no capitalista?** La Paz: Plural, 2011, p. 77-93; 133-145 SANTOS, Boaventura Sousa. **Refundación del Estado em América Latina: Perspectivas des uma epistemologia del sur**. Lima: IIDS, 2010. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La pachamama y el humano**. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012

impraticável sem uma preocupação com acesso das pessoas a bens e serviços essenciais<sup>119</sup>.

As fontes do direito ao desenvolvimento<sup>120-121</sup> possuem previsão tanto no plano interno quanto no plano internacional. Diversos dispositivos constitucionais preveem tal direito. Diversas fontes internacionais podem ser usadas para fundamentar tal direito, como os tratados, o costume internacional e os princípios gerais do direito, que são reconhecidas como fontes do direito internacional pelo art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, ou, até mesmo, fontes auxiliares como a jurisprudência e doutrina internacional.

Vejamos as principais normas e principais pontos de conexão que cuidam do assunto destacam a importância do mencionado direito.

No plano interno, a Constituição de 1988 assegura, em seu preâmbulo, a necessidade de prever um estado democrático de direito que promova o desenvolvimento. Em seguida, no art. 3º, elenca o desenvolvimento nacional entre os objetivos fundamentais da república federativa do Brasil. Incumbe, ainda, no art. 21, IX, a União da elaboração de planos de desenvolvimento econômico e social no plano regional e nacional, instituindo inclusive, no art. 23, a necessidade de leis complementares que disponham sobre a cooperação entre os entes federativos para alcançar tais objetivos. O art. 151, I (tributação uniforme no território nacional) poderia ser elencado, mas, como já se pode ver nestes, a ideia de desenvolvimento aparece de forma transversal ao longo de toda a Constituição e com os mais diversos adjetivos e qualificações, como desenvolvimento equilibrado, sustentável, nacional e da tecnologia.

O art. 174, por sua vez, prevê que o planejamento estatal é obrigatório para o setor público e facultativo para o setor privado e, nesse mesmo dispositivo, o estado é reconhecido como agente normativo e regulador da ordem econômica. Mas é o art. 174, §1º que dispõe que a lei deve prever as diretrizes para o desenvolvimento nacional

---

<sup>119</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação, desenvolvimento e meio ambiente. In: **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 25.

<sup>120</sup> ANJOS FILHO, Robério Nunes do. **Fontes do direito ao desenvolvimento no plano internacional**. In: PIOVESAN, Flávia, SOARES, Inês Virgínia Prado. (Coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 117 e ss.

<sup>121</sup> FACHIN, Melina Girardi. **Direito fundamental ao desenvolvimento – direito fundamental ao desenvolvimento – uma possível ressignificação entre a Constituição brasileira e o sistema internacional e proteção dos direitos humanos**. In: PIOVESAN, Flávia, SOARES, Inês Virgínia Prado. (Coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 179 e ss.

equilibrado. O dispositivo fornece o ensejo para relacionar a regulação com o direito ao desenvolvimento<sup>122</sup>, porque, se regulação e planejamento estão dispostos no mesmo artigo, é razoável antever custos, almejar benefícios e avaliar impactos possui direta ou indiretamente uma relação sinérgica com o desenvolvimento nacional.

Assim do ângulo jurídico, a preocupação é que essa forma de intervenção do Estado no domínio econômico sirva para promover o desenvolvimento econômico por meio de três sentidos. O primeiro sentido diz respeito à promoção de uma maior eficiência alocativa - e não apenas produtiva -, capaz redistribuição de recursos para expandir o consumo de liberdade das pessoas. O segundo refere-se à diluição dos centros de poder econômico e político através de difusão do conhecimento econômico. Por fim, revela-se igualmente importante a cooperação individual e coletiva entre os agentes econômicos e sociais<sup>123</sup>.

É verdade que tradicionalmente parece que o planejamento anda associado obrigatoriamente à intervenção direta, enquanto a regulação guardaria alguma distância, tendo em vista a necessidade de respeitar a concorrência e o planejamento facultativo para o setor privado<sup>124</sup>. Parece, porém, que a necessidade de coordenar e planejar as políticas macroeconômicas regulatórias, que vem sendo desenvolvidas recentemente no Brasil, especialmente no âmbito do PRO-REG que será abordado no momento oportuno, permitem imprimir um olhar para uma regulação com planejamento. Assim a Análise de Impacto Regulatório, segundo nosso entendimento, pode ser fundamentada constitucionalmente nesse dispositivo, compreendendo-a como uma ferramenta central para a construção racional e empírica de uma regulação preocupada em induzir desenvolvimento humano e econômico com a participação do setor privado.

Não é possível deixar de mencionar o principal artigo da Constituição brasileira que diz respeito ao desenvolvimento: o art. 225, o qual assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como um bem de uso comum do povo para garantir a qualidade de vida das pessoas. O dispositivo impõe, por isso, ao Poder

---

<sup>122</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Editora Forense, 2009, p. 38.

<sup>123</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.48

<sup>124</sup> Há quem defenda que nos setores regulados não há planejamento econômico no sentido disposto do art. 174 da Constituição. O argumento é que o planejamento relaciona-se à intervenção direta e é obrigatório para o setor público, enquanto, para o setor privado, é facultativo, não impositivo justamente porque opera na lógica da concorrência. Por essa razão, conclui-se que a imposição estatal dependeria de intervenção legislativa. Nesse sentido, Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 118 e 173.

Público e à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para às presentes e futuras gerações. Note-se que sustentabilidade almejada aqui constituiu um pressuposto do direito fundamental à vida<sup>125</sup>, possuindo a Constituição brasileira uma visão antropocêntrica do processo de desenvolvimento que parece coerente com a presente leitura. O art. 225 deve ser lido em conjunto com o art. 174, de modo que planejamento democrático, regulação e o desenvolvimento caminhem juntos<sup>126</sup>.

Já no plano internacional, um dos principais e mais citados documentos sobre o direito ao desenvolvimento é a Declaração da ONU sobre o direito ao desenvolvimento de 1986<sup>127</sup>. O documento adota o que se convencionou chamar de *human rights-based approach* ao direito ao desenvolvimento, isto é, a visão de que o desenvolvimento revela-se uma condição *sine qua non* da autodeterminação individual e dos povos.

O desenvolvimento do qual se fala não é exclusivamente de ordem econômica, mas também de ordem política, social e cultural, razão pela qual, pela leitura da convenção, não basta o crescimento da riqueza da nação, sendo indispensável a cooperação política entre as nações como forma de promover o intercâmbio cultural para promoção de uma justiça social, com a implementação de direitos como a moradia e alimentação, não apenas no plano interno, mas também entre as nações. É o que se pode constatar pela leitura, especialmente, nos arts. 2, 3, 6, 7 e 8<sup>128</sup>.

Um desdobramento institucional particularmente interessante do direito internacional ao desenvolvimento pode ser encontrado na existência e funcionamento da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Sua missão é estimular políticas públicas no mundo para promover o crescimento econômico e incrementar o bem estar das pessoas. Como sujeito da sociedade internacional, essa organização internacional intergovernamental constitui um importante fórum multilateral permanente para que os governos possam compartilhar experiências e buscar soluções para problemas comuns. Ela funciona como um verdadeiro “think tank”, uma usina de ideias, que, no caso do instituto ora estudado, como bem colocou

---

<sup>125</sup> SILVA, José Afonso. **Direito constitucional ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>126</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação, desenvolvimento e meio ambiente. In: **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 15 e ss.

<sup>127</sup> A declaração referida foi aprovada pela Resolução 41/128 da Assembleia Geral da ONU em 4 de dezembro de 1986.

<sup>128</sup> Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/law/rtd.htm>

Carina Cavalcante Coelho, “A OCDE, por seu turno, tem cumprido a função na catarse de circulação das idéias, reflexões e experiências de AIR.”<sup>129</sup>

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é uma organização intergovernamental, cuja preocupação com o desenvolvimento está inscrita na sua gênese. Antes mesmo do seu surgimento com esse nome, foi criada a Organização Europeia para Cooperação Econômica (OECE), como parte do plano Marshal<sup>130</sup> para reconstrução da Europa no pós-guerra. Passando a um estágio global, com a adesão do Canadá e os Estados Unidos em 1960, surge oficialmente a OCDE com a adoção da Convenção em 1961. Atualmente, a Organização conta com 34 membros e alguns países negociando sua integração (como a Rússia) ou em processo de engajamento alargado (*enhanced engagement*), tais como a China, Indonésia, África do Sul e Brasil.<sup>131</sup>

Segundo a Convenção que dá origem a OCDE, há três propósitos fundamentais previstos no art. 1º: promover o nível mais elevado sustentável de crescimento econômico e emprego; contribuir para o desenvolvimento econômico de membros e não membros; e contribuir para expansão do comércio multilateral mundial sem discriminação. Na procura de tais objetivos, o art. 2º prevê que seus membros concordam em utilizar os recursos econômicos de forma eficiente; em encorajar a pesquisa e o treinamento de vocações científicas e tecnológicas; e em reduzir ou abolir os obstáculos às trocas de bens e serviços. O art. 3º, por sua vez, destaca a necessidade de manter e fornecer informações na OCDE, consultas recíprocas, participar de projetos e cooperar em ações coordenadas. A Organização, segundo o art. 5º, pode tomar decisões vinculantes, fazer recomendações e entrar em acordos com os membros.<sup>132</sup>

A maioria dos documentos e estudos sobre as reformas regulatórias e a análise de impacto regulatório que serão abordados mais adiante neste capítulo constituem recomendações e não decisões ou compromissos internacionais com efeitos vinculantes. Nem por isso se trata de um tema menor. Pelo contrário, são áreas centrais de sua

---

<sup>129</sup> COELHO, Carina Cavalcante. **Reforma Regulatória no contexto brasileiro**. Dissertação do Mestrado em Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas, sob a orientação da prof. Alketa Peci, sem data, p. 27.

<sup>130</sup> Não é necessário aprofundar dados históricos sobre o Plano Marshall. Sobre o tema, confira-se o discurso de George Catlett Marshall sobre o mesmo na Universidade de Harvard em 1947: <http://www.oecd.org/general/themarshallplanspeechatharvarduniversity5june1947.htm>

<sup>131</sup> <http://www.oecd.org/about/history/>

<sup>132</sup> <http://www.oecd.org/general/conventionontheorganisationforeconomiccooperationanddevelopment.htm>

atuação temas, como a regulação e a governança, o desenvolvimento econômico sustentável e estratégias para inovação<sup>133</sup>. Adota-se claramente uma visão de desenvolvimento preocupada com o crescimento econômico. Pretende-se que, inspirado pela mencionada Declaração da ONU sobre o Desenvolvimento de 1986 aprimore-se a relação norte e sul em melhores condições de igualdade, equidade, não discriminação e participação. Para tanto, alguns especialistas sugerem inclusive a adoção na OCDE de uma Comissão de assistência ao Desenvolvimento econômico para aprimorar a cooperação entre países desenvolvidos e em desenvolvimento e, ainda, reconhecem as dificuldades e limitações práticas de uma participação, influência e *accountability* efetiva dos grupos nacionais afetados<sup>134</sup>.

O Brasil ainda não é membro pleno da OCDE. É um país observador que vem aprofundando a sua participação desde 1999, com a assinatura de convenções, como a que trata sobre prevenção e combate à corrupção, por exemplo. É verdade, todavia, que o Brasil tem participado de diversos comitês da OCDE para o chamado “*engajamento ampliado*” que o coloca ora com uma participação plena (ex: Comitê Diretivo do Centro de Desenvolvimento), ora com uma participação como observador (ex: Comitê de governança pública). A OCDE chegou a criar um programa específico para estudar a economia brasileira e para fazer recomendações.<sup>135</sup> Já o governo brasileiro, em sintonia, criou um ponto de contato nacional para a implementação das diretrizes da instituição.<sup>136</sup> Impõe-se, portanto, compreender melhor os riscos e potencialidades desse diálogo Brasil-OCDE para o processo de desenvolvimento e para o Estado regulador brasileiro.

Ainda que não houvesse as previsões constitucionais, a Declaração da ONU de 1986 ou instituições como a OCDE, há quem defenda que o direito ao desenvolvimento poderia ser visto tanto como uma norma costumeira em desenvolvimento acelerado pelo processo de descolonização, quanto como um princípio geral de direito, se compreendido além de sua dimensão meramente econômica. Até por isso, outros documentos poderiam ser citados, porque existe uma profusão de normas e instituições

---

<sup>133</sup> Sobre a missão da OCDE, é possível encontrar tais informações no site oficial da mesma: <http://www.oecd.org/about/> Acesso em: < 19.01.2013>

<sup>134</sup> NWAUCHE, E. S. e NWOBKIE, J. C. Implementação do direito ao desenvolvimento. **Revista Internacional de Direito Humanos n.2**, sem data. Disponível em: < <http://www.surjournal.org/>> Acesso em: <19.01.2013>

<sup>135</sup> <http://www.oecd.org/brazil/>

<sup>136</sup> <http://www.fazenda.gov.br/sain/pcn/PCN/ocde.asp>

que dispõem sobre o tema, o que é típico do atual contexto de internacionalização do direito<sup>137</sup>. Mas se optou por perder em extensão para ganhar em precisão. É que menos às vezes é mais. Centrar na OCDE e suas recomendações permite uma leitura mais profunda e precisa das reformas regulatórias sugeridas e em especial, e da análise de impacto regulatório em particular, como uma forma de estimular o desenvolvimento. Ao mesmo tempo, tal estratégia possui a virtude de ser capaz de estabelecer as conexões necessárias entre o marco teórico adotado e o objeto da dissertação propriamente dito.

## 2.2. INTERNACIONALIZAÇÃO INTERESTATAL DO DIREITO REGULATÓRIO PARA O DESENVOLVIMENTO

Como já foi esclarecido existem três modelos explicativos, quando se aborda o direito internacional regulatório: (i) o “top-down”, que considera a reforma regulatória como resposta a múltiplos fatores, tal qual uma resposta às instâncias políticas nacionais a pressões internacionais; (ii) “diffusion”, a difusão de modelos institucionais a partir da reprodução, transplante, cópia, aclimação ou inspiração da reforma de um determinado país em outro que passa a reproduzi-lo por ver o sucesso de uma dada reforma; e (iii) o “bottom-up”, que se relaciona a um resultado do balanço doméstico de poder ou ao resultado de um estilo nacional específico.

Essas três maneiras de explicar as reformas regulatórias<sup>138</sup> são perfeitamente possíveis de serem adotadas para o estudo da análise de impacto regulatório, já que esta

---

<sup>137</sup> Existem diversos documentos internacionais e regionais que, em alguma medida, reconhecem o direito ao desenvolvimento. Pretendemos ampliar posteriormente a pesquisa e já mapeamos alguns deles. Nesse sentido, confira-se: Carta africana de direitos humanos 27 de junho de 1981, Pacto da sociedade das Nações 1919, art 23, Carta das nações unidas 1945, preâmbulo, art. 1º, §§2º e 3º, art. 55 a 60, 62, Ato de constituição da Organização das Nações Unidas para agricultura e alimentação (FAO), Convenção de criação da UNESCO (1945) preâmbulo, Constituição Mundial de Saúde OMS 1946, art. 1º Ato constitutivo da União africana 2000, preâmbulo, arts. 3º e 4º, Tratado de Lisboa 2007, preâmbulo; art. 2º, 3º 6º, Carta de constituição dos estados americanos 1948, preâmbulo arts. 2, 3, 30 a 52 93 a 98, Pacto internacional de direitos civis e políticos – 1966 art. 1º, §1º 2º, 2º 6º 8º 12 14 18, 19, 23. 4º 25, 26, 27 28 45, Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais 1966 – preâmbulo, arts. 1º §1º e 2º, § 6º, 7º, 8º, 9º 10 11, 12, 13, 14 e 15, Carta de Banjul art 22, Convenção Europeia de direito humanos ou convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais art. 24 195, Pacto de São José da Costa Rica 1969, art. 26 e preâmbulo, Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento (1992) e Conferência de Viena de 1993. Para um estudo sistemático sobre as fontes do direito ao desenvolvimento, Cf. ANJOS FILHO, Robério Nunes do. **Fontes do direito ao desenvolvimento no plano internacional**. In: PIOVESAN, Flávia, SOARES, Inês Virgínia Prado. (Coord.). Direito ao desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 117 e ss.

<sup>138</sup> JORDANA, Jacint, LEVI-FAUR David; VOGEL, David. **The Internationalisation of Regulatory Reforms: The Interaction of Policy Learning and Policy Emulation in the Diffusion of the Reforms**.

se insere no bojo das propostas reforma regulatória como um elemento central, por exemplo, ao constituir uma recomendação como instrumento para melhorar a qualidade regulatória por organizações internacionais como a OCDE.

### **2.2.1. Estratégia explicativa de cima para baixo (top-down): a análise de impacto regulatório recomendada pela OCDE e os desafios do direito regulatório mundial**

A análise de impacto regulatório (AIR) encontra-se em muitas recomendações e propostas da OCDE (Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico) para construir uma “*regulação de alta qualidade*”, o que será útil à promoção do desenvolvimento econômico e também humano. Uma regulação de baixa qualidade se traduz em aumento do custo para os negócios (custo-Brasil, por ex.), aumento da complexidade e insegurança jurídica e dificuldade para que os governos atinjam as metas de desenvolvimento econômico<sup>139</sup>.

Por “regulação de alta qualidade”, no marco da OCDE, entende-se a regulação: (i) democrática que incorpore técnicas de participação e controle; (ii) transparente por ser inteligível e de fácil acesso; e (iii) eficiente do ponto de vista técnico. A Análise de Impacto Regulatório é o principal instrumento para se evitar isso e construir uma regulação que leve os fatos a sério, permitindo coletar dados pela participação popular e realizar o controle por exigir uma justificação mais clara.

Diversos documentos e estudos da OCDE vêm destacando a importância de implementar a AIR para o desenvolvimento do país. É verdade que ainda é necessário alargar a concepção de “desenvolvimento” como pressuposto da liberdade e da efetivação dos direitos fundamentais, tal como trabalhamos anteriormente. Em primeiro lugar, destaca-se a necessidade de criar uma base verdadeiramente empírica para o direito como um todo<sup>140</sup> e para o direito constitucional e internacional regulatório em

---

Disponível em: <  
<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fpoli.haifa.ac.il%2F~levi%2FJLVBook12&ei=nz3nUJTDA5Oc8wSmr4C4CA&usg=AFQjCNHpNr7XuYEqWCiSNWQuKV84tUYWoQ>> Acesso em: <01.01.2013>

<sup>139</sup> OECD. **Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)**, 2008.

<sup>140</sup> No âmbito do programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, tem se discutido a necessidade e importância da pesquisa empírica para o desenvolvimento do direito, que até então possui uma baixa integração na área jurídica. Mas muito ainda precisa avançar de modo a integrar a pesquisa empírica em outros ramos do direito que se inspirem na sociologia jurídica sem limitar-se aos conteúdos clássicos dessa. Cf.. Para mais detalhes, Cf. VERONESE, Alexandre K. O

particular<sup>141</sup>. Recentemente, alguns autores, como Cass Sunstein, vêm destacando a importância de a regulação ser lastreada empiricamente, reportando inclusive a AIR e destacando, por exemplo, a importância de um processo em que a informação esteja disponível, acessível, vívida e saliente, bem como essa mesma informação seja o mais completa possível, clara e simples para promover parcerias entre o público e o privado<sup>142</sup>. Em segundo lugar, destaca-se a necessidade de adotar práticas regulatórias que evitem a regulação via “comando e controle” por uma regulação amigável, racional e participativa por meio de consultas e audiências públicas abertas aos interessados.

Embora na década de 1980 poucos países adotassem expressamente a AIR, a partir dos anos 90, com a divulgação de alguns relatórios pela OCDE<sup>143</sup>, o número cresceu exponencialmente, o que se deve tanto a difusão do instituto quanto a uma reengenharia do sistema internacional como um todo, por exemplo, pelo fortalecimento de instituições que defendem uma liberalização do comércio internacional, como a OMC (Organização Mundial do Comércio). Não é que não existissem procedimentos e cuidados prévios nas Agências Reguladoras (e fora delas) antes de se etiquetar o processo com o nome de Análise de Impacto regulatório. Existiam pareceres, *checklists* e audiências públicas, por exemplo. Mas a partir dos anos 90 e 2000 se deu um avanço bastante expressivo do ponto de vista metodológico em relação às exigências desses cuidados procedimentais, como se perceberá resumido em ordem cronológica a seguir.

Em 1993 e 1995, a OCDE aprovou recomendações no sentido de incrementar a qualidade da regulação governamental, enfatizando que a qualidade da regulação relaciona-se à qualidade de vida dos cidadãos, porque as regras se internacionalizam e as regulações nacionais acabam por afetar o sistema econômico mundial. Essas recomendações preveem expressamente a internacionalização dos processos de

---

**problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área de direito: uma perspectiva brasileira da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio de Janeiro.** Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre\\_veronese2.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_veronese2.pdf)> BARROS GERALDO, P. H.; FONTAINHA, F. DE C.; VERONESE, A. K. **Sociologia empírica do direito: Uma introdução.** Revista Ética e Filosofia Política, v. 2, n. 12, p. 1-13, jul 2010. E GERALDO, Pedro Heitor Barros. **Direito e políticas públicas.** Disponível em: [http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2012/05/15\\_1\\_barrosgeraldo1.pdf](http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2012/05/15_1_barrosgeraldo1.pdf) Acesso em: < 26.06.2012.>

<sup>141</sup> OECD. **Regulatory policies in OECD countries: from interventionism to regulatory governance**, 2002.

<sup>142</sup> Destacando a importância de apoiar a regulação em bases fortes bases empíricas, Cf. SUNSTEIN, Cass. Empirically informed regulation. **The University of Chicago Law Review** n. 78, 2011, p. 1349 e ss.

<sup>143</sup> OECD. **Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)**, 2008.

produção normativa que força os governos a procurar, sem deixar de reconhecer suas tradições administrativas, soluções inovadoras, tendo em conta os possíveis efeitos transfronteiriços da regulação governamental, bem como por acordos para harmonização e coordenação. A proposta central desse documento é o *checklist*<sup>144</sup> para orientar o aprimoramento da qualidade da regulação. Algumas perguntas centrais nesse documento são:

1. O problema foi corretamente definido?
2. A ação do governo foi justificada?
3. A regulação é a forma mais indicada de intervenção governamental?
4. Existe base legal à intervenção regulatória?
5. Qual o nível de governo indicado para essa intervenção governamental?
- 6. Os benefícios da regulação justificam os custos?**
7. Os efeitos distributivos são transparentes à sociedade?
8. A regulação é considerada clara, consistente, compreensível e acessível aos usuários?
9. Todas as partes interessadas tiveram a oportunidade de expressar suas opiniões?
10. Como se dará o cumprimento da regulação?<sup>145</sup>

Como se pode ver, há nesse *checklist* uma previsão análoga a de uma AIR, quando se levanta a preocupação especialmente com os benefícios e os custos, tal como consta no item 6, por exemplo. Não se usa o nome “AIR”, mas já havia a preocupação com os impactos regulatórios e em como “regular os reguladores”, combinando propostas preocupadas com políticas, ferramentas e instituições capazes de aprimorar a qualidade da regulação. Em relação a esse ponto, as análises de impacto regulatório, segundo as recomendações da OCDE, não devem ser deixadas exclusivamente a cargo das agências reguladoras. A qualidade e a consistência das AIR devem ser compartilhadas entre os ministérios e as agências, de preferência por uma central que controle a qualidade. A razão é que os ministros não deixam em maior ou menor medida

---

<sup>144</sup> Já havia antes disso uma Recomendação da OCDE nesse sentido, **The Design and uses of checklist in OECD countries** (1993). Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD%2893%29181&docLanguage=En> Acesso em: <26.06.2012.>

<sup>145</sup> OECD. **Recommendation of the council of the OECD on improving the quality of government regulation (adopted on 9 march 1995), including the OECD reference checklist for regulatory decision-making and background note.** 1995 Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD%2895%2995&doclanguage=en> Acesso em: <26.06.2012.>. Sobre o tema, Cf. Valéria Athayde Lima Fontelles. **Avaliação de impacto regulatório e sua aplicação no Brasil.** Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Políticas públicas, estratégias e desenvolvimento do Instituto de economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2010, p. 80.

de serem responsáveis por esboçar regulações e AIRs, já que estas servem para incrementar as habilidades, cultura e *accountability* das entidades reguladoras e, ao mesmo tempo, demandam a melhor informação e expertise. A AIR possibilita uma mudança cultural nos ministérios e na Administração, questionando e executando corretamente a regulação<sup>146</sup>.

Em 1997, a OCDE publicou um relatório de práticas de boa regulação e outro relatório sobre os princípios para aperfeiçoar a regulação, que sublinham os objetivos dessa agenda para reforma regulatória. A proposta era incrementar as economias nacionais e fornecer uma maior capacidade para lidar com mudanças, enfatizando o propósito de estabelecer um mercado aberto e que reduza os fardos regulatórios e, ao mesmo tempo, moldar e estimular esse mercado para atingir o interesse público<sup>147</sup>. No relatório, chama-se atenção para o potencial da análise de impacto regulatório em identificar esses fardos de modo a facilitar a revisão de normas e diretrizes anticompetitivas, bem como em estimular caminhos alternativos ao identificar outras opções com custos e benefícios diversos, o que possibilita a promover inovações institucionais e procedimentais<sup>148</sup>.

Para tanto, é necessário as “melhores práticas”, como chamou a OCDE ao identificar 10 ações nos diversos países com tal propósito:

1. Maximizar o compromisso político com o RIA;
2. Alocar cuidadosamente a responsabilidade para o programa do RIA;
3. Treinar os reguladores;
4. Utilizar um consistente, mas flexível método analítico;
5. Desenvolver e implementar estratégias para coletar a informação;
6. Destinar esforços para o RIA;
7. Integrar o RIA com o processo de tomada de decisão política, tão cedo quanto possível;
8. Comunicar os resultados;
9. Envolver o público extensivamente.
10. Aplicar o RIA para a regulação existente e para a nova.<sup>149-150</sup>

---

<sup>146</sup> OECD. **Regulatory policies in OECD countries: from interventionism to regulatory governance**, 2002.

<sup>147</sup> OECD. **Guiding principles for regulatory quality and performance**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/24/6/34976533.pdf>> Acesso: <26.06.2012.>

<sup>148</sup> OECD. **Reports on regulatory reform synthesis**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/17/25/2391768.pdf>> Acesso em: <26.06.2012>

<sup>149</sup> OECD. Executive Summary In: **Regulatory Impact Analysis: Best practices in OECD countries**. Paris, 1997, p. 7. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/21/59/35258828.pdf>> Acesso em:<30.06.2012>

Influenciada pelo *checklist* anteriormente citado, essa lista de ações condensa as informações mais importantes sobre a AIR. Ela é o ponto de partida que influenciará todos os demais estudos no âmbito da OCDE sobre a Análise de Impacto Regulatório. Não é exagero nenhum dizer que compreender a AIR, nos moldes da OCDE, é entender cada um dos elementos dessa lista, atribuindo-lhes o devido peso e importância. Repita-se que não se trata de um exagero, porque essa lista é citada ou mencionada exaustivamente nos relatórios e estudos posteriores da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico<sup>151</sup>.

Em 2002, por exemplo, foi lançado um guia para estimular a chamada “governança regulatória” sobre as políticas da OCDE no qual constava as referências ao mesmo. Inicialmente, foram lembradas as recomendações de 1993 e 1995 e, em seguida, foi destacado o crescimento do número de países dotados de Análise de Impacto Regulatório (AIR) e com esclarecimento mais preciso de que se trata método de tomada de decisão entre diversos métodos para alcançar decisões regulatórias. Seu objetivo é auxiliar e não substituir a decisão política, razão pela qual esse caminho auxiliar pode se dar de vários modos, por exemplo, (i) *expert* – a decisão é tomada por um especialista, que pode ser regulador ou externo, com base em um juízo profissional; (ii) consenso – a decisão é tomada pelo grupo de partes interessadas por uma ponderação dos interesses envolvidos; (iii) política – representantes políticos eleitos tomam a decisão no bojo do processo político; (iv) benchmarking – decisão tomada com base em um modelo externo, por exemplo, decorrente da regulação internacional; e (v) empírica – decisão tomada com base em fatos e análises pautadas por parâmetros definidos.<sup>152</sup>

---

<sup>150</sup> Para um breve comentário a respeito Cf, COELHO, Carina Cavalcante. **Reforma Regulatória no contexto brasileiro**. Dissertação do Mestrado em Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas, sob a orientação da prof. Alketa Peci, sem data.

<sup>151</sup> Exemplificativamente, podemos citar trecho do prefácio do documento OCDE. **Regulatory Impact Analysis: a tool for policy coherence**. 2009. Disponível em < [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/regulatory-impact-analysis\\_9789264067110-en](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en)> Acesso em: <03.07.2012> : “Desde a publicação de 1997 de Regulatory Impact Analysis: Best practice in OECD countries, a OCDE tem continuado a analisar e pesquisa recursos metodológicos e experiências de outros países com a implementação da AIR. Essa publicação construiu e atualizou todo o trabalho prévio da OCDE.” (tradução livre nossa)

<sup>152</sup> OECD. **Regulatory policies in OECD countries: from interventionism to regulatory governance**. Disponível em: < [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/regulatory-policies-in-oecd-countries\\_9789264177437-en](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/regulatory-policies-in-oecd-countries_9789264177437-en)> Acesso em: <26.06.2012>

O documento explica que a decisão regulatória consubstancia um combinado desses métodos, variando de acordo com a cultura nacional, as tradições políticas, o estilo administrativo e o assunto em questão. Aponta, por exemplo, o consenso como típico da cultura regulatória da Holanda e os dados empíricos, dos Estados Unidos. Destaca, ainda, que o *benchmarking*, essa decisão com base em modelos estrangeiros, seria mais comum nos países menores.

A doutrina tem se esforçado por encontrar uma definição da Análise ou Relatório de Impacto Regulatório. Jacobs Scott, por exemplo, chama atenção para o fato do Relatório ou avaliação de Impacto Regulatório (RIA) ser um método empírico para tomada de decisão, ou seja, orientado por uma análise de fatos que podem envolver, por exemplo, impactos ambientais, em grupos indígenas, em pequenas empresas, nos governos subnacionais ou comércio internacional<sup>153</sup>.

A OCDE, inspirada no artigo de Jacobs H. Scott, considerando esses elementos, define o instituto da seguinte forma:

*Em qualquer desses casos, RIA é uma ferramenta de decisão, um método de i) sistemática e consistentemente examinar potenciais impactos oriundos das ações governamentais e de ii) comunicar as decisões as tomadores de decisão. Ambos a análise e a comunicação são aspectos cruciais.*<sup>154</sup>

Em primeiro lugar, essa característica do instituto será muito importante para compreender e criticar o modo como certas AIRs começaram a ser feitas no Brasil e que muito precisa ser feito para evitar um enlace fraco com os fatos e a análise da realidade brasileira. Além dos recursos do método empírico mais consistente, o uso do método comparado, porém, deve sim ser estimulado para tomada de decisões racionais, ao invés de simplesmente pelo hábito, o que não significa uma mera importação acrítica. O modelo estrangeiro deve ser exemplo e não paradigma.

Em segundo lugar, enxergar a AIR, dessa forma, permitirá um debate público mais qualificado e informado, tendo em vista que ele servirá não raro para desmarcar grupos de interesses encobertos pelo processo político de tomada de decisão. Justamente por isso compreende a função da AIR em promover transparência e

---

<sup>153</sup> SCOTT, Jacobs H. An overview of Regulatory Impact Analysis in OECD countries. In: **Regulatory Impact Analysis: Best practices Countries**. OECD, 1997, p.13. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/21/59/35258828.pdf>> Acesso em: <1.07.2012>

<sup>154</sup> OECD. **Regulatory policies in OECD countries: from interventionism to regulatory governance**, 2002, p. 45.

governança regulatória, assumindo uma “função desafiadora” que abra espaço para as inovações<sup>155</sup>. Ao lado disso, há uma reflexão atenta para o desenho institucional que as agências reguladoras devem possuir para que elas e a AIR assumam de fato tal função. O desenho institucional recomendado é o de agências reguladoras independentes e setoriais que possuam maior autonomia frente às pressões políticas devido a expertise específica capaz de otimizar o uso dos recursos humanos.

Por fim, o documento reconhece que não existe um modelo único de um bom programa para a AIR, embora a prática demonstre a análise de custo-benefício, que será detalhada no momento oportuna, e a análise comparativa sejam bons indicativos, bem como que a lista de dez ações sugeridas pela OCDE em 1997 fornece um bom guia para estruturação da AIR. De qualquer forma, a metodologia que estrutura a AIR é flexível, podendo incorporar desde uma análise de custo-benefício, passando por uma análise de impacto socioeconômico, até uma análise do impacto orçamentário, como teremos a oportunidade de apresentar de forma detalhada no capítulo 3.

Em 2004, foi feito um inventário das técnicas existentes para o relatório de impacto regulatório, comparando alguns países da OCDE que adotam o instituto a partir de critérios uniformes<sup>156</sup>. Destacando-se o crescente interesse inclusive dos países em desenvolvimento, chamou-se atenção para o fato de a AIR servir para avaliar impactos positivos e negativos da regulação. O estudo comparativo foi estruturado a partir de onze critérios aproximadamente: (i) o tipo de análise, por exemplo, se é geral ou apenas nos negócios; (ii) o escopo da AIR, se é aplicada à legislação primária ou apenas à secundária; (iii) a divulgação pública, quando se dá e se ocorre em consultas públicas; (iv) a qualidade do controle ministerial exercido; (v) a análise de custo-benefício e como se dá a quantificação e qual a regulação principal analisada; (vi) a questão social; (vii) a análise de risco; (viii) efeitos sobre a concorrência e abertura do mercado; (ix) o

---

<sup>155</sup> A transparência na regulação é explicada pela OCDE, recomendando: 1) consulta aos interessados; 2) elaboração numa linguagem simples; 3) simplificação legislativa e codificação, por exemplo, evitando burocracias, concentrando os órgãos para tirar licenças em um só local, os chamados “one stop shop”; 4) registro da regulação existente e das propostas; 5) disseminação eletrônica do material, por exemplo, por CD-ROM e pela internet. Cf. OECD. **Regulatory policies in OECD countries: from interventionism to regulatory governance**. 2002. Disponível em: < [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/regulatory-policies-in-oecd-countries\\_9789264177437-en](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/regulatory-policies-in-oecd-countries_9789264177437-en) > Acesso em: <26.06.2012>

<sup>156</sup> OECD. **Regulatory Impact Analysis (RIA) Inventory**. 2004. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/22/9/35258430.pdf> Acesso em: <01.07.2012>

monitoramento posterior<sup>157</sup>; (x) o encarregado de realizar a AIR; e (xi) outras informações úteis. Não pretendemos exemplificar por enquanto como a AIR se dá em cada país a partir desses critérios, o que será feito no momento oportuno.

Em 2008, um novo relatório específico para um quadro institucional para realizar a análise de impacto regulatório é lançado, explicando (i) o que é a AIR; (ii) seu potencial; (iii) as condições para sua introdução.<sup>158</sup> De seu corpo, destacamos o conceito e as etapas para realização da AIR. O relatório define a Análise de Impacto Regulatório como (AIR) da seguinte forma:

*AIR é uma ferramenta política sistemática usada para examinar e mensurar os benefícios, custos e efeitos prováveis de uma regulação nova ou existente. A AIR é um relatório analítico para auxiliar os tomadores de decisão. Tipicamente, o núcleo estruturante deve conter os seguintes elementos: título da proposta, o objetivo e os efeitos pretendidos para a política regulatória, a avaliação do problema político, considerando as opções alternativas, avaliação de todos os seus impactos distribuídos, resultados da consulta pública, estratégias de compliance<sup>159</sup> e processos de monitoramento e avaliação.<sup>160</sup>*

Em seguida, são apresentadas as seguintes fases do procedimento para estabelecer uma AIR que fundamente o processo de tomada de decisão fundamentada:

1. Definição do contexto das políticas e objetivos, em particular a identificação sistemática do problema que constitui a base para a ação do governo.
2. Identificação e definição de todas as alternativas possíveis regulatórias e não regulatórias para atingir o objectivo político.
3. Identificação e quantificação dos impactos das alternativas consideradas, incluindo os custos, benefícios e efeitos distributivos.
4. O desenvolvimento de estratégias de *compliance* e execução de

---

<sup>157</sup> No ano anterior, havia sido lançado um estudo dedicado exclusivamente à questão da avaliação posterior, que guarda importante relação também a AIR, embora não desejemos aprofundar no momento. Para mais detalhes, Cf. OECD. **Regulatory performance: ex-post evaluation of regulatory tools and Institutions**. 2004. Disponível em: < <http://www.oecd.org/dataoecd/34/30/30401951.pdf> > Acesso em: <01;07.2012>

<sup>158</sup> OECD. **Building an institutional framework for regulatory impact analysis (RIA)**. 2008, p. 14. Disponível em: < <http://www.oecd.org/dataoecd/44/15/40984990.pdf> > Acesso em: <1.07.2012.>

<sup>159</sup> Não traduziremos a expressão *compliance*, oriundo do verbo “to comply”, porque essa expressão não possui uma correspondente ótima em português, designando a ideia de um conjunto de práticas para implementar, por exemplo, o respeito às regras e à segurança jurídica.

<sup>160</sup> Tradução livre do trecho disponível em: OECD. **Building an institutional framework for regulatory impact analysis (RIA): Guidance for Policy Makers**. 2008, p.14. Esse documento traz alguns elementos para identificar e quantificar os benefícios e os custos, como, por exemplo, (i) o título da proposta; (ii) objetivos e efeitos esperados da política regulatória; (iii) avaliação da política; (iv) considerações acerca de opções alternativas da proposta; (v) análise de impactos distributivos; (vi) resultados da consulta pública; (vii) estratégias de *compliance*; (viii) processos de monitoramento e avaliação.

cada opção, incluindo uma avaliação da sua eficácia e eficiência.

5. O desenvolvimento de mecanismos de monitoramento para avaliar o sucesso da proposta política e para alimentar as informações para o desenvolvimento de futuras respostas regulatórias.
6. Consulta pública incorporada sistematicamente a fornecer a oportunidade para todos os interessados a participarem no processo da regulação. Isso fornece informações importantes sobre os custos e benefícios de alternativas, incluindo a sua eficácia.<sup>161</sup>

Note-se que o conceito e as etapas listadas acima se preocupam em maior ou menor extensão em que a Análise de Impacto regulatório ocorra antes do processo de decisão e o mais cedo possível. Afinal, se a AIR começar num estágio muito avançado a análise pode falhar, servindo exclusivamente para justificar a decisão e carecendo de um suporte metodológico rigoroso.

Em 2009, foi publicado um estudo dedicado especificamente à Análise de Impacto regulatório<sup>162</sup>. Logo no primeiro capítulo, destaca-se que se trata de um instrumento para coerência política por meio da estimativa de custos e benefícios envolvidos no desenvolvimento, reforma ou revisão da regulação. Fica evidente que a Análise de Impacto Regulatório não substitui a decisão política, embora constitua uma abordagem empírica que contribui fortalecer a qualidade do debate público, tornando as potenciais consequências da decisão mais transparentes e evidenciando a influência dos fatores relevantes para tomada de decisão. Como em qualquer decisão política, existem grupos favorecidos pela regulação e grupos prejudicados. A análise de impacto regulatório deixa claro as concessões recíprocas dos grupos envolvidos. Ao mesmo tempo, evita regulação excessiva, desnecessária ou desenha de forma pobre a distribuição desigual de riscos a apenas um grupo com capacidade de capturar o regulador. Em última instância, é isso que se quer dizer ao afirmar que o AIR fortalece a coerência política capaz de promover o bem estar econômico através da regulação.

No segundo capítulo, são abordados os fatores do desenho institucional que podem incrementar a qualidade do RIA, tais como: (i) quanto ao aspecto processual e metodológico; (ii) suporte político; e (iii) mecanismos para fiscalização o governo.

---

<sup>161</sup> OECD. **Building an institutional framework for regulatory impact analysis (RIA)**. 2008, p. 16. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/44/15/40984990.pdf>> Acesso em: <1.07.2012.>

<sup>162</sup> OECD. **Regulatory impact analysis a tool for policy coherence**. 2009. Disponível em: <[http://www.keepeek.com/digital-asset-management/oecd/governance/regulatory-impact-analysis\\_9789264067110-en](http://www.keepeek.com/digital-asset-management/oecd/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en)> Acesso em: <03.07.2012.>

Quanto ao procedimento e à metodologia, em primeiro lugar, chama-se atenção para a integração da AIR o mais cedo possível, de modo a permitir que alterações no esboço de determinados documentos ou das diretrizes de uma consulta pública sirvam para implementar as alterações, bem como para necessidade de criar uma base de dados comum que possibilite a transferência de boas ideias bem sucedidas em razão da razão em determinada área para outra ou de uma AIR individual para uma política regulatória. Não obstante a avaliação prévia, recomenda-se igualmente a adoção de um acompanhamento posterior por três testes de conteúdo, resultado e da função regulatória como uma forma de evitar erros sistêmicos na metodologia empregada nas AIRs<sup>163</sup>.

Em segundo lugar, o nível de suporte político da autoridade formal dado à AIR é fundamental para o seu sucesso, uma vez que, entre outras demandas, sua implantação pressupõe um treinamento dos agentes públicos que trabalham com a regulação. Há uma verdadeira internacionalização do treinamento para lidar com o direito regulatório e a análise da regulação. Justamente por isso constata-se um ironia no RIA que, a um só tempo, pressupõe suporte institucional e serve como mecanismo para assegurar e fiscalização do governo que a AIR seja efetivamente implementada.

No terceiro capítulo, o foco recairá sobre as determinantes da qualidade na Análise de Impacto Regulatório de caráter metodológico que poderão variar de jurisdição para jurisdição. É fundamental que os métodos quantitativos e qualitativos sejam bem empregados, recomendando-se como método uma “*análise de custo-benefício*” cuidadosa como o “padrão de ouro” para evitar omissões e falhas<sup>164</sup>. Cada país pode dar amplitudes diferenciadas a AIR e os custos e benefícios a serem avaliados, podendo incluir (ou não) um valor mínimo para o impacto ser efetivamente analisado, impactos financeiros sobre o Estado, impactos para as pequenas empresas e/ou impactos ambientais.

Nos capítulos quatro e cinco, cuida-se da relação entre a AIR e a concorrência, bem como da AIR com a governança corporativa respectivamente. As opções em integrar o impacto concorrencial na análise de impacto são estudadas evidenciando que

---

<sup>163</sup> OECD. **Regulatory impact analysis a tool for policy coherence**. 2009, p. 52 e ss. Disponível em: <[http://www.keepeek.com/digital-asset-management/oecd/governance/regulatory-impact-analysis\\_9789264067110-en](http://www.keepeek.com/digital-asset-management/oecd/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en)> Acesso em: <03.07.2012>.

<sup>164</sup> Existem outros métodos, como a “análise de custo-efetividade”, definido em linhas gerais, como casos em que a medida é eficaz e, ao mesmo tempo, os benefícios primários não podem ser monetarizados. Optou-se, porém, por abordar esses e outros métodos no próximo capítulo em razão da variedade de métodos e da complexidade do tema.

a regulação pode impor custos desnecessários para a sociedade que acabam por restringir a concorrência desnecessariamente, por exemplo, reduzindo o número de fornecedores de determinado bem ou serviço. A análise de impacto regulatório que inclua tais impactos pode ajudar a evitá-los ou amenizar as falhas regulatórias ou as falhas de mercado. Propõe-se, por razões semelhantes, a aplicar a AIR para a regulação da governança corporativa e se valer da experiência desses estudos sobre governança para o campo do direito regulatório e para experiência da AIR, atentando para alguns desafios para dar efetividade ao instituto, tais como: (i) definir corretamente o problema; (ii) realizar uma consulta efetiva; e (iii) identificar e mensurar os custos e benefícios.

### **2.2.2. Estratégia da difusão: modelos comparados de difusão da AIR**

Constata-se uma profunda difusão do modelo de agências reguladoras como o modelo apropriado para governança em estados capitalistas, havendo quem estime haver agências para mais de 16 setores em mais de 49 países do mundo, revelando que tais modelos se espalharam no século XX. Esse fenômeno da literatura que estuda a difusão importa em considerar muito mais um processo de adoção de similaridades institucionais, como a das agências, muito mais do que dos resultados. Há quem divida em três períodos: (i) o de incubação dos canais que contribuiriam para espalhar as agências reguladoras entre 1966 e 1988; e (ii) o período de take-off (decolagem) por meio de criação simultânea de agências, que teve como importante peso a atuação de organizações internacionais como a OCDE e a União Europeia.<sup>165</sup>

Há, de fato, um processo de internacionalização do direito regulatório, o que envolve a tripla dimensão do fenômeno: (i) uma comparação mútua entre as diferentes formas de lidar com a regulação pelos estados e a margem de apreciação nacional para as demandas por transparência e responsabilidade com a economia e com os direitos humanos; (ii) existe uma multiplicidade de instâncias decisórias, mesmo que numa lógica de *soft law*, que influenciam a regulação, como a OCDE, o próprio Poder Executivo nacional e as demandas dos blocos regionais de integração, como o Mercosul

---

<sup>165</sup> JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David; MARÍN, Xavier Fernández. **The global diffusion of regulatory agencies: channels of transfer and stages of diffusion**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1557142>>

e a União Europeia; e (iii) a complexidade em que está envolvida a regulação requer a capacidade de lidar com novas formas de pensar. Concentramos os esforços na exposição dos relatórios e estudos da OCDE por se tratar de um tema menos explorado do que os demais, bem como por se tratar de uma importante base teórica para a Análise de Impacto Regulatório.

Como dito, o AIR varia de acordo com o contexto de cada país. O instituto ganha contornos próprios dependendo de sua aclimatação. É possível sistematizar alguns estilos nacionais de AIR de acordo com a cultura regulatória de cada país: (i) análises de impacto para o mercado e os negócios, tal como no modelo inglês; (ii) análises de custo-benefício da regulação para os negócios e para o governo, como no modelo dos Estados Unidos; e (iii) modelo mexicano, quando realizam análises costumam calibrar o rigor da avaliação de acordo com o grau de impacto alto, ordinário e periódico.

A escolha desses três modelos – inglês, americano e mexicano – deve ao fato não só deles ilustrarem as diversas facetas da AIR, mas também por serem países em que há uma cooperação institucional histórica de intercâmbio de experiência entre eles e que o PRO-REG tem dedicado recursos para o seu estudo e ao conhecimento efetivo do modelo. Contata-se, por exemplo, o financiamento de intercâmbios para o *Better Regulation Executive – BRE*, do Reino Unido, com o apoio da Embaixada Britânica no Brasil, para o *Office of Information and Regulatory Affairs – OIRA*, dos Estados Unidos da América, bem como com a *Comisión Federal de Mejora Regulatoria – COFEMER*, do México<sup>166</sup>.

Não existe um único modelo institucional para o relatório de impacto regulatório, como se poderá constatar<sup>167</sup>. Assim como o perfil da regulação varia de acordo com as culturas regulatórias nacionais, também a análise de impacto regulatório terá um perfil bastante variado dependendo de fatores econômicos e das políticas públicas e de estado pretendidas. Variadas também são as formas de posituação do instituto: a lei, como do modelo mexicano; o decreto/ordem presidencial, como no modelo americano e resoluções e guias de análise como no modelo inglês<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> Informações disponíveis em: <http://www.regulacao.gov.br>

<sup>167</sup> OECD. **Building an institutional framework for regulatory impact analysis(RIA): Guidance for Policy Makers**. 2008, p.18.

<sup>168</sup> ALBUQUERQUE, Kélvia Frota de. **A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil: um passo fundamental para o crescimento econômico sustentado**. Disponível em

Antes de abordarmos brevemente cada um dos modelos citados acima, é preciso dizer que não se pretende realizar um estudo complexo de direito comparado. O objetivo é mais modesto: descrever a variedade de modelos a partir especialmente da percepção na documentação da OCDE, considerando aqueles que têm sido objeto de maior atenção e interesse pelo programa de fortalecimento institucional da regulação da casa civil (PRO-REG).

### 2.2.2.1. Análise de impacto sobre os negócios: o modelo do Reino Unido

Pioneira no continente europeu, a experiência inglesa com a análise de impacto regulatório remonta ao governo Margareth Thatcher desde 1980, sendo que apenas na década de 90 a prática das AIR se espalhou pelo continente europeu. É importante dizer, porém, que enquanto a União Europeia tende a conferir uma dimensão mais qualitativa às AIR, o Reino Unido tem preferido adotar técnicas quantitativas<sup>169</sup>. É somente a partir de 1992, com o comprometimento reforçado do governo com a reforma regulatória que foram tomadas medidas tanto para aprimorar, quanto para tornar públicas as análises de custo-benefício com a AIR. Nesse ano, a coordenação da regulação deixa de ser do *Department for Trade and Industry* (DTI), cujo foco principal era a análise nos negócios, e passou a ser do *Cabinet Office*, quando a AIR toma corpo e se fortalece<sup>170</sup>.

Em 1997, o governo de Tony Blair cria a *Better Regulation Task Force* (BRTF) e cada ministro passa a contar com um departamento de impacto regulatório. Desde então, cinco princípios regem o a análise de impacto regulatório no Reino Unido: (i) transparência; (ii) *accountability*; (iii) proporcionalidade; (iv) consistência; (v) objetividade<sup>171</sup>. Posteriormente, em 2006, a BRTF foi substituída pela *Better Regulation Commission* (BRC). O *National Audit office* (NAO), responsável pela avaliação anual de

---

<[http://www.seae.fazenda.gov.br/central\\_documentos/documento\\_trabalho/2006-1?set\\_language=pt-br](http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2006-1?set_language=pt-br)>. Acesso em: <13.02.2013>

<sup>169</sup> MIRANDA, Silvia Helena Galvão de, BARTHOLOMEU, Daniela Bacchi, LIMA, Lilian Maluf de. **A análise de impacto regulatório como novo instrumento de gestão pública no Brasil**. Disponível em: [http://www.sober.org.br/conteudo.php?item\\_menu\\_id=6&mostra\\_congresso\\_realizado=1&id\\_realizado=13](http://www.sober.org.br/conteudo.php?item_menu_id=6&mostra_congresso_realizado=1&id_realizado=13)

<sup>170</sup> COELHO, Carina Cavalcante. **Reforma Regulatória no contexto brasileiro**. Dissertação do Mestrado em Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas, sob a orientação da prof. Alketa Peci, sem data, p. 38.

<sup>171</sup> BALDWIN, Robert. Better regulation: the search and the struggle. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **The Oxford handbook of regulation**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 261.

algumas AIRs, sugerindo aprimoramentos na regulação. Em 2007, o Better Regulation Executive (BRE) funciona no *Department of Business Enterprise and Regulatory Reform* (BERR), como um órgão de supervisão e coordenação regulatória, mensurando o impacto de regulações novas ou existentes por meio da análise de impacto. Há quem destaque que muitas vezes a filosofia de uma melhor regulação se traduziu em uma crítica à regulação superestimando riscos para os negócios e para a sociedade. Na prática, essa “*better regulation*” representava uma proposta de “*less regulation*”, de menos regulação e fardos administrativos para as empresas<sup>172</sup>.

O Reino Unido possui um modelo de avaliação que se destaca pela preocupação com os custos em relação aos negócios.<sup>173</sup> Para se ter uma ideia de como o modelo se preocupa com os negócios, chega-se a realizar o chamado “*Small Business Litmus Test*”, que faz uma seleção de pequenas empresas para ter uma noção do impacto da regulação sobre elas, embora seja verdade que a avaliação tem sido ampliada para cobrir os impactos em relação às organizações não governamentais de caráter voluntário ou de caridade<sup>174</sup>. Um exemplo de AIR de sucesso, com esse propósito, envolveu o estudo de 140 pequenas empresas que ficariam impossibilitadas de comercializar chocolate, caso o percentual mínimo de cacau fosse exigido. O resultado foi a proposta de mudança dos rótulos para indicar que se tratava de chocolate ao leite. Como benefício, ao invés da proibição, houve apenas um pequeno aumento de custo em relação à receita dos produtores junto com a possibilidade da comercialização.<sup>175</sup>

O *Impact Assessment* é a avaliação de impactos de regulação britânico e ocorre quando: (i) aumentarem os custos do negócio; (ii) os custos no setor público ultrapassarem 5 milhões de euros; (iii) verificar-se uma distribuição de recursos; (iv)

---

<sup>172</sup> BALDWIN, Robert. *Op. cit.*, p. 268

<sup>173</sup> Vale a pena conferir o quadro anexo com comparação mais ampla entre os diversos países. V. Scott Jacobs. **An overview**. In: *Regulatory Impact Analysis: Best practices in OECD countries*. Paris: OECD, 1997, p.27 Não ignoramos que o modelo também se preocupa com certos setores do governo, mas optamos por inseri-lo aqui por sua aparente predominância ou, pelo menos, para dar destaque a essa característica da AIR no Reino Unido, que apenas, em 2004, passa a incorporar a AIR para o setor público. Cf. Colin Jacobs. **The evolution and development of regulatory impact assesement in the UK**. In: *Regulatory Impact Assessment: towards better regulation?* Massachusetts: Edward Elgar publishing, 2007, p. 107.

<sup>174</sup> THE BETTER REGULATION UNIT. *Regulatory Compliance Cost Assessment: UK Experience*. In: OECD. **Regulatory Impact Analysis: Best Practices In OECD Countries**. Paris, 1997, p. 67-68.

<sup>175</sup> Colin Jacobs. **The evolution and development of regulatory impact assesement in the UK**. In: *Regulatory Impact Assessment: towards better regulation?* Massachusetts: Edward Elgar publishing, 2007, p. 128.

houver mudança nos custos administrativos; (v) buscar a celebração de acordos nas negociações entre o Reino Unido e a União Europeia.<sup>176</sup>

Há também o chamado *Compliance Cost Assessment (CCA)*, uma análise que tem como objetivo antever custos desnecessários, auxiliando o agente tomador de decisões, fornecendo-lhe elementos chave para auxiliá-lo. O CCA é uma mistura de elementos quantitativos e qualitativos que considera: (i) o motivo da ação proposta e seus efeitos pretendidos; (ii) as opções para alcançar o objetivo; (iii) identificação os setores da economia possivelmente afetados, estimando o número total de empreendimentos atingidos, considerando o número de pequenas empresas e trabalhadores autônomos afetados dentro do setor; (iv) participação pública, demonstrando os setores envolvidos e o tempo disponibilizado para a pesquisa; (v) estimar os custos para o empreendimento, classificando-os como recorrentes ou únicos; (vi) monitorar tanto os impactos em pequenas empresas quanto para os outros tipos de empresa inseridas nesse setor.<sup>177</sup> O CCA deve estar completo antes de sair para consulta pública (*public consultation*), tendo o Ministro responsável o poder de paralisar o processo legislativo enquanto o CCA não está pronto. As propostas finais de regulação devem conter um CCA completo antes de poderem ser aprovados pelo Ministério e pelo Parlamento, sendo posteriormente publicado e disponibilizado ao público.

Existem, pelo menos, cinco preocupações persistentes em relação à qualidade da análise de impacto regulatória realizada, quais sejam, a inexistência de objetivos claros, a carência de evidências que embasem as decisões e as conclusões, falhas em considerar alternativas que poderiam envolver as consequências até mesmo de não fazer nada, bem como a necessidade de uma introdução anterior à AIR<sup>178</sup>.

Um exemplo de falha na delimitação dos objetivos, no âmbito do Reino Unido, envolve a regulação de tabaco para restringir as propagandas de eventos automobilísticos com objetivo de desestimular adolescentes a fumarem. A verificação de alternativas, nesses casos, avaliava três possibilidades: (i) proibir a publicação sem

---

<sup>176</sup> LIMA, Valéria Athayde Fontelles de. **A avaliação de impacto regulatório no contexto brasileiro**. Rio de Janeiro, 2010. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2010, p. 100 e ss.

<sup>177</sup> THE BETTER REGULATION UNIT. *Regulatory Compliance Cost Assessment: UK Experience*. In: OECD. **Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries**. Paris, 1997, p. 63-70.

<sup>178</sup> Colin Jacobs. **The evolution and development of regulatory impact assesement in the UK**. In: *Regulatory Impact Assessment: towards better regulation?* Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2007, p. 117.

qualquer período de transição; (ii) dar o prazo para o fim do patrocínio pelas indústrias de Tabaco relacionados aos negócios adimplidos; e (iii) impor uma data para o fim, mas permitir a publicidade em caso de eventos globais, mas prevendo uma redução ano a ano. Colin Jacobs explica que, como nenhuma análise quantitativa foi feita nas duas primeiras opções, o relatório apontou para a terceira alternativa, tendo em vista, não os objetivos de redução do tabaco, mas sim a proteção dos negócios com base na justiça e imparcialidade.<sup>179-180</sup>

Outra falha possível é a falta de consideração de alternativas que sejam capazes inclusive de antever consequências indesejadas da regulação. Essa crítica à AIR pode ser exemplificada, por exemplo, com o fato de direitos adicionais à mulher por conta da maternidade façam com que as firmas pequenas evitem a contratação de mulheres para os seus quadros. Outro caso: a regulação de produtos de origem animal, como carne crua ou sangue, quando excessiva pode fazer com que tais lojas ou deixem de vender tais produtos, ou elevem os seus preços, tornando-se pouco competitivas ou falindo<sup>181</sup>.

Uma terceira falha diz respeito ao monitoramento e avaliação inadequados ou fracos. Por exemplo, em relação ao monitoramento da regulação das pensões privadas. Estimava-se que haveria entre 13 e 30 mil relatórios pessoais, quando, em realidade, seriam 250 mil, o que, obviamente, envolve outra avaliação de riscos e alternativas devido à demanda muito superior à esperada<sup>182</sup>.

Deve-se se tomar cuidado para encontrar uma sintonia fina entre a AIR exaustiva e a simples. O excesso de precisão pode causar a carência de simplicidade, necessária para compreensão dos documentos. Por outro lado, documentos demasiadamente simples facilitam a falsificação ou carência de fundamentação na tomada de decisões. Nem tanto ao céu, nem tanto à terra. Comenta-se que, inicialmente no Reino Unido, tais AIRs eram muito complicadas porque precisavam ser preenchidas considerando muitas políticas. Acabavam, por isso, tornando-se conferências de caixas,

---

<sup>179</sup> Traduzi livremente *justice and fairness* por justiça e imparcialidade. No âmbito da filosofia, existe uma discussão arrastada sobre o que seria a *fairness* ou uma *justice as fairness*, que não desejamos enfrentar. Há tradução do termo por justiça como equidade. No entanto, o termo imparcialidade faz mais sentido para o público brasileiro.

<sup>180</sup> Colin Jacobs. **The evolution and development of regulatory impact assesement in the UK**. In: *Regulatory Impact Assessment: towards better regulation?* Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2007, p. 119.

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 123.

desvalorizando as suas funções. Fala-se que o guia a ser preenchido chegava a ter 63 páginas e passou a ter 2 páginas. Mais recentemente, começou a construir um modelo mais simples com questões-chave nesse limite de páginas. Se mais páginas fossem necessárias, era porque a política não era clara ou porque se estaria buscando complicações. Nessa linha, seria incluída basicamente a avaliação de funcionamento e o modelo de custo padrão para mensurar as responsabilidades administrativas<sup>183</sup>. Acreditamos, porém, que não há como ter certeza se 2 páginas é simples demais ou se 60 seria complexo. Não há como construir um modelo ideal descolado do contexto do caso concreto.

#### **2.2.2.2. Análise de custo regulatório e impacto sobre os negócios e o governo: o modelo norte-americano**

A Análise de Impacto Regulatório surge nos Estados Unidos<sup>184</sup>, de forma pioneira, na década de 70, com a criação do *Office of Management and Budget* (OMB)<sup>185</sup>, ligado à Casa Branca, e, posteriormente, aprofunda-se no *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) ligado ao OMB<sup>186-187</sup>. Essa estrutura mantém-se em linhas gerais até os dias de hoje com enfoques e transformações pelos atos do Executivo, como se poderá constatar a seguir. A constatação de sérios defeitos

---

<sup>183</sup> MACRAE, Donald. **Análise de impacto regulatório- AIR: a experiência do Reino Unido**. In: Pedro Ivo Sebba Ramalho (Org.) *Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: ANVISA e Presidência da Casa Civil, 2009, p. 255 e ss.

<sup>184</sup> LIMA, Valéria Athayde Fontelles de. **Avaliação de impacto regulatório e sua aplicação no Brasil**. Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Políticas públicas, estratégias e desenvolvimento do Instituto de economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2010, p. 96-100.

<sup>185</sup> Sobre essa relação entre o OMB e o RIA, Cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 52-54.

<sup>186</sup> O OIRA tem funções como (i) opinar sobre projetos regulatórios; (ii) acompanhar análises de impacto regulatório das agências e departamentos, (iii) supervisiona a implantação de políticas públicas de larga escala governamental nas áreas de tecnologia da informação, política de informação, privacidade e política de estatística; (iv) consultado durante o processo de desenvolvimento de novas regulações; (v) supervisiona agências determinadas pelo Congresso; (vi) supervisiona a implantação da lei de qualidade da informação nas agências; (vii) realiza entre 500 e 700 análises regulatórias por ano; (viii) interesse ocasional na revisão de regulações existentes; (ix) envia cartas-resposta com sugestão de como a agência pode acelerar e melhorar a regulação em áreas onde a regulação atual não é mais necessária e pode ser modificada ou revogada.

<sup>187</sup> Para uma visão história da regulação e do impacto regulatório nos EUA, Cf. MORAL, John F. **An Assessment of US Regulatory Impact Analysis programme** In: *regulatory impact analysis: Best practices in OECD countries*. Paris: OECD, 1997.

na atuação das agências reguladoras, especialmente nos governos Ford, Carter e Reagan, produziram regras sobre o dever de avaliar as repercussões econômicas da atuação das agências reguladoras<sup>188</sup>.

Em 1974, no governo Ford, a partir da publicação do Ato do Executivo (*Executive Order*) n. 11.821 transformou em obrigatória a avaliação do impacto inflacionário de novas medidas regulatórias. Assim, os estudos da mensuração dos impactos nos custos regulatórios dos consumidores, empresas, mercados e governo passaram a ser realizados<sup>189</sup>. Em 1980, com a aprovação do *Paperwork Reduction Act* tem início esse processo pelo Congresso, tendo como uma de suas principais funções a revisão das regulações federais.

No entanto foi em 1981, com a *Executive Order* n. 12.291, durante o governo Reagan, que os Estados Unidos passaram a se preocupar efetivamente com o estudo de impacto regulatório com esse nome<sup>190</sup>, de modo que os especialistas entendem que as agências forneceram mais informações sobre os custos e benefícios da regulação do que nunca antes<sup>191</sup>. Para alguns autores, porém, Reagan foi o Primeiro Presidente americano a perceber claramente o significado e importância da regulação num governo que depende de agências localizadas fora da administração direta, relacionando a revisão dessas normas com a revisão orçamentária<sup>192</sup>.

Introduziu-se no ordenamento jurídico norte-americano o uso do método da análise de custo-benefício (ACB), com objetivos como a redução do fardo regulatório, o aumento da *accountability* das agências reguladoras, estímulo à supervisão presidencial do processo regulatório e diminuição das duplicações e os conflitos de regulações. O referido documento também define o alcance do termo "*regulation*", delimitando sua incidência.<sup>193</sup>

---

<sup>188</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 82 e ss.

<sup>189</sup> LIMA, Valéria Athayde Fontelles de. **Avaliação de impacto regulatório e sua aplicação no Brasil**. Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Políticas públicas, estratégias e desenvolvimento do Instituto de economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2010, p. 98.

<sup>190</sup> HAHN, Robert W., BURNETT, Jason K., CHAN, Yee-Ho I., MADER, Elizabeth A. e MOYLE, Petrea R. **Assessing regulatory Impact Analysis: The failure of agencies to comply with executive order 12866**. Disponível em: [http://www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2009/08/assessing\\_quality\\_ria\\_2000.pdf](http://www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2009/08/assessing_quality_ria_2000.pdf)

<sup>191</sup> HAHN, Robert. **Reviving regulatory reform: a global perspective**. Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2000, p. 32.

<sup>192</sup> MAJONE, Giandomenico. *Op. cit*, p. 66

<sup>193</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Executive Order n. 12291**. Washington D.C., 1981.

Em 1985, ainda no governo Reagan, com a *Executive Order* 12.498, estabelece-se a criação de um Programa anual de Regulação, no qual cada agência deve submeter ao diretor do OMB (*Office of Management and Budget*) um relatório de suas políticas regulatórias, ações em execução e as planejadas.<sup>194</sup> A OMB, na prática, acaba operando como uma espécie de Câmara de compensação regulatória, o que gera tensões entre o que seria de sua atribuição e o que recairia sobre as agências<sup>195</sup>. Em suma, ambas as normas estabelecem e reforçam o papel do Presidente na tomada de decisão, estabelecendo que as agências devem se reportar diretamente ao OMB e à OIRA, ligadas ao Presidente.<sup>196</sup>

A *Executive Order* 12.866 de 1993, já sob o governo Clinton, dedica-se a alargar o planejamento e coordenação da regulação existente e nova. Uma medida interessante prevista foi a criação de um grupo de trabalho regulatório com representantes da cúpula de cada agência ao qual o OIRA deveria consultar periodicamente. Além disso, foram revogados os atos executivos anteriores (n. 12.291 e 12498). A mudança de filosofia regulatória decorreu não apenas do fato dos benefícios superarem os custos, mas também e sobretudo que os custos fossem devidamente justificados<sup>197</sup>.

O ato estabeleceu os princípios a serem seguidos pelos estudos de impacto regulatório realizados pelas agências: (i) identificar o problema e demonstrar sua significância; (ii) examinar regulações existentes (ou outras normas) que possam ter criado ou contribuído para o problema; (iii) encontrar alternativas viáveis para regulação direta, incluindo incentivos econômicos para encorajar o comportamento desejado; (iv) considerar os riscos; (v) avaliar o custo-efetividade das ações considerando parâmetros como incentivos à inovação, consistência, previsibilidade, os custos para o poder público, flexibilidade, impactos e equidade; (vi) avaliar os custos e os benefícios da regulação ou de não regular, demonstrando a melhor opção a ser escolhida, evitando-se opções inconsistentes ou incompatíveis com as de outras

---

<sup>194</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Executive Order n. 12498**. Washington D.C., 1985.

<sup>195</sup> MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. In: MATTOS, Paulo (Org.). **Regulação econômica e democracia**. São Paulo: Singular, 2006, p 66.

<sup>196</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Governança e Análise de Impacto Regulatório**. 2012, mimeo, p. 24-27.

<sup>197</sup> HAHN, Robert. W. State and federal regulatory reform: a comparative analysis In: ADLER, Mathew D. and POSNER, Eric. **Cost-benefit analysis: legal, economic and philosophical perspectives**. Chicago: The University of Chicago Press, 2000, p.53.

agências; (vii) as agências devem buscar tornar as explicações o mais simples possível a fim de evitar incertezas ou litígios, bem como para tornar a participação pública realidade, envolvendo aqueles que serão beneficiados e os que serão fadados os custos.<sup>198</sup>

O mais recente documento a reger as políticas regulatórias americanas é o *Executive Order* 13.563 de janeiro de 2011, determinando que é função do sistema regulatório prezar pela saúde pública, bem-estar, meio-ambiente, inovação, concorrência e criação de empregos. O documento incorpora e reafirma certos princípios regulatórios da *Executive Order* 12.866 de 1993, com o intuito de mensurar os verdadeiros resultados da regulação, pretendendo produzir previsibilidade e diminuir as incertezas e fardos regulatórios através da melhor ciência disponível e de participação pública<sup>199</sup>. Outro objetivo é encontrar alternativas à regulação direta, de modo que incentivos econômicos estimulem o comportamento desejado. A análise de impacto regulatório também serve para rever regulações existentes com efeitos já ocorridos por meio de revisão periódica<sup>200</sup>.

Em ambos os casos, as análises desempenham a importante função de divulgação das informações em qualidade, utilidade e forma adequadas. É que algumas críticas comuns às agências reguladoras são a não quantificação dos impactos macroeconômicos de suas decisões, a dificuldade em apresentar alternativas, quantificarem insuficientemente custos e benefícios especialmente das alternativas apresentadas e, ainda, apresentar os dados de forma clara e transparente.<sup>201</sup>

Um caso interessante sobre a avaliação de impacto regulatório durante a presidência de Reagan: ao assumir o governo pretendia-se eliminar a regulação em relação à gasolina e, com isso, permitir, por exemplo, a utilização de produtos como o chumbo no referido combustível. Essa restrição, na época, era tida como severa e havia o pleito para desregulamentação. Antes de realizá-la, porém, foi feita uma avaliação de impacto regulatório que constatou que a introdução de chumbo na gasolina causava

---

<sup>198</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Executive Order n. 12866**. Washington D.C., 1993.

<sup>199</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Executive Order n. 13563**. Washington D.C., 2011.

<sup>200</sup> SUNSTEIN, Cass. Empirically informed regulation. **The University of Chicago Law Review n. 78**, 2011, p. 1387 e ss.

<sup>201</sup> HAHN, Robert W., BURNETT, Jason K. Burnett, CHAN, Yee-Ho I., MADER, Elizabeth A. e MOYLE, Petrea R.. **Assessing regulatory Impact Analysis: The failure of agencies to comply with executive order 12866**. Disponível em: [http://www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2009/08/assessing\\_quality\\_ria\\_2000.pdf](http://www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2009/08/assessing_quality_ria_2000.pdf)

danos à saúde bem maiores dos que os inicialmente imaginados. Dessa forma, a pretensão inicial da liberação do uso de chumbo na gasolina foi abandonada<sup>202</sup>.

### 2.2.2.3. Manifestação de impacto regulatório e a calibragem do escrutínio regulatório: o modelo mexicano<sup>203</sup>

A COFEMER (Comisión Federal de Mejora Regulatoria) criada em 2000 é um órgão de supervisão e coordenação regulatória<sup>204</sup>. Com sede na Lei Federal de Procedimento Administrativo, a COFEMER trouxe para o México a questão da Análise de Impacto Regulatório (Manifestación de Impacto Regulatorio - MIR)<sup>205</sup>, realizando revisões exaustivas das ações regulatórias propostas pelos entes descentralizados da Administração Pública Federal. Atualmente a política de melhora regulatória encontra-se no centro da estratégia governamental de melhorar o desempenho dos mercados e acarretar crescimento econômico e a geração de empregos, acreditando-se na capacidade institucional dessa medida em reverter os impactos sofridos pelo país pela crise econômica mundial de 2008.

Conforme estabelecido pela Lei de Administração Pública e reafirmado e destrinchado no Regulamento Interior da COFEMER são suas atribuições, dentre outras: (i) Revisar o marco regulatório nacional, diagnosticar sua aplicação e elaborar

---

<sup>202</sup> VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. **A análise de impacto como mecanismo de controle do tabaco**. Revista de Direito Público da Economia n. 32, 2010.

<sup>203</sup> No âmbito da União Europeia também existe possibilidade semelhante de modular o rigor da análise de impacto regulatório. Por exemplo, duas espécies de avaliação são possíveis: preliminar e exaustiva. Tem-se uma avaliação preliminar que considera o problema, as opções e os setores afetados servindo de base para decidir quais serão objetos de estudos mais detalhados, bem como as medidas preparatórias já tomadas e previstas, como as consultas públicas. Cf. UNIÃO EUROPEIA. **Impact Assessment Guidelines**. 2009. A avaliação preliminar oferece uma primeira visão sobre o problema, serve como "filtro" que ajuda a Comissão e escolher os objetos de avaliação exaustiva. Esse modelo também constitui condição para inclusão de propostas na Estratégia de Política Anual. Já a análise exaustiva é fruto da decisão da Comissão em aprofundar o estudo sobre determinado problema e tem o envolvimento das partes interessadas. A análise exaustiva se estrutura, por sua vez, de forma semelhante, incorporando, porém, alguma dimensão relacionada ao risco. A diferença principal, no entanto, é que ela ocorre quando se pretende culminar numa reforma política abrangente ou, caso os impactos sociais, econômicos e ambientais sejam significativos, considerando, é claro, uma dada estratégia política anual que integre o programa de trabalho. Note-se que, à semelhança do modelo mexicano, embora menos evidente, parece haver aqui alguma espécie de modulação do rigor da avaliação de impacto regulatório, considerando o grau dos impactos e os objetivos pretendidos Cf. UNIÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão sobre a Avaliação de Impacto**. Bruxelas, 2002, p. 6 e ss e 18 e ss.

<sup>204</sup> OCDE. **Background Document on Oversight Bodies for Regulatory Reform**. 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/mena/governance/40681003.pdf>>

<sup>205</sup> FERNÁNDEZ, Carlos García. **La manifestación de Impacto Regulatorio - MIR: una Mirada a la regulación de calidad**. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. **Regulação e Agência Reguladoras: Governança e Análise de Impacto Regulatório**. 1ª ed. Brasília: Anvisa, 2009, p. 275-287.

projetos de lei, normas administrativas e programas para melhorar a regulação de atividades ou setores econômicos específicos; (ii) Estabelecer cronogramas para que os órgãos descentralizados (agências) apresentem à Comissão seus programas de melhora regulatória e seus relatórios periódicos sobre os avanços na execução destes; (iii) Tornar públicos os programas de melhora regulatória; (iv) Oferecer assessoria técnica aos órgãos descentralizados em termos de marco regulatório.<sup>206</sup>

Outro fator importante da política regulatória mexicana é a previsão tanto de expedição de regulações emergenciais (que respeitariam o prazo de seis meses de vigência com possibilidade de apenas uma renovação) como também a previsão de normas reguladoras em prol de acordos internacionais firmados pelo Governo Federal mexicano.

Estima-se que desde sua implantação, as medidas de mudança no marco regulatório mexicano já tenham obtido resultados como a eliminação de doze mil normas administrativas, a criação de cinco medidas fiscais e doze ações de reforma econômica, totalizando um impacto de 0,3% do PIB.

### **2.2.3. Estratégia explicativa de baixo para cima (bottom-up): a Reforma do estado e o início da reconstrução Estado regulador brasileiro**

A estratégia *bottom-up* de abordagem da regulação nesse contexto de internacionalização importa observar de baixo para cima a construção de determinado modelo. Abordaremos a seguir algumas noções centrais desenvolvidas no contexto brasileiro de introdução das agências reguladoras no país, a começar pela onda de desestatização do início dos anos 90 quando a introdução das agências reguladoras se deu para lidar com o mercado e também com as privatizações. O então Ministro da Reforma do Estado do governo Fernando Henrique Cardoso, Bresser-Pereira, contextualiza bem as construções e reconstruções do Estado brasileiro, fornecendo um interessante e útil panorama de passagem do Estado oligárquico brasileiro para o Estado democrático, no plano político, ao qual ele costuma chamar de estado gerencial brasileiro<sup>207-208</sup>.

---

<sup>206</sup> MÉXICO. **Reglamento Interior de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria**. Ciudad de Mexico: Diario Oficial, 2004.

<sup>207</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado Patrimonial ao Gerencial. In: Pinheiro, Willheim e Sachs (orgs.). **Brasil: Um século de transformações**. São Paulo: Cia. Das Letras, 2001, p. 222-259.

No plano administrativo, passou do Estado patrimonial ao gerencial, alcançando uma fase burocrática. Por fim, no plano social, a sociedade senhorial do escravismo deu lugar a uma sociedade pós-industrial. O Estado brasileiro das primeiras décadas do século XX era oligárquico e patrimonial, com economia agrícola e mercantil e sociedade com resquícios escravistas dos séculos anteriores. Um século depois, as mudanças foram profundas e muitas vezes súbitas, destoando do processo histórico por qual passou a Europa. No início do século XXI, o Estado é democrático, com uma administração em transição entre burocrática e gerencial, com economia capitalista inserida no contexto global e socialmente pós-industrial.

O primeiro momento do Estado brasileiro é o oligárquico e patrimonial, compreendendo os períodos históricos do Império e da Primeira República. A Sociedade Mercantil-Senhorial e o Estado Oligárquico que perduraram até 1930 usaram a coisa pública como fonte de riqueza, como verdadeiro patrimônio privado, sem nunca ter como objetivo primário o interesse público. Nesse sentido, a brilhante análise de Raymundo Faoro sobre o período nos conta que um estamento patrimonialista dominava a administração, recheada de bacharéis em direito nos seus altos escalões, que se apoderavam dos excedentes econômicos e garantiam empregos para a classe média por meio da máquina pública. Os membros dessa administração não são escolhidos de forma racional, mas sim de forma política, impedindo que se imprima uma lógica de eficiência à administração<sup>209</sup>.

O segundo momento é o Estado autoritário modernizador do primeiro governo Vargas. O golpe de 1930 é uma ruptura com a forma de pensamento que predominava na administração, a burocracia não é mais aristocrática e os burocratas passam a ter grande importância econômica, não restrita à esfera pública, mas também atuando no controle de grandes empresas privadas. É sob a tutela de Vargas que se inicia a reforma burocrática em 1936 com a criação de um conselho específico para traçar diretrizes para o serviço público civil, transformando-se dois anos depois em Departamento Administrativo do Serviço Público. É a partir desse período e até a década de 1950 que empresas públicas são criadas e se transformam no núcleo do desenvolvimento

---

<sup>208</sup> Para um panorama técnico amplo do ponto de vista jurídico sobre as principais características e mudanças por conta dessa reforma do Estado, Cf. JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro. **Direito Administrativo – Parte 1 – Estado Gerencial Brasileiro**. 1 ed., 2009.

<sup>209</sup> FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 3ª Ed. vol. 1 e 2. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2001.

industrial brasileiro. Diferentemente do período anterior, que teve longa duração, a nova sociedade capitalista e o Estado burocrático rapidamente deram lugar à nova ordem, devido à industrialização tardia, que logo cedeu espaço para a economia de serviços e conhecimentos, o período pós-industrial.

O terceiro momento é a reforma desenvolvimentista de Castelo Branco, na qual os traços do Estado gerencial já começam a ganhar forma. Embora desde 1938 tenha surgido a primeira autarquia, peça fundamental do modelo gerencial, é a partir da ditadura militar de 1964 que o Estado brasileiro começa a ganhar forma gerencial. Passado o período de retrocesso administrativo que perdurou na breve democracia, o clientelismo e o patrimonialismo são colocados como alvos a serem expurgados da administração brasileira. Em 1963, ainda sob o regime democrático, é criado um ministério para a Reforma Administrativa, com objetivo de estudar e formular novas políticas para a mudança. O ano de 1967 é emblemático devido à reforma administrativa, que culminou no Decreto-Lei n. 200/67. Introduz-se o modelo gerencial na lógica administrativa do país, com o pensamento de uma “administração para o desenvolvimento”, separando de forma clara a administração direta da indireta. Garantiu-se autonomia às autarquias, fundações e empresas públicas, implantou-se a meritocracia e tornou menos complexo o sistema de compras do Estado.

Bresser-Pereira destaca como o aspecto mais importante dessa mudança a autonomia conquistada pela administração indireta, acarretando uma maior descentralização das tomadas de decisão. Para o autor, é nesse momento que surgem as agências reguladoras, mesmo que de forma tímida, citando como exemplo o Banco Central<sup>210</sup>. Há também o aspecto do Ministério do Planejamento e Coordenação Geral dispor de autoridade para fiscalizar, auditar e em critérios de contabilidade, sobrepondo-se ao controle setorial exercido pelos outros ministérios, ganhando um caráter de agência central.

O quarto momento é de retrocesso, com a redemocratização em 1985 e que culminou com a promulgação da Constituição de 1988, extremamente conservadora em

---

<sup>210</sup> Há controvérsias do ângulo jurídico sobre tal qualificação. O professor Alexandre dos Santos Aragão entende que, embora o BACEN possua importantes funções regulatórias, a rigor, não é possível caracterizá-lo como agência reguladora, mas sim como entidade similar. Isso porque, diferente de outros países, o Banco Central brasileiro está condicionado às diretrizes do Conselho Monetário Nacional, órgão colegiado composto pelo Ministro da Fazenda que é o seu Presidente. Cf. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 301.

relação às evoluções recentes que a organização administrativa do Estado havia passado no conturbado período militar. O populismo econômico que surgiu nesse período retardou o processo de reformulação da administração. A Constituição de 1988 é reflexo da ação de grupos que acreditavam na reforma burocrática de 1936, como a melhor forma de gerir o Estado brasileiro. Fato esse que trouxe novamente a hierarquia rígida e quase extinguiu a distinção entre administração direta e indireta. É verdade que a Constituição tem como mérito a instituição de concursos públicos para entrada no serviço público para ampliar a impessoalidade na administração e reduzir o “empreguismo” do Estado patrimonialista. Nesse cenário, deflagra-se o Plano nacional de desestatização, aprovado pela Lei 8.031/90 para ensejar a difusão mais acelerada de uma economia de mercado que contivesse mais a regulação do que a intervenção direta do estado.

O último momento, analisado por Bresser-Pereira, é a superação do retrocesso e a Reforma Gerencial de 1995, que retoma os rumos do avanço<sup>211</sup>. A partir de 1995, com o governo de Fernando Henrique Cardoso, substituir o modelo burocrático-industrial em crise era prioridade, muito embora não houvesse ideias concretas para tanto. A solução encontrada foi aderir ao modelo de regulação para eficiência do mercado, aumentando a competitividade das empresas no cenário internacional. Outra reforma administrativa foi instaurada por meio de emenda constitucional e do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Cabe notar que, embora a emenda tenha sido de fundamental importância para a reforma, outras tantas de caráter infraconstitucional também foram cruciais.

A reforma trabalhou em três dimensões: institucional, cultural e de gestão, dando prioridade à institucional. Para instituir tal reforma, pensou em quais atividades seriam exclusivas do Estado e quais mesmo não sendo exclusivas do Estado poderiam ser de interesse da sociedade e do governo para que houvesse financiamento, bem como certas atividades a serem deixadas a cargo do mercado<sup>212</sup>. Além disso, foi pensada uma terceira alternativa, a propriedade pública não estatal. Para a primeira questão, a resposta sem dúvida é a adoção do modelo gerencial, focando no núcleo estratégico e ocupando-o com servidores públicos de alta competência, bem treinados e com salário

---

<sup>211</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os primeiros passos da Reforma gerencial do estado de 1995. **Revista Brasileira de Direito Público** ano 6, n. 23, 2008, p. 145 e ss.

<sup>212</sup> Esse histórico e essa divisão em serviços exclusivos de estado, não exclusivos e de produção pelo mercado são perceptíveis no plano da reforma do Estado. Cf. Presidência da República – Câmara da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do aparelho do Estado**. Brasília: Novembro, 1995.

condizente. Para essa e as outras questões, surgiram três novas formas de instituições: as agências reguladoras, as agências executivas e as organizações sociais. No campo da atuação exclusiva do Estado, as duas primeiras formas lidam tanto com a regulamentação dos setores empresariais em setores não competitivos e as segundas atuam na execução das leis. Já a terceira forma é a atuação do ente privado em função pública, sem a mentalidade de mercado, muito embora seja financiada pelo governo.

Nesse contexto, é que são introduzidas as agências reguladoras, como autarquias de natureza especial. São desse período Emendas, como a EC n.8/95, que altera o art. 21, XI, da Constituição de 1988, e n. 9/95, que dá nova redação ao art. 177, §2º III, que fornecem fundamento constitucional explícito, para além do art. 174, para agências reguladoras do setor de telecomunicações e petróleo. Nos anos seguintes, o advento das agências reguladoras avança no plano legal: ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), criada pela Lei n. 9.427/96, ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) pela Lei n. 9.472/97 e a ANP (Agência Nacional do Petróleo) pela Lei n. 9478/97<sup>213</sup>.

Para entender o que é essa autarquia especial chamada agência reguladora, faz-se necessário explicar o regime da autarquia como uma espécie de descentralização legal, cujas características decorrem da sua sujeição a um complexo regime jurídico de direito público, como prevê o Decreto-lei n. 200/67. A criação se dá exclusivamente por lei (art. 37, XIX). Há uma tutela ou vinculação aos ministérios que, embora não se confunda com uma relação de hierarquia, permite o chamado recurso hierárquico impróprio. O seu objeto é atividade típica de estado (art.173). O patrimônio próprio caracteriza-se pela inalienabilidade relativa (art. 17, I e II da Lei n. 8.666/93), impenhorabilidade, ou seja, o pagamento será por precatório e imprescritibilidade que é a impossibilidade de usucapião do bem público (art. 191, parágrafo único e art. 183, §3º da Constituição federal) e não onerabilidade, isto é, a impossibilidade de gravar ônus como fiança. Sujeita-se a responsabilidade civil objetiva (art. 37, §6º da Constituição). Possui prerrogativas processuais, como o prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer (art. 188 do CPC), bem como a imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a da Constituição).

---

<sup>213</sup> Para um panorama mais amplo da criação constitucional e legal das agências reguladoras no Brasil e suas características, Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 328 e ss e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para Administração Pública de relações complexas no Estado democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.188 e ss.

As agências reguladoras constituem, como dito, entidades autárquicas em regime especial. A especialidade decorre de dois fatores: a concentração de funções e autonomia reforçada<sup>214</sup>. A concentração de funções importa que as agências reguladoras desempenham funções análogas ao legislativo (poder normativo), executivo (outorga, fiscalização, sancionamento, conciliação e recomendação) e ao judiciário (arbitragem e os processos administrativos). A autonomia reforçada, chamada por alguns autores como independência, importa a um distanciamento possível dos agentes políticos, das empresas do mercado e, ainda, em relação aos consumidores. Esse distanciamento relativo enseja o ambiente institucional para permitir o diálogo sobre as normas em processo de regulação, cuja legitimidade decorre do próprio procedimento<sup>215</sup>.

Três espécies de autonomia reforçada são mais comumente citadas pelos autores de direito administrativo e regulatório para caracterizar esse modelo de agência reguladora introduzida pela reforma do estado, quais sejam, (i) autonomia reforçada orgânica/administrativa; (ii) autonomia funcional; e (iii) autonomia financeira.

A autonomia reforçada orgânica ou administrativa possui diversos significados. Em primeiro lugar, a impossibilidade de exoneração *ad nutum* do Diretor-Presidente da Agência Reguladora pelo Chefe do Executivo. Com isso, superou-se a antiga Súmula n. 25 do STF que reputava que a nomeação a termo não impede a livre demissão pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia. O novo entendimento do Supremo Tribunal Federal reconheceu a plausibilidade da impossibilidade de exoneração *ad nutum* pelo Governador de Estado na Agência reguladora de serviços públicos do Rio Grande do Sul, ou seja, é possível a previsão de mandatos fixos para os dirigentes das agências reguladoras.<sup>216</sup>

---

<sup>214</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 251.

<sup>215</sup> Alguns autores utilizam o termo neutralidade possível. Não acreditamos numa neutralidade absoluta. Em maior ou menor medida técnica, ciência e ideologia encontram-se associadas. Cf. HABERMAS, Jürgen. **Ciência y técnica como ideologia**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Tecnos, 1986 (o original é de 1968). No entanto acreditamos que uma estrutura institucional como a das agências com esse distanciamento relativo facilita a existência de um fórum ara deliberação pública sobre os temas regulados. Um agir comunicativo que desvele o agir estratégico dos atores envolvidos. Cf. HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destrancendentalizada**. Trad. Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. BELLO, Enzo. Os paradigmas clássicos do direito e a proposta habermasiana de um novo modelo discursivo procedimental. **Revista de Direito da Unigranrio**. Disponível em: <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br>>.

<sup>216</sup> Superando a antiga súmula 25 do STF, constata-se a seguinte decisão: STF, ADI 1949 MC/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 18.11.1999, DJ 25.11.2005. EMENTA: I. Agências reguladoras de serviços públicos: natureza autárquica, quando suas funções não sejam confiadas por lei a entidade personalizada e não, à própria administração direta. II. Separação e independência dos Poderes: submissão à Assembléia Legislativa, por lei estadual, da escolha e da destituição, no curso do mandato, dos membros do Conselho

Em segundo lugar, essa autonomia caracteriza-se pela inexistência de sobreposição de mandatos entre o do Diretor-Presidente e o do Chefe do Executivo, de modo que o mandato do Diretor da agência inicia o seu mandato no período em que, por exemplo, um Presidente está no Poder e só concluirá no meio do mandato do outro. De um lado, alguns autores consideram tal mecanismo inconstitucional por violar o princípio republicano que pressupõe a transitoriedade dos mandatos<sup>217</sup>. E de fato, isso já ensejou situações no mínimo delicadas, como na transição de um governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso para o governo do Presidente Luís Inácio Lula da Silva, verificou-se uma situação que ilustra bem a problemática. Agências, como a ANEEL e ANATEL, ainda sob a direção de nomeados do governo anterior, pretendiam permitir o aumento das tarifas para os consumidores – uma medida no mínimo impopular para os primeiros anos de um Presidente recém-empossado<sup>218</sup>. De outro lado, porém, argumenta-se que a previsão de mandatos intercalados serve para preservar esse espaço de distanciamento da técnica em relação à política<sup>219</sup>.

Há uma segunda espécie de autonomia reforçada: a autonomia reforçada financeira. A possibilidade de a Agência reguladora enviar para o Ministério a proposta

---

Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS: parâmetros federais impostos ao Estado-membro. 1. Diversamente dos textos constitucionais anteriores, na Constituição de 1988 - à vista da cláusula final de abertura do art. 52, III -, são válidas as normas legais, federais ou locais, que subordinam a nomeação dos dirigentes de autarquias ou fundações públicas à prévia aprovação do Senado Federal ou da Assembléia Legislativa: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal. 2. Carece, pois, de plausibilidade a argüição de inconstitucionalidade, no caso, do condicionamento à aprovação prévia da Assembléia Legislativa da investidura dos conselheiros da agência reguladora questionada. 3. Diversamente, é inquestionável a relevância da alegação de incompatibilidade com o princípio fundamental da separação e independência dos poderes, sob o regime presidencialista, do art. 8º das leis locais, que outorga à Assembléia Legislativa o poder de destituição dos conselheiros da agência reguladora autárquica, antes do final do período da sua nomeação a termo. **4. A investidura a termo - não impugnada e plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras - é, porém, incompatível com a demissão ad nutum pelo Poder Executivo: por isso, para conciliá-la com a suspensão cautelar da única forma de demissão prevista na lei - ou seja, a destituição por decisão da Assembléia Legislativa -, impõe-se explicitar que se suspende a eficácia do art. 8º dos diplomas estaduais referidos, sem prejuízo das restrições à demissibilidade dos conselheiros da agência sem justo motivo, pelo Governador do Estado, ou da superveniência de diferente legislação válida.** III. Ação direta de inconstitucionalidade: eficácia da suspensão cautelar da norma argüida de inconstitucional, que alcança, no caso, o dispositivo da lei primitiva, substancialmente idêntico. IV. Ação direta de inconstitucionalidade e impossibilidade jurídica do pedido: não se declara a inconstitucionalidade parcial quando haja inversão clara do sentido da lei, dado que não é permitido ao Poder Judiciário agir como legislador positivo: hipótese excepcional, contudo, em que se faculta a emenda da inicial para ampliar o objeto do pedido.

<sup>217</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 175.

<sup>218</sup> PRADO, Mariana Mota. Accountability mismatch: as agências reguladoras independentes e o governo Lula. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências Reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.225 e ss.

<sup>219</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

orçamentária, considerando suas receitas e despesas, é uma materialização de tal possibilidade. Outra refere-se à possibilidade dela cobrar taxas regulatórias dos regulados que se revertem para custear suas próprias atividades. Há uma discussão sobre a natureza jurídica dessas taxas regulatórias, se constituem ou não tributos. Há autores que entendem que sim, porque são prestações pecuniárias compulsórias cobradas por uma pessoa jurídica de direito público mediante atividade administrativa, como o professor José dos Santos Carvalho Filho. Outros autores, como o prof. Alexandre dos Santos Aragão, pensam que se a taxa é cobrada de certos concessionários de direito público não se poderia considerar tributo, mas mera contraprestação da concessão. Significa que ora seria taxa, ora não<sup>220</sup>.

Nesse ponto, a literatura sobre a autonomia financeira das agências reguladoras precisa ser revista e aprofundada. Em que pesem as consequências jurídicas da caracterização como tributo ou não, é preciso um estudo comprometido com as consequências fáticas da construção. É preciso um estudo empírico e quantitativo da parcela do orçamento das agências e do possível contingenciamento de seus recursos, o que compromete a autonomia real das funções desempenhadas.

Resta abordar, por fim, a autonomia reforçada de cunho funcional. Sobressai aqui a temática da não sujeição da agência a recursos hierárquicos impróprios em relação às decisões das agências reguladoras para os respectivos Ministérios afins. Várias posições foram perfilhadas a tal respeito, especialmente pelo fato de as leis das agências reguladoras, por exemplo, a ANA (Agência Nacional das Águas) e a ANP (Agência Nacional do Petróleo e Biocombustíveis), silenciarem sobre tal possibilidade. Diante disso surgem posicionamentos favoráveis e contrários à possibilidade de interpor o recurso hierárquico impróprio.

Aqueles que defendem o cabimento de questões políticas não devem escapar a administração central e se extrai do devido processo legal tal possibilidade. Em sentido semelhante, é preciso conhecer o teor do Parecer n. 51 da Advocacia Geral da União – um dos pareceres mais famosos de todo direito administrativo brasileiro.

Discutiu-se nele o caso em que a ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários) deliberou sobre se a cobrança da taxa denominada THC2 pelos operadores portuários do Porto de Salvador constitui indício de exploração abusiva de posição

---

<sup>220</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

dominante no mercado, razão pela qual encaminhou inclusive a questão ao conhecimento do CADE. A questão era se de tal decisão caberia o recurso hierárquico impróprio para o Ministério dos Transportes. Defendeu-se que sim. O Ministério poderia rever de ofício ou a pedido/recurso da parte interessada sempre que a agência ultrapassar os limites de suas competências. Os fundamentos alegados foram: (i) o art. 25, I, 26, I e art. 170 do Decreto-lei n. 200/67 que permitira se avocar certas matérias e o recurso hierárquico impróprio das autarquias; (ii) a supervisão ministerial típica do presidencialismo, nos termos do art. 84, II e 87, parágrafo único da Constituição de 1988; (iii) as leis das agências tratariam em vinculação aos ministérios de forma assistemática; (iv) Presidente já não pode exonerar *ad nutum*, seria demasiada impossibilitar ainda o recurso hierárquico impróprio para o Ministério; (v) só não caberia o recurso hierárquico impróprio se a lei de modo indubitado excluísse tal possibilidade, o que não teria feito.

Fundamentada tal possibilidade, o parecer passou a enfrentar a decisão em si a ser tomada. Entendeu-se que não se invade nenhuma prerrogativa de formulação de política para o setor portuário, cuja competência estaria realmente afeta à Administração direta, nos termos do artigo 20, I da Lei nº 10.233/2001, mas, isto sim, está incluída nas competências conferidas expressamente à ANTAQ no artigo 27, II, IV e XIV da mesma Lei, dentro de sua área de atuação regulatória. Diante disso, mostra-se ausente, excepcionalmente, a possibilidade de revisão ministerial da decisão da agência, e o recurso hierárquico impróprio interposto pela empresa TECON Salvador S/A não poderia ser provido para os fins pretendidos pela recorrente, devendo ser mantida a decisão adotada pela ANTAQ.

Em que pese o posicionamento do Parecer n. 51 da AGU, e a decisão do Presidente de ampliar os efeitos da decisão nele para administração, ele é alvo de consistentes críticas doutrinárias. Marcus Juruena, por exemplo, tempera o seu posicionamento para o cabimento de recurso hierárquico impróprio apenas em casos de ilegalidade flagrante<sup>221</sup>. Contrapondo-se diretamente ao teor do parecer, o professor Alexandre dos Santos Aragão entende que não cabe: (i) não dá para extrair recurso hierárquico impróprio da supervisão prevista no Decreto-lei n. 200/67; (ii) a AGU que é entidade envolvida não pode ser juiz da disputa; (iii) não se encontra tal possibilidade

---

<sup>221</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

nas leis das agências; e (iv) nosso presidencialismo mesmo com a concentração de poderes no Executivo não deve ser imperial, havendo zonas de autonomia face o executivo central, o que admite essa impossibilidade<sup>222</sup>.

Esse modelo de agências reguladoras que nasce no Brasil da reforma do Estado enseja um modelo de Administração Pública, que tem sido caracterizada pela doutrina como Administração Policêntrica, ou seja, há múltiplos centros de decisão em alguma medida insulados da política cotidiana do Poder central<sup>223</sup>. Isso não significa que administração seja uma ilha. Por óbvio, a regulação insere-se dentro das políticas públicas. A ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) vai se relacionar com a política formulada pelo Ministério da Saúde e a ANP com a do Conselho Nacional de Política Energética. Mas a lógica é que essa relação seja entre a regulação e a política de estado e não com interesses políticos momentâneos e fugazes.

A partir de 2008, a regulação inaugurou uma nova fase no Brasil com o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO- REG), elaborada pela Casa Civil da Presidência da República com apoio do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID)<sup>224</sup>. O Decreto n. 6062/2007, logo no seu art. 1º, procura superar a lógica da Administração policêntrica, tendo como finalidade, além da melhoria do sistema regulatório, a coordenação entre as instituições relacionadas ao processo regulatório no âmbito do governo federal. O art. 2º fala da integração das medidas para fortalecer a análise de políticas públicas e a melhoria da coordenação e o alinhamento estratégico entre políticas setoriais e o processo regulatório<sup>225</sup>.

O PRO-REG, nos termos dos arts. 5º a 10º, subdivide-se num Comitê Gestor (CGP) e num Comitê Consultivo (CCP). O CGP é composto por representantes da Casa

---

<sup>222</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 216 e ss.

<sup>223</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 239 e ss.

<sup>224</sup> Explicações mais detalhadas sobre o programa podem ser encontradas neste site: <http://www.regulacao.gov.br> Acesso em: <05.05.2012>

<sup>225</sup> **Decreto n. 6062/2007**: “Art. 2º O PRO-REG deverá contemplar a formulação e implementação de medidas integradas que objetivem: I - fortalecer o sistema regulatório de modo a facilitar o pleno exercício de funções por parte de todos os atores; II - fortalecer a capacidade de formulação e análise de políticas públicas em setores regulados; III - a melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo regulatório; IV - o fortalecimento da autonomia, transparência e desempenho das agências reguladoras; e V - o desenvolvimento e aperfeiçoamento de mecanismos para o exercício do controle social e transparência no âmbito do processo regulatório.”

Civil da Presidência e dos Ministérios da Fazenda e Planejamento, Orçamento e Gestão. Compete ao CGP, por exemplo, o direcionamento do PRO-REG e resolver aspectos controversos relacionados à execução do programa. Já o CCP tem como atribuição colaborar para o aperfeiçoamento dos níveis técnicos das ações implementadas e contribuir para sua atividade e de prestar assessoria ao CCP. A subchefia de Análise e Acompanhamento da Casa Civil da Presidência da República também está encarregada, conforme o art. 11, de dar apoio técnico-administrativo ao PRO-REG, tanto à CGP, como a CCP, o que demonstra em algum grau um projeto de reconstrução (e talvez de repolitização sem tom pejorativo) da regulação no Brasil.

Desse ângulo, três são os objetivos centrais do programa: (i) fortalecimento da capacidade de formulação e análise de políticas e a melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico, destacando a importância da análise de impacto regulatório como ferramenta para tanto nos países membros da OCDE; (ii) fortalecimento da autonomia, transparência e desempenho das agências, especialmente por meio de programas de capacitação dos diretores das agências para realizar as AIRs e uma gestão por resultados; (iii) planejamento para criação de uma Unidade de Coordenação, Monitoramento e Avaliação de Assuntos Regulatórios inspirada notadamente nos modelos dos chamados “*regulatory oversight bodies*”, ou seja, supervisores regulatórios<sup>226</sup>, como a CONFERMER no México, a NAO no Reino Unido e a OMB nos Estados Unidos, já apresentados anteriormente; e (iv) aperfeiçoar os mecanismos de controle social e qualificação dos atores sociais para participação do processo regulatório.

---

<sup>226</sup> Sobre o tema, Cf. OCDE. **Background Document on Oversight Bodies for Regulatory Reform**. 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/mena/governance/40681003.pdf>> Veja-se também: PROENÇA, Jadir Dias. Supervisão regulatória e a articulação com as políticas públicas: experiências latino-americanas. **XIV Congresso Internacional do Centro Latino-americano de Administração para o Desenvolvimento** – CLAD, 2009. Disponível em: <[www.regulacao.gov.br](http://www.regulacao.gov.br)>

## CAPÍTULO 3 – ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: É CONSTITUCIONAL?

Este capítulo tem como objetivo explicar analiticamente o que é a análise de impacto regulatório, abordando a metodologia empregada e os fundamentos jurídicos que podem ser invocados para uma aclimatação no Brasil que considere suas potencialidades e limitações. Esse instituto inaugura um novo capítulo na regulação, pelo menos, no Brasil, sendo importante sistematizar o debate travado na economia e em outros países de forma palatável aos que se dedicam ao estudo ou trabalho com o direito<sup>227</sup>. São introduzidas, com isso, meditações metarregulatórias, como dito anteriormente. Mais do que isso, pretende-se fornecer elementos sem os quais não será possível responder se a aclimatação da AIR no Brasil é constitucional.

O roteiro desse capítulo para enfrentar esses problemas é o seguinte: (i) conceito da análise de impacto regulatório e suas etapas centrais, segundo a OCDE; (ii) A análise de custo-benefício na AIR: o método do método; (iii) notícias dos experimentos com a AIR em algumas agências reguladoras brasileiras.

### 3.1. Conceito

Como já dito anteriormente, em linhas gerais, a AIR é uma ferramenta destinada a examinar e mensurar os benefícios, custos e efeitos prováveis de uma regulação nova ou existente, de modo a auxiliar os tomadores de decisão.<sup>228</sup> Do ponto de vista técnico, como bem coloca José Vicente Santos de Mendonça, uma “*Análise de Impacto Regulatório é um conjunto de procedimentos administrativos que, servindo a avaliar uma regulação nova ou já existente, inclui (i) a qualificação e a coleta de dados a respeito das possíveis consequências - positivas e negativas - dos atos regulatórios, (ii) a adoção de um critério de valoração a respeito de tais consequências, (iii) a efetiva avaliação delas e (iv) a adoção ou rejeição do ato regulatório, ou, mesmo, sua correção de rumo.*”

---

<sup>227</sup> O presente capítulo parte do excelente estudo e sistematização já realizado no esforço de traduzir para o direito um tema que ainda deve muito à economia. Cf. MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Análise de Impacto Regulatório: um novo capítulo das agências reguladoras*. **Revista de Direito da Administração Pública nº1**, 2012. Disponível em: <www.cedap.uff.br>.

<sup>228</sup> Tradução livre do trecho disponível em: OECD. **Building an institutional framework for regulatory impact analysis(RIA): Guidance for Policy Makers**. 2008, p.14. Esse documento traz alguns elementos para identificar e quantificar os benefícios e os custos, como, por exemplo, (i) o título da proposta; (ii) objetivos e efeitos esperados da política regulatória; (iii) avaliação da política; (iv) considerações acerca de opções alternativas da proposta; (v) análise de impactos distributivos; (vi) resultados da consulta pública; (vii) estratégias de compliance; (viii) processos de monitoramento e avaliação.

A proposta é, partindo do conceito proposto pelo jurista, aprofundar a iniciativa original de traduzir os conceitos apresentados na OCDE para um vocabulário jurídico, o que ainda é difícil especialmente no Brasil contemporâneo em que parte significativa dos trabalhos é de economistas, e não dos juristas.

A análise de impacto regulatório insere-se no objetivo de uma atuação mais cuidadosa por parte das Agências Reguladoras que almeja construir uma “*regulação de alta qualidade*” ou, pelo menos, de alguma qualidade que reduza as assimetrias informacionais e promova uma deliberação pública de qualidade entre os grupos da sociedade entre si e com as instâncias políticas e administrativas, de forma a se forjar, a um só tempo, legitimidade técnica e democrática<sup>229-230-231</sup>. Envolvendo o público e conferindo publicidade crítica aos resultados, a OCDE acredita que a AIR é mais uma ferramenta para construir essa regulação de alta qualidade<sup>232</sup>.

Daí se colocar que uma regulação melhor pressupõe uma “*metarregulação*”, ou seja, que pense nos critérios para dizer o que é uma regulação de qualidade, como, por exemplo, eficiência, justiça, transparência e simplicidade do processo e etc<sup>233</sup>. Para estudar o instituto que contribui para refletir sobre a qualidade da regulação, traçamos o seguinte plano de trabalho inicial: (i) conceito; (ii) os métodos de implementação da AIR; e (iii) os fundamentos para a AIR no ordenamento brasileiro.

---

<sup>229</sup> BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Determinantes de Qualidade Regulatória: principais instrumentos e o caso brasileiro.** Disponível em: [http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/IVSEAE2009/monografias\\_2009.htm](http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/IVSEAE2009/monografias_2009.htm)

<sup>230</sup> European policy Centre. **Regulatory Impact Analysis: Improving the quality of EU Regulatory activity** Occasional Paper, 2002.

<sup>231</sup> Não desejamos explorar o debate sobre os diversos modelos de democracia. Veja-se: LEGALE FERREIRA, Siddharta. Democracia Direta vs. Representativa: uma Dicotomia Inconciliável com Algumas Reinvenções. **Direito Público (Porto Alegre)**, v. 18, 2007. Compartilhamos uma visão de uma democracia deliberativa cooperativa que tenta superar a visão liberal do espaço público (e inclusive da regulação) como um playground de elites e também o idealismo da visão republicana. Cf. HABERMAS, Jürgen. Três modelos de democracia. In: **A inclusão do outro**. São Paulo: Edições Loyola, 2002. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da Constituição e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Para uma reflexão original sobre o papel dos grupos nesse processo democrático, cf. SUNSTEIN, Cass R. **Deliberative Trouble: Why groups go to extremes**. Yale Law Journal. Vol. 110. Disponível em: < [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com) > Acesso em: <10.01.2012> Do mesmo autor, Cf. **The Law of group polarization**. Disponível em: <[www.ssrn.com](http://www.ssrn.com)> Acesso em<09/01/2012>

<sup>232</sup> SALGADO, Lúcia Helena. **Análise de impacto regulatório**. Disponível em: <[http://www.anvisa.gov.br/divulga/newsletter/bp\\_regulatorias/pdf/artigo\\_professora\\_lucia.pdf](http://www.anvisa.gov.br/divulga/newsletter/bp_regulatorias/pdf/artigo_professora_lucia.pdf)>

<sup>233</sup> RADAELLI, Cláudio M. **Whiter Better regulation for the Lisbon agenda**. Journal of European Public policy n. 14:2, 2007, p. 190-207.

Em linhas gerais, a análise de impacto regulatório é um modo de pensar econômico que deve guiar a atuação do regulador<sup>234</sup>. A AIR, com esse nome e em moldes estritos, ainda não foi totalmente implementada no Brasil, embora existam experiências e exigências assemelhadas, como teremos a oportunidade de explicar mais adiante. Trata-se de uma forma de adotar processos racionais para tomada de decisões, de modo a incrementá-las, reduzir custos ou administrar a escassez. A internacionalização do instituto se deve a uma proposta da OCDE (Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico) de construir uma “*regulação de alta qualidade*”, uma regulação debatida no espaço público, divulgada devidamente para publicidade crítica e controle social e, tecnicamente, comprometida com os fatos sociais. Uma regulação de baixa qualidade se traduz em aumento do custo para os negócios (custo-Brasil, por ex.), aumento da complexidade e insegurança jurídica e dificuldade para que os governos atinjam as metas de desenvolvimento econômico<sup>235</sup>. Em outras palavras, para a OCDE, a Análise de Impacto Regulatório é o principal instrumento para se evitar isso e construir uma regulação que leve os fatos a sério.

Diversos documentos e estudos da OCDE vêm destacando a importância de implementar a AIR para o desenvolvimento do país. Em primeiro lugar, destaca-se a importância de criar uma base verdadeiramente empírica para a regulação<sup>236</sup>. Em segundo lugar, destaca-se a necessidade de adotar práticas regulatórias que evitem a regulação via “comando e controle” por uma regulação amigável e participativa por meio de consultas públicas aos interessados. Embora na década de 1980 poucos países adotassem expressamente a RIA, a partir dos anos 90, com a divulgação de alguns relatórios pela OCDE<sup>237</sup>, o número cresceu exponencialmente.

Desde 1995, a OCDE vem lançando estudos sobre o tema, como já abordado anteriormente, quando neste ano foi lançado um *checklist* para orientar o aprimoramento da qualidade da regulação<sup>238</sup>. Em 1997, a OCDE publicou um relatório de práticas de

---

<sup>234</sup> SALGADO, Lucia Helena e BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória**. Brasília: IPEA – texto para discussão 1463, 2010. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1463.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf) >

<sup>235</sup> OECD. **Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)**, 2008.

<sup>236</sup> OECD. **Regulatory policies in OECD countries: from interventionism to regulatory governance**, 2002.

<sup>237</sup> OECD. **Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)**, 2008.

<sup>238</sup> OECD. **Recommendation of the council of the OECD on improving the quality of government regulation (adopted on 9 march 1995), including the OECD reference checklist for regulatory**

boa regulação e outro relatório sobre os princípios para aperfeiçoar a regulação. Em 2002, foi lançado um guia sobre as políticas regulatórias para estimular a governança. Em 2004, foi feito um inventário das técnicas existentes para o relatório de impacto regulatório<sup>239</sup>. Em 2008, foi lançado um relatório específico para um quadro institucional para realizar a análise de impacto regulatório.<sup>240</sup> De lá para cá, as técnicas e ferramentas de como realizar foram sendo aprimoradas, surgindo ou experimentando maneiras diferentes de usar e aprimorar a Análise de Impacto Regulatório.

No caso brasileiro, foi constituído o PRO-REG, também já apresentado para fortalecer a capacidade institucional para gestão da regulação.<sup>241</sup> Relembre-se e destaque-se que o Decreto nº 6.062 de 2007 enfatiza a necessidade de "*fortalecer a capacidade de formulação e análise de políticas públicas em setores regulados*"<sup>242</sup>, demonstrando preocupação não somente com os gastos e o poder decisório das agências reguladoras, mas também com a análise de possíveis impactos das ações reguladoras. Entre as medidas tomadas pelo Programa até hoje, podemos destacar estudos realizados por especialistas para a implantação e institucionalização da Análise de Impacto Regulatório no Brasil, além de cursos de capacitação e eventos realizados em prol da AIR.

Percebe-se a preocupação com a implantação da AIR no Brasil, sob a orientação das resoluções da OCDE, frequentemente citadas e analisadas no Programa, que estabelecem os parâmetros para uma boa adoção da Análise de Impacto Regulatório,

---

**decision-making and background note.** 1995 Algumas perguntas que orientam o processo nesse documento são: "1. O problema foi corretamente definido? 2. A ação do governo foi justificada? 3. A regulação é a forma mais indicada de intervenção governamental? 4. Existe base legal à intervenção regulatória? 5. Qual o nível de governo indicado para essa intervenção governamental? 6. Os benefícios da regulação justificam os custos? 7. Os efeitos distributivos são transparentes à sociedade? 8. A regulação é considerada clara, consistente, compreensível e acessível aos usuários? 9. Todas as partes interessadas tiveram a oportunidade de expressar suas opiniões? 10. Como se dará o cumprimento da regulação?." Considerando nesse *checklist* já havia uma implícita previsão da AIR, Cf. LIMA, Valéria Athayde Fontelles de. **Avaliação de impacto regulatório e sua aplicação no Brasil.** Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Políticas públicas, estratégias e desenvolvimento do Instituto de economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2010, p. 80.

<sup>239</sup> OECD. **Regulatory Impact Analysis (RIA) Inventory** Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/22/9/35258430.pdf>

<sup>240</sup> OECD. **Building an institutional framework for regulatory impact analysis (RIA).** 2008.

<sup>241</sup> OCDE. **Relatório sobre a Reforma Regulatória -Brasil Fortalecendo a governança para o crescimento.** Casa Civil da Presidência da República, p. 35 e ss.

<sup>242</sup> **Decreto nº 6.062 de 16 de Março de 2007:** Institui o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação - PRO-REG, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2007.

bem como por meio da cooperação institucional com países como Estados Unidos, México e Reino Unido. Segundo informações do site do PRO-REG, está se trabalhando em projetos-piloto, em diversas agências reguladoras, como, por exemplo, ANVISA, ANP, ANCINE, ANS e ANTAQ, para desenvolver a Análise de Impacto Regulatório, motivando equipes técnicas a discutir os objetivos da ação regulatória e a pensar nos problemas, especialmente das análises de custo-benefício, nas vantagens e desvantagens das opções escolhidas, bem como em formas de introduzir técnicas de “pré-consulta”, melhorar a sistematização, comunicação e transparência das agências reguladoras.

A OCDE define o Relatório ou Análise de Impacto Regulatório como (AIR ou RIA) “*RIA é uma ferramenta de decisão, um método de i) sistemática e consistentemente examinar potenciais impactos oriundos das ações governamentais e de ii) comunicar as decisões aos tomadores de decisão. Ambos a análise e a comunicação são aspectos cruciais.*”<sup>243</sup> Em documento mais recente, com o mesmo sentido, a OCDE considera a AIR da seguinte forma:

*“AIR é uma ferramenta política sistemática usada para examinar e mensurar os benefícios, custos e efeitos prováveis de uma regulação nova ou existente. A AIR é um relatório analítico para auxiliar os tomadores de decisão. Tipicamente, o núcleo estruturante deve conter os seguintes elementos: título da proposta, o objetivo e os efeitos pretendidos para a política regulatória, a avaliação do problema político, considerando as opções alternativas, avaliação de todos os seus impactos distribuídos, resultados da consulta pública, estratégias de compliance<sup>244</sup> e processos de monitoramento e avaliação”.*<sup>245</sup>

Duas observações são necessárias. Em primeiro lugar, a AIR não substitui a decisão a ser tomada ou a política a ser implementada, servindo apenas para aparelhá-las com informações analíticas mais consistentes. Em segundo lugar, trata-se da mais importante contribuição para qualidade da decisão de forma e não apenas de um cálculo

---

<sup>243</sup> OECD. **Regulatory policies in OECD countries: from interventionism to regulatory governance**, 2002, p. 45.

<sup>244</sup> Não traduziremos a expressão *compliance*, oriundo do verbo “to comply”, porque essa expressão não possui uma correspondente ótima em português, designando a ideia de um conjunto de práticas para implementar, por exemplo, o respeito às regras e à segurança jurídica.

<sup>245</sup> Tradução livre do trecho disponível em: OECD. **Building an institutional framework for regulatory impact analysis(RIA): Guidance for Policy Makers**. 2008, p.14. Esse documento traz alguns elementos para identificar e quantificar os benefícios e os custos, como, por exemplo, (i) o título da proposta; (ii) objetivos e efeitos esperados da política regulatória; (iii) avaliação da política; (iv) considerações acerca de opções alternativas da proposta; (v) análise de impactos distributivos; (vi) resultados da consulta pública; (vii) estratégias de *compliance*; (viii) processos de monitoramento e avaliação.

preciso. A AIR é uma ação de análise crítica por meio de questionamentos, compreendendo os impactos do mundo real por explorar possibilidades e suposições de modo inclusive a desvelar efeitos ocultos de uma regulação que até pode ser conhecida.

A AIR, dessa forma, pode lidar com juízos sobre informações, identificando os grupos socialmente afetados e os tamanhos de cada grupo, bem como a natureza dos impactos, a amplitude dos efeitos e o quanto eles são persistentes. Veja-se que, com isso, o papel do instituto em evidenciar – embora nem sempre se tenha consciência – o que é óbvio: a regulação é uma forma em sentido amplo de intervenção do Estado na economia e, como tal, deve servir a incrementar o bem-estar econômico e social de todos. Em última análise, a AIR avalia a aderência da regulação ao contexto socioeconômico, histórico e político, auxiliando o processo e a coordenação entre as políticas macroeconômicas regulatórias, como inclusive pretende explicitamente o PRO-REG.

É possível catalogar quatro etapas para proceder à análise de impacto regulatório<sup>246</sup>: (i) a qualificação e coleta de dados; (ii) a adoção de um critério de valoração a respeito das consequências; (iii) a efetiva avaliação dos dados coletados; e (iv) o resultado, podendo-se obter a adoção, rejeição ou modificação do ato regulatório.<sup>247-248</sup>

---

<sup>246</sup> Em sentido semelhante às etapas abordadas, a OCDE, descreve a AIR com os seguintes esquemas, Cf. OECD. **Building an institutional framework for regulatory impact analysis(RIA): Guidance for Policy Makers**. 2008, p. 17 e 34.

<sup>247</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Análise de Impacto Regulatório: o novo capítulo das agências reguladoras**. Revista Justiça e Cidadania. 15 de Setembro de 2010, p. 30 e ss. Em sentido semelhante, mas de forma menos completa, abordando três fases ou etapas apenas: (i) processo de tomada de decisão da política pública ou regulatória; (ii) a implementação; e (iii) monitoramento. Cf. VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. **A análise de impacto como mecanismo de controle do tabaco**. Revista de Direito Público da Economia n. 32, 2010. Outra proposta em quatro etapas considera: (i) inicial; (ii) parcial; (iii) completa; e (iv) final. Cf. Donald Macrae. **Análise de impacto regulatório – AIR e a experiência do Reino Unido**. In: Pedro Ivo Sebba Ramalho (Org.) Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório. Brasília: ANVISA e Presidência da Casa Civil, 2009, p. 255

<sup>248</sup> O Guia da OCDE propõe seis etapas: (i) definir o contexto político e os objetivos, em particular a identificação sistemática do problema que fornece a base à ação governamental; (ii) Identificar e definir todas as possíveis opções regulatórias e não regulatórias para o alcance dos objetivos pretendidos; (iii) identificar e quantificar os impactos das opções e não regulatórias para o alcance dos objetivos pretendidos; (iv) desenvolver estratégias que levem à aceitação e cumprimento de cada opção regulatória, incluindo avaliações da eficiência e eficácia; (v) desenvolver mecanismos de monitoramento para avaliação do sucesso das proposições regulatórias; (vi) incorporar a prática da consulta pública, de forma que todos os agentes possam participar do processo regulatório, fornecendo informações acerca dos custos e benefícios das alternativas existentes, incluindo a sua eficácia. Cf. OECD. **Building an institutional framework for regulatory impact analysis(RIA): Guidance for Policy Makers**. 2008.

A **qualificação e a coleta de dados** consistem no estabelecimento de um critério de tudo aquilo que será considerado consequência do ato regulatório. Em outras palavras, seria o estabelecimento de um filtro para os dados que serão considerados relevantes. Nessa etapa, o regulador deve ter a visão mais abrangente possível, devendo prevalecer a transparência e a imparcialidade, além de um viés democrático e o espírito republicano. A análise deve evitar se inclinar para um grupo específico que será regulado, operando sob uma lógica de “razão pública”<sup>249</sup> o sentido rawlsiano que, a um só tempo, respeite as diversas doutrinas abrangentes e evite a suspeita de estar ocorrendo uma regulação sob a captura econômica ou falhas na regulação que, inconscientemente, confirmam um prejuízo ou lucro excessivo a alguém, o que até pode ocorrer desde que de forma clara.

É nessa etapa do procedimento que diversos autores encorajam a participação democrática por meio de consultas e audiências públicas, como uma forma de absorção de perspectivas variadas dos sujeitos/grupos regulados, a fim de garantir uma participação na delimitação do objeto.<sup>250-251</sup> Por fim, deve-se obter um objeto não excessivamente pequeno que não leve em consideração apenas poucos aspectos da questão e demonstre má-fé do regulador, mas tampouco excessivamente extenso e vago, sob pena de prejudicar a inteligibilidade e a profundidade técnica que pesquisas dessa espécie pressupõem. A informação trazida à tona pela AIR, mais do que isso, deve não apenas ser compreensível, inteligível e acessível, mas também saliente por meio de palavras, signos e imagens quando for necessário, de tal modo que seja suficiente para fomentar um debate público robusto.

A efetiva **coleta dos dados** é um segundo aspecto dessa primeira etapa. A abrangência também é importante, devendo-se considerar o mercado, a administração e também as entidades associativas e grupos de interesse. Devem ser buscadas

---

<sup>249</sup> Não desejo aprofundar o conceito Cf. RAWLS, John. **Direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Para uma aplicação do conceito filosófico ao direito administrativo, em particular as intervenções do estado no domínio econômico, confira-se a original e excelente tese de doutorado de MENDONÇA, José Vicente Santos de. **A captura democrática da Constituição Econômica: uma proposta de releitura das atividades públicas de fomento, disciplina e intervenção direta na economia à luz do pragmatismo e da razão pública**. Tese de Doutorado em Direito da Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 125 e ss.

<sup>250</sup> Scott Jacobs. **Regulatory Impact Analysis in Regulatory Process, Method, and Co-operation: Lessons for Canada from International Trends**. Jacobs and Associates, Privy Council Office: Government of Canada, 2006, p. 33.

<sup>251</sup> Com base nas experiências obtidas nos seus países-membros, a OCDE recomendou, entre outras medidas, o envolvimento extensivo do público no processo de AIR. Cf. OCDE. **Regulatory impact analysis: best practices for regulatory quality and performance**. Paris, 1997.

informações em outras entidades a fim de expandir os horizontes da pesquisa. Tem-se aqui a etapa mais demorada do processo, pois as fontes de dados são distintas e a coleta deve ser feita de forma constante.<sup>252</sup> Diversas estratégias são recomendáveis para coletar dados num tempo razoável e com informações úteis. A OCDE indica algumas delas, como por exemplo, a consulta a especialistas nacionais (advogados, economistas e analistas), consultas às comissões de estatísticas ou organizações especializadas, desenvolver treinamentos quantitativos no setor público para o RIA, estabelecer uma rede para compartilhar a experiência internacional, entrevistas, questionários e grupos e discussão.

Note-se que, aqui, fica evidente que a AIR não é uma idealização metodológica inconsistente, tampouco sua conceituação e descrição de etapas, um exercício de erudição técnica desprovida de preocupações práticas. Identificar os métodos e técnicas, como logo de cara ficou claro, é imprescindível para poder afirmar com segurança se as agências reguladoras brasileiras vêm implementando uma AIR de verdade ou, se ao contrário, o instituto será aclimatado como manobra retórica de legitimação institucional.

A **adoção de um critério** é a etapa em que se dará uma carga negativa ou positiva aos dados coletados. Até então, uma consequência era apenas coletada e tida como relevante para o processo. Passa-se aqui a uma análise em alguma medida qualitativa por meio de parâmetros e referências para valoração dos dados obtidos anteriormente, como boa ou ruim, eficiente ou ineficiente, custosa ou não para fins da tomada de decisão. O critério adotado deve, sobretudo, ser universalizável e ter amparo constitucional, de forma a contribuir para facilitar a identificação das prioridades e tornar a regulação mais transparente, devendo obedecer ao princípio da publicidade, como recomenda a OCDE.<sup>253</sup>

A **avaliação das consequências** é reflexo da etapa anterior. De posse da valoração estabelecida, podemos já falar em custo-benefício e não mais em consequências positivas e negativas, por meio de uma avaliação de forma mais

---

<sup>252</sup> BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Determinantes de Qualidade Regulatória**: principais instrumentos e o caso brasileiro. Disponível em: <[http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca\\_seae/premio-seae/iv-premio/estudantes/monografia-1o-lugar-eduardo-bizzo-de-pinho.pdf](http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/premio-seae/iv-premio/estudantes/monografia-1o-lugar-eduardo-bizzo-de-pinho.pdf)>, p. 25.

<sup>253</sup> Ao abordar a análise “multi-criterial” (Multi-criteria analysis - MCA), há um destaque para identificação de prioridades e para transparência Cf. OECD. **Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)**, 2008, p. 15.

detalhada dos resultados que determinada medida regulatória acarretaria. Essa análise de custo-benefício possui toda uma literatura especializada, como será abordado no próximo tópico, que aponta não apenas a necessidade de uma análise quantitativa de vantagens e desvantagens, mas também uma análise qualitativa.

Por fim, de posse dos estudos de impacto regulatório poder-se-á tomar sua decisão que será a **adoção, revisão ou rejeição** de uma ação regulatória. Trata-se de uma proposta de acompanhamento permanente do que está sendo realizado, ou seja, realizar um monitoramento constante das pautas regulatórias. Não basta se avaliar previamente o impacto regulatório, sendo preciso igualmente monitorar os efeitos sistêmicos e posteriores desses impactos.

É preciso mais: treinar e educar o regulador, de modo a evitar que as práticas regulatórias não se desviem dos padrões de respeito à democracia e aos direitos fundamentais. Autonomia reforçada das agências e segurança jurídica pela regulação não devem se confundir com arbitrariedade reforçada e imposição das próprias razões tecnocráticas. A informação deve ser meio para o debate público robusto e desinibido e não uma forma de sufocar ou manipular racionalidades alternativas presentes no espaço público. Justamente por isso, a revisão de políticas regulatórias já implementadas (e não apenas de certas regulamentações) é fomentada pela OCDE.<sup>254</sup>

### **3.2. A análise de custo-benefício na AIR: o método do método**

A análise de custo-benefício é o principal método recomendado da OCDE para realizar a análise de impacto regulatório, como abordamos anteriormente. Existe um rico debate sobre os diversos métodos empregados na análise de impacto regulatório<sup>255</sup>, como a análise de custo-efetividade<sup>256</sup> e as análises parciais<sup>257</sup> que não serão objeto de

---

<sup>254</sup> Refletindo criticamente sobre os motivos pelos quais é difícil implementar o monitoramento da regulação, como, por exemplo, o tempo curto de permanência das equipes trabalhando junto ou a diminuição do interesse com passar do tempo Cf. Colin Jacobs. **The evolution and development of regulatory impact assesment in the UK**. In: Regulatory Impact Assessment: towards better regulation? Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2007.

<sup>255</sup> Por exemplo, a análise de custo-efetividade, a análise multicriterial e a análise parcial em um determinado setor. Cf. OCDE. **Interventionism to governance**, 2002, p. 128. Ver p. 52 e ss OCDE. OCDE. **Regulatory Impact Analysis: a tool for policy coherence**.2009

<sup>256</sup>A **Análise de Custo-Efetividade** (ACE), diferentemente da ACB já possui seus fins especificados e serve somente para determinar qual o meio menos custoso para se alcançar o referido fim. Essa alternativa é aconselhada por alguns autores como a mais indicada até que se obtenha conhecimento de causa suficiente para trabalhar com a ACB.Em certos casos, podendo-se citar frequentemente o caso brasileiro, muitas vezes o resultado já foi pré-determinado pelo legislador, não restando margem de

investigação. Pretendemos tratar mais cuidadosamente da análise de custo-benefício como chave de compreensão da AIR<sup>258</sup>, porque existem diversos estudos importantes sobre a temática, como os de Amartya Sen, Cass Sunstein e Eric Posner, ainda pouco (ou não debatidos) entre os juristas.

A Análise de Custo-Benefício (ACB) é o principal método da análise de impacto regulatório para auxiliar o processo de tomada de decisão. É o mais comum dentre os três e, segundo a OCDE, representa a melhor prática para a AIR.<sup>259</sup> Considerando isso e a maior atenção a essa metodologia, como já afirmado, dedicaremos maior atenção a ACB em detrimento dos demais métodos. A ACB serve para auxiliar o tomador da decisão em julgamentos complexos onde diversos bens estão sendo avaliados.<sup>260</sup> Em linhas gerais, impõe a consideração da posição dos especialistas, o consenso entre as partes interessadas, as decisões dos representantes políticos, a comparação com outros

---

manobra para o regulador, mas somente a determinação do meio a ser utilizado para obtenção do referido fim. Outra possibilidade de utilização da ACE ocorre quando o regulador se vê diante da dificuldade de quantificar os benefícios a serem gerados, ou quando há benefícios impossíveis de quantificação, quando se vê oportuna a utilização da ACE para alienar o regulador da discussão política, deixando de mensurar valores morais tais como a vida, biodiversidade ou acidentes. Alguns autores defendem que esse método deve ser implantado no Brasil antes mesmo da ACB para que se angarie *expertise* no tema para maximizar os efeitos da adoção da AIR. Cf. SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo Pinho. **Análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória**. Brasília: IPEA – texto para discussão 1463, 2010, p. 15 e 31. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1463.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf)>

<sup>257</sup> As Análises Parciais (*threshold tests*), por sua vez, servem para destacar o custo-benefício de uma determinada ação sobre um determinado grupo ou setor. Servem para oferecer análises de prismas diferentes dos oferecidos pelas análises mais amplas. Esse método não é excludente, podendo, e sendo recomendada a utilização conjuntamente com os dois já trabalhados até aqui. Dada a análise de apenas uma parcela da questão, critica-se a análise parcial pelo seu resultado ilusório ou de curto prazo, acarretado basicamente por três problemas: mensurar o impacto distributivo em um setor específico sem especificar de que forma será feito; mensurar o impacto macroeconômico gerado por ações microeconômicas; e fazer análises apenas parciais sem determinar quais serão integrados à estrutura mais ampla. Cf. Scott Jacobs, **Regulatory Impact Analysis in Regulatory Process, Method, and Cooperation: Lessons for Canada from International Trends**. Jacobs and Associates, Privy Council Office: Government of Canada, 2006, p.82.

<sup>258</sup> RAUEN, Cristiane Vianna. **Metodologias de análises de impacto regulatório e análise de custo-benefício**. Disponível em: <[http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=RAUEN%2C+Cristiane+Vianna.+Metodologias+de+an%C3%A1lises+de+impacto+regulat%C3%B3rio+e+an%C3%A1lise+de+custo+benef%C3%ADcio&source=web&cd=2&ved=0CDAQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.seae.fazenda.gov.br%2Fcentral\\_documento\\_s%2Fdocumento\\_trabalho%2Fdocumento-de-trabalho-n48\\_cristiane-rauen\\_dt.pdf&ei=zXgeUYmIAoX09gSW9YGICg&usq=AFQjCNHfjo09YaFE4nsxTUfNRX37qFGQ4Q](http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=RAUEN%2C+Cristiane+Vianna.+Metodologias+de+an%C3%A1lises+de+impacto+regulat%C3%B3rio+e+an%C3%A1lise+de+custo+benef%C3%ADcio&source=web&cd=2&ved=0CDAQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.seae.fazenda.gov.br%2Fcentral_documento_s%2Fdocumento_trabalho%2Fdocumento-de-trabalho-n48_cristiane-rauen_dt.pdf&ei=zXgeUYmIAoX09gSW9YGICg&usq=AFQjCNHfjo09YaFE4nsxTUfNRX37qFGQ4Q)>

<sup>259</sup> OECD. **Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)**, 2008, p. 10

<sup>260</sup> Formulando 16 princípios, envolvendo a ACB e a regulação, Cf. ARROW, Kenneth et all. **Benefit-cost analysis in environmental, health an safety regulation**. Disponível em: <http://classwebs.spea.indiana.edu/kenricha/Classes/V600/Spring%202009%20Class%20Readings/CBA%20-%20Regulatory%20Review/Arrow%20et%20al%20CBA%20Overview.pdf>

modelos e dados empíricos da principal e o que será abordado é a análise de custo-benefício<sup>261-262-263</sup>

Algumas vantagens enumeradas para o método são o custo relativamente baixo, a facilidade de monitoramento por agentes externos e a relativa dispensa de *expertise* muito profunda por parte das agências.<sup>264</sup> Existe também a possibilidade, diante da impossibilidade quantificar plenamente ou de forma monetária todas as consequências, de se lançar mão da chamada de ACB branda (*soft Cost-benefit Analysis*) ou prévia, que incorpora todas as consequências, admitindo as referidas limitações de monetarização e elenca os efeitos, apresentando-os à sociedade para que os pondere de forma subjetiva.<sup>265</sup>

De origem utilitarista, a análise de custo-benefício remonta a Bentham em 1781, que afirmava que o bom governo deve ponderar os custos impostos à sociedade em face dos benefícios a serem obtidos. O conceito é retomado após o ressurgimento do liberalismo no século XX e a crítica aos Estados inflados que surgiram após a quebra da bolsa de Nova York de 1929, principalmente, durante governo de Ronald Reagan e sua preocupação em reduzir o fardo regulatório analisando os seus impactos, como visto anteriormente. É usualmente tida como uma forma de dirimir o controle dos grupos de interesse nos processos de tomada de decisão, embora não escape de críticas severas.

A ACB deve obedecer alguns princípios, tais como incluir todos os impactos significativos da ação a ser tomada, sendo eles quantificáveis ou não, explicitando aqueles que podem ser mensurados de forma monetária e os que isso não é possível. A

---

<sup>261</sup> JACOBS, Scott. **An overview**. In: **Regulatory Impact Analysis: Best practices** in OECD countries. Paris: OECD, 1997, p.13.

<sup>262</sup> Não ignoramos a existência de outros métodos úteis para a AIR, mas optamos por destacar os apresentados acima. Sobre a análise “multi-criterial” (Multi-criteria analysis - MCA), Cf. OECD. **Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)**, 2008, p. 15.

<sup>263</sup> Há, ainda, quem aponte os métodos de análise de risco e de incerteza. No entanto, optamos por dedicar atenção aos três selecionados acima por serem mais comuns na experiência internacional. Cf. LIMA, Valéria Athayde Fontelles de. **Avaliação de impacto regulatório e sua aplicação no Brasil**. Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Políticas públicas, estratégias e desenvolvimento do Instituto de economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2010, p. 89 e ss.

<sup>264</sup> POSNER, Eric e ADLER, Matthew D. A. **Implementing Cost-Benefit Analysis When Preferences Are Distorted**. *Journal of Legal Studies*. vol. XXIX, Junho de 2000, p. 1106-1147.

<sup>265</sup> BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Determinantes de Qualidade Regulatória: principais instrumentos e o caso brasileiro**. Disponível em: <[http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca\\_seae/premio-seae/iv-premio/estudantes/monografia-1o-lugar-eduardo-bizzo-de-pinho.pdf](http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/premio-seae/iv-premio/estudantes/monografia-1o-lugar-eduardo-bizzo-de-pinho.pdf)> Acesso em: 11/02/2012, p. 29.

visão consequencialista ou até utilitarista deve ser ampliada, verificando-se também os direitos e valores violados ou comprometidos nas ações implementadas. É o que destaca expressamente Amartya Sen ao tratar dos princípios fundantes da ACB: a avaliação explícita das consequências, a avaliação de consequências em geral e para os direitos e, ainda, uma forma de aditiva de quantificar custos e benefícios colocando-os juntos e não separados com seus devidos pesos comparativos.

Essa “*abordagem ecumênica*”, como bem denominou Amartya Sen, pressupõe que se leve em consideração demandas estruturais como invocar a completude dos julgamentos inclusive quanto às alternativas de se escolher uma opção a outra. Significa que, para ter esse conhecimento completo, inclusive dessa uma compreensão probabilística, faz-se necessário um processo de programação dos parâmetros para uma avaliação aberta e dinâmica, ou seja, uma recusa a adoção de valores rígidos e estáticos que reduziram o próprio escopo da análise pretendida dos custos e dos benefícios.<sup>266</sup>

Deve-se também verificar e explicitar, sempre que possível, quem arcará com os custos e quem recebe os benefícios, subentendendo-se aqui o princípio da transparência<sup>267</sup>. Nesse ponto, ganham extrema importância a transparência e o espírito republicano, pois não se pode tomar uma decisão de grande magnitude baseado somente em uma convicção ou em uma conclusão derivada da tradição, tampouco de forma velada<sup>268</sup>, tampouco tal decisão deve estar pautada exclusivamente no medo ou na emoção.

A análise de custo-benefício consubstancia, como bem destaca Cass R. Sunstein, um instrumento para controlar os riscos, prevenindo-se da histeria ou alarmes infundados e desproporcionais<sup>269</sup>. O autor contrapõe cognição, como elemento chave da ACB, em relação à emoção. Em seguida, refuta três objeções a essa análise: a democrática, da quantificação e o racionalismo excessivo.

---

<sup>266</sup> SEN, Amartya. **The Discipline of Cost-Benefit Analysis**. The Journal of Legal Studies. vol. 29, no. S2. Chicago: The University of Chicago Press, Junho de 2000, p. p. 936. O mesmo texto também foi publicado em: In: ADLER, Mathew D. and POSNER, Eric. **Cost-benefit analysis: legal, economic and philosophical perspectives**. Chicago: The University of Chicago Press, 2000, p 95 e ss.

<sup>267</sup> ADLER, Mathew D. and POSNER, Eric. Rethinking cost-benefit analysis. **The Yale law Journal** vol 109, 1999, p. 175.

<sup>268</sup> SEN, Amartya. **The Discipline of Cost-Benefit Analysis**. The Journal of Legal Studies. vol. 29, no. S2. Chicago: The University of Chicago Press, Junho de 2000, p. 935.

<sup>269</sup> SUNSTEIN, Cass R. Cognition and cost-benefit analysis. ADLER, Mathew D. and POSNER, Eric. **Cost-benefit analysis: legal, economic and philosophical perspectives**. Chicago: The University of Chicago Press, 2000, p. 235.

A crítica democrática alega que a ACB incorre numa escolha tecnocrática dos especialistas das agências em substituição à vontade popular. Careceria, portanto, de legitimidade democrática uma decisão de especialistas a portas fechadas tomada apenas com base em análise de impacto sem a participação do público. É possível contrapor que uma vontade desse tipo, quando desinformada dos riscos que a ACB que a AIR pretende informar (e não tomar o lugar de quem irá decidir) acaba por incorrer num populismo, contrário a democracia como um governo pautado numa argumentação racional.

A crítica da quantificação destaca que nem todos os custos são comensuráveis e nem todos os bens podem ser monetarizados, ou seja, mensurado em termos pecuniários<sup>270</sup>. Não há, por exemplo, embora algumas AIR tentem fazer, como mensurar o valor da vida humana em termos financeiros ou da saúde de alguns em detrimento dos demais. Por essa razão, nem todos os custos e benefícios, relativos, por exemplo, à vida humana, saúde ou natureza, são passíveis de ser quantificados<sup>271</sup>. No entanto, é possível uma incorporação da crítica por meio de uma descrição qualitativa ao lado da quantitativa.

Por fim, a crítica ao racionalismo exacerbado da ACB aponta que as pessoas podem levar em conta os riscos e fatos de diferentes formas, de modo que um benefício pode justificar certos custos para algumas pessoas e para outros não. Por esse motivo, é mais complexo do que poderia aparentar afirmar que uma regulação é racional ou de qualidade. Ainda assim, Cass R. Sunstein afirma ser possível chegar a acordos incompletamente teorizados a partir de uma dada realidade mesmo sem haver um consenso pleno sobre todos os elementos, conceitos e bases para análise<sup>272-273</sup>.

---

<sup>270</sup> Uma crítica à quantificação pode ser encontrada também em: ACKERMAN, Frank. **Critique of cost-benefit analysis and alternative approaches to decision making**. Disponível em: [http://www.ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/Ack\\_UK\\_CBACritique.pdf](http://www.ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/Ack_UK_CBACritique.pdf) Acesso em: <13.02.2013>

<sup>271</sup> ACKERMAN, Frank; HEINZERLING, Lisa. **Pricing the priceless: cost-benefit analysis of health, safety and environmental protection**. Disponível em: <<http://www.progressivereform.org/perspcostbenefit.cfm> > Acesso em: <13.02.2013>

<sup>272</sup> Não desejamos aprofundar no pensamento original e instigante do autor. Sobre os acordos incompletamente teorizados para além da ACB, Cf. SUNSTEIN, Cass R. **Incompletely theorized agreement**. Disponível em: <[www.ssrn.com](http://www.ssrn.com)> Sobre as metadecisões, cf. SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. **Second-order decisions**. *Ethics*, v. 110, 1999. Para uma reflexão da racionalidade como um processo hermenêutica dentro das instituições e dialógico entre as instituições e não apenas decorrente de uma ponderação entre as pessoas Cf. SUNSTEIN, Cass R. VERMULE, Adrian. **Interpretation and institutions**. Disponível em: <[www.ssrn.com](http://www.ssrn.com)>

<sup>273</sup> Respondendo de forma análoga à última crítica da possibilidade de uma racionalidade analítica compreensiva e não meramente tecnoburocrática a partir de uma dada cultura administrativa. Cf. MCGARITY, Thomas O. **Reinventng rationality: the role of regulatory analysis in the federal bureaucracy**. New York: Cambridge University Press, 1991, p.11 e ss O autor também trabalha

É verdade que não é fácil realizar a análise de custo-benefício devidamente, em especial porque nem sempre os impactos das políticas públicas ou da regulação são planejados, bem como porque pode haver outros impactos não previstos ou antevistos. De qualquer forma, como nenhuma regulação ou intervenção estatal é completamente neutra, permitir que os impactos sejam identificados e analisados ganha importância.<sup>274</sup> A Análise de impacto regulatório, por meio desse custo de análise benefício, por isso, revela-se uma forma de incrementar a eficiência, seja pela colocação de questões adequadas, alternativas e da identificação de falhas e omissões, seja restringir considerações políticas inapropriadas promovendo um debate público informado e qualificado, o que inclusive facilita o eventual controle judicial da regulação<sup>275</sup>.

Vale destacar que, nesse juízo, realiza-se uma comparação de custos alternativos, mesmo que não sejam plenamente quantificáveis, como dito. Justamente por isso, trata-se de um dos métodos mais aceitos e que busca observar o benefício líquido de certa medida. Há uma inegável análise econômica do direito, que opera numa lógica de alcançar benefícios que excedam os custos e de reduzir esses últimos ao menor patamar possível. Do contrário, se os custos da AIR são maiores que benefícios obtidos com a eventual regulação, entende-se inclusive que não é recomendável utilizar o AIR a princípio.<sup>276</sup>

Em desfecho, é possível condensar a utilidade metodológica da ACB de forma simplista, embora didática, do seguinte modo: auxiliar no que fazer, em como fazer e em monitorar ou corrigir rumos. Seja qual for o método empregado, os instrumentos de pesquisa empírica podem ser úteis para coletar a informação, tais como questionários, painéis de negócios com companhias que aceitem realizar o AIR, uso das estatísticas oficiais de outras agências, revisão da literatura especializada, o uso de *checklists*<sup>277</sup> e, também, consulta pública<sup>278-279</sup>.

---

limitações semelhantes às de Sunstein, que, por entendermos melhor sistematizadas e expostas, não duplicar. Veja-se a *Idem, ibidem*, p. 124 e seguinte.

<sup>274</sup> MACRAE, Donald. **Análise de impacto regulatório – AIR e a experiência do Reino Unido**. In: Pedro Ivo Sebba Ramalho (Org.) *Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: ANVISA e Presidência da Casa Civil, 2009, p. 262.

<sup>275</sup> Sobre as virtudes da análise de impacto regulatório, Cf. MCGARITY, Thomas O. **Reinventing rationality: the role of regulatory analysis in the federal bureaucracy**. New York: Cambridge University Press, 1991, p.111 e ss

<sup>276</sup> SHAPIRO, Stuart. **Evaluating the benefits and costs of regulatory reforms: what questions need to be asked?** *Evaluation and program planning* 31, Elsevier, 2008, p. 223-230.

<sup>277</sup> Algumas perguntas interessantes que podem ajudar a pensar se a intervenção regulatória é apropriada e se a regulação é de alta qualidade podem ser encontradas em OECD. **Recommendation of the council of**

### 3.3. Análise de Impacto Regulatório em algumas agências reguladoras: notícias de um experimento em curso no Brasil

Segundo informações disponíveis no site do PRO-REG, hoje no Brasil estão sendo desenvolvidos alguns projetos-piloto em seis agências reguladoras: ANCINE, ANEEL, ANAC, ANVISA, ANS, ANP e ANTAQ. Dentro delas, são 16 projetos-piloto<sup>280</sup> com objetivo de treinar a equipe técnica para o uso da ferramenta, de modo a: (i) discutir o problema que se está tentando resolver; (ii) identificar os objetivos que a ação regulatória pretende alcançar; (iii) estabelecer as várias opções para resolver o problema identificado; (iv) e conduzir análises de custos e benefícios (vantagens e desvantagens)<sup>281</sup>.

Foram publicados alguns relatórios sobre a gestão das diversas agências reguladoras, e aparentemente, possuem a pretensão não declarada de ser uma avaliação de impacto regulatório<sup>282</sup>, o que não parece plausível por serem posteriores às resoluções adotadas. De fato, os dados disponíveis nas páginas das agências pretendem ser um compêndio das principais atividades de um dado ano, em geral a partir de 2009. Não pretendemos, por isso, resumir tais relatórios das atividades anuais das agências reguladoras, mesmo considerando uma boa fonte de dados e uma iniciativa louvável para incrementar a transparência. Para trazer exemplos de análises de impacto, traremos exemplos pontuais de algumas regulamentações, experiências ou questionamentos sobre

---

the OECD on improving the quality of government regulation (adopted on 9 march 1995), including te OECD reference checklist for regulatory decision-making and background note. 1995.

<sup>278</sup> OECD. **Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)**, 2008, p. 18 e ss.

<sup>279</sup> Considerando que a ACB é um método quantitativo, enquanto os checklists e as matrizes de impacto são métodos qualitativos para realizar a análise de impacto regulatório, Cf. MIRANDA, Silvia Helena Galvão de, BARTHOLOMEU, Daniela Bacchi, LIMA, Lilian Maluf de. **A análise de impacto regulatório como novo instrumento de gestão pública no Brasil**. Disponível em: <[http://www.sober.org.br/conteudo.php?item\\_menu\\_id=6&mostra\\_congresso\\_realizado=1&id\\_realizado=13](http://www.sober.org.br/conteudo.php?item_menu_id=6&mostra_congresso_realizado=1&id_realizado=13)>

<sup>280</sup> Procuramos no site da PRO-RE e em alguma agências reguladoras, mas não conseguimos encontrar maiores detalhes sobre esses projetos-piloto.

<sup>281</sup> <http://www.regulacao.gov.br/boletim-pro-reg/boletim-pro-reg-outubro-2011>

<sup>282</sup> <http://www.regulacao.gov.br/relatorios-de-gestao-das-agencias-reguladoras-federais>

as análises de impacto regulatório em algumas agências brasileiras - notícias breves de um experimento em curso.

A **Agência Nacional do Cinema (ANCINE)** começou em 2009 a reformular suas ações regulatórias através da criação de uma Superintendência Executiva (SUE) em substituição ao Núcleo de Assuntos Regulatórios e o Núcleo de Gestão da Informação. A SUE está à frente do processo de Planejamento Estratégico da instituição, além de ser responsável pela elaboração da Agenda Regulatória, e em suas análises tem adotado modelos de Nota Técnica padronizados com elementos de Análise de Impacto Regulatório, incluindo análise de impactos internos e externos, diagnósticos de soluções alternativas, experiências internacionais, etc. Em 2010 foi apresentada por parte da SUE uma Minuta de revisão da Resolução da Diretoria Colegiada nº 21 a fim de incluir, dentre outras melhorias da qualidade da regulação, a AIR. Os modelos de documentos previstos para outras superintendências também contêm elementos de AIR.

Em conjunto com o PRO-REG, a ANCINE vem desenvolvendo a capacitação dos reguladores nas metodologias de AIR. A participação em eventos promovidos pelo Programa e a organização por ela mesma de eventos e seminários sobre o tema em parceria com o Programa são destacados no sumário executivo da agência. É destacado também a participação da ANCINE no Projeto Piloto para implementação da AIR em parceria com o PRO-REG, a partir do final de 2010, montando-se um grupo de trabalho que vem sendo treinado na aplicação de ferramentas de análise de impacto. Com o auxílio técnico do Programa tem-se discutido o enquadramento da ferramenta no arcabouço institucional da agência, além do envolvimento dos setores do órgão, as lacunas e as formas e momentos de promoção de consultas públicas.

Em 10 de janeiro de 2013, foi editada a Resolução da Diretoria Colegiada n. 52 da ANCINE<sup>283</sup>. A norma é recente e interessante, porque, por um lado, o seu artigo 1º e 2º colocam a AIR como “requisito de admissibilidade” para deliberação sobre o ato normativo, destinado à elaboração ou revisão de atos sobre as atividades de regulação, fiscalização e fomento. A não realização da AIR, segundo o art. 2º, parágrafo único, no entanto, é possível mediante decisão explícita da Diretoria Colegiada em casos de urgência. Note-se que isso não é algo menor: por expressa decisão da agência, a AIR se

---

<sup>283</sup> O inteiro teor da RDC n. 52/2013 pode ser encontrada aqui:  
<<http://ancine.gov.br/sites/default/files/resolucoes-diretoria-colegiada/RDC%2052%2010-01-2013.pdf>>

torna obrigatória, condição de validade para os atos administrativos<sup>284</sup>. Outra questão que merece destaque da regulamentação dessa agência refere-se ao fluxo de tramitação processual que prevê, no art. 4º, a “Exposição de Assunto”, como um documento preparatório para AIR com objeto de racionalizar e dar transparência aos trabalhos. O artigo 5º explica melhor do que se trata:

Art. 5º A área interessada na edição ou revisão de ato normativo deverá encaminhar previamente processo administrativo, instruído com Exposição de Assunto, à Diretoria Colegiada, para fins de avaliação da proposta. Parágrafo único. A Exposição de Assunto, apresentada no Anexo I desta Resolução, deverá conter, ao menos:

- I) delimitação do problema;
- II) justificativa e fundamentação legal;
- III) premissas adotadas;
- IV) identificação de possíveis soluções e alternativas de ação;
- V) manifestação quanto à intenção de realização de procedimento de consulta prévia a agentes externos e seu escopo, de acordo com o artigo 10;
- VI) apresentação de justificativa em caso de não necessidade de realização da Análise de Impacto, nas hipóteses previstas no artigo 2º, Parágrafo único.

Considerando os elementos que devem estar presentes, como a delimitação dos problemas, a identificação de alternativas e a possibilidade de consultas, percebe-se que essa exposição do assunto não deixa de realizar uma análise de impacto regulatório branda ou soft. Opera-se uma análise de custo-benefício preliminar à análise de impacto mais robusta, caso haja necessidade, buscando uma previsão objetiva de uma justificativa dos porquês da desnecessidade de realizar a AIR. Tanto é assim que a AIR propriamente dita pressupõe um conteúdo mais detalhado, como se pode constatar no art. 9º:

Art. 9º A Análise de Impacto deverá conter, ao menos:

- I. delimitação do problema;
- II. justificativa;
- III. premissas adotadas;
- IV. experiências internacionais, quando cabível;
- V. identificação de soluções alternativas.
- VI. estudo com análise dos impactos externos e benefícios esperados para as alternativas consideradas, incluindo a hipótese de absentismo administrativo;
- VII. mensuração, quando possível, dos custos para os regulados;

---

<sup>284</sup> <http://ancine.gov.br/sala-imprensa/noticias/resolu-o-de-diretoria-colegiada-torna-obrigat-ria-lise-de-impacto-para-atos-n>

- VIII. dimensionamento dos impactos internos, considerando revisão de procedimentos, sistemas de informática, infraestrutura e redimensionamento da força de trabalho;
- IX. impacto no estoque regulatório atual, considerando a correlação com atos normativos de outros órgãos;
- X. considerações referentes ao resultado de processos de consulta prévia realizados durante o período de elaboração da Análise de Impacto, quando cabível;
- XI. recomendação de ação;
- XII. estabelecimento de metas e indicadores destinados à avaliação da ação regulatória, quando couber

Cada um dos itens tanto da Exposição de Assunto, quanto da Análise de Impacto Regulatório, devem ser enfrentados pelo regulador, segundo os anexos da RDC 52/2013. Todo esse instrumental na análise de impacto regulatório almeja dar transparência e racionalizar o processo de tomada de decisão. Essa transparência e essa maior legitimidade democrática estão presentes no art. 10, que trata da consulta prévia ao público externo. A racionalização pretendida busca superar uma racionalidade meramente tecnoburocrática, ao trazer expressamente a empiria para regulação, quando o mesmo artigo dispõe sobre a possibilidade de pesquisas, questionários, notícias, oitivas, reuniões, visitas técnicas e etc. Com isso, objetiva-se quantificar e qualificar os impactos e omissões regulatórias por meio de uma razão dialógica no espaço público.

A **ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica)**, conjuntamente com a ANCINE, pode ser enquadrada como uma das agências mais avançadas no processo de implementação da Análise de Impacto Regulatório no Brasil após a ANVISA. A metodologia de AIR já foi utilizada pela entidade no estudo de implantação dos medidores eletrônicos, podendo-se destacar as seguintes etapas do processo: (i) Definição do problema; (ii) Definição do objetivo; (iii) Identificação das opções (cenários); (iv) Análise do impacto; (v) Consultas e audiências públicas; (vi) Conclusão e Implementação/Revisão. Todo o processo é feito tendo em vista a metodologia de Análise de Custo-Benefício.<sup>285</sup> Foi realizada uma audiência pública para ouvir a sociedade sobre a proposta de regulamentação da AIR: a audiência pública nº 064/2012. A normatização prevê a realização obrigatória de AIR antes da edição de seus atos. A principal crítica oriunda dessa audiência por parte de entidades, como o IDEC e o PROTESTE, que tratam da defesa dos consumidores, diz respeito à necessidade de

---

<sup>285</sup> PRO-REG. **Boletim PRO-REG de Outubro de 2012**. Disponível em: <  
<http://www.regulacao.gov.br/boletim-pro-reg/Boletim%20Pro-Reg%20-%20Outubro%202012.pdf>>.  
Acesso em: 27 de outubro de 2012.

aprimorar o procedimento ou a sua dispensa reforçando a importância de consultar os setores sociais afetados no processo decisório.<sup>286-287</sup>

A **ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil)** possui relatórios de sua atividade anual, que, como dissemos, não constitui AIR por serem posteriores à edição dos atos da agência. É curioso ver, no entanto, que o de 2008 chama-se Relatório de Desempenho Regulatório, o que poderia dar a sensação de se estar diante de uma AIR. Não é isso. Tanto que o nome foi alterado para “relatório de atividades”. O fato de não ser uma AIR não significa que esse instrumento não seja importante para melhoria da qualidade regulatória. No caso específico da ANAC, houve uma preocupação em quantificar os dados e informações, embora ainda seja necessário aprimorar a análise de custo-benefício<sup>288-289</sup>.

Aponta-se um caso na regulação da aviação civil como algo pioneiro no teste da AIR. É verdade que isso não consta expressamente dentre os projetos-piloto indicados pelo site da PROREG, mas, ainda assim, Lucia Helena Salgado e Eduardo Bizzo noticiam e enquadram, como AIR, os estudos realizados pela ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil) para a revisão da licença do aeroporto Santos Dumont, localizado no centro da cidade do Rio de Janeiro. Tradicionalmente o aeroporto operava voos domésticos da ponte aérea Rio-São Paulo, sendo de menor porte do que o Aeroporto Galeão, também localizado no Rio de Janeiro e acostumado aos voos internacionais. Com a revisão regulatória, havia um duplo objetivo: a abertura para outros voos e liberação das tarifas. Em 2008, a ANAC abriu uma consulta para melhorar o uso do Aeroporto Santos Dumont. Em 2009, a Portaria DGAC nº 187/2005 foi revogada com fundamento na lei e nos estudos sobre o impacto da nova normativa. A Lei nº 11.182/05 previa o regime da livre concorrência e, daí, a pauta de liberalização das tarifas. Os

---

<sup>286</sup> Id.

<sup>287</sup> A minuta de regulamentação da AIR e demais documentos na ANEEL com comentários críticos pode ser encontrada no site da agência:

[http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2012/064/documento/minuta\\_de\\_resolucao\\_ap064\\_2012.pdf](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2012/064/documento/minuta_de_resolucao_ap064_2012.pdf)

<[http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2012/064/contribuicao/abdib\\_ap064\\_2012.pdf](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2012/064/contribuicao/abdib_ap064_2012.pdf) >

e [http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2012/064/contribuicao/proteste\\_ap064\\_2012.pdf](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2012/064/contribuicao/proteste_ap064_2012.pdf)

<http://www.idec.org.br/mobilize-se/banco-de-regulacao/ap-64-2012-implementaco-de-analise-de-impacto-regulatorio-air-pela-aneel>

<sup>288</sup> ANAC. **Relatório de desempenho regulatório.** Disponível em: [http://www2.anac.gov.br/arquivos/pdf/Relatorio\\_ANAC\\_2008\\_c.pdf](http://www2.anac.gov.br/arquivos/pdf/Relatorio_ANAC_2008_c.pdf)

<sup>289</sup> Sobre o caso do Aeroporto Santos Dumont, Cf. ANAC. **Relatório das atividades de 2009.**, p. 36 e ss. Disponível em: [http://www2.anac.gov.br/arquivos/pdf/relatorio\\_atividade\\_anac.pdf](http://www2.anac.gov.br/arquivos/pdf/relatorio_atividade_anac.pdf)

estudos, por sua vez, avaliaram os componentes de pista, pátio e o terminal de passageiros antes de permitir que o Santos Dummont pudesse operar também com voos internacionais.<sup>290-291</sup>

Em 2010, a ANAC realizou alguns estudos sobre regulação econômica para revisar algumas normas sobre passageiros, bagagens e tarifas aeroportuárias. Outro estudo interessante do período envolveu o aeroporto de Guarulhos para minimizar o seu excesso de demanda, tendo a ANAC participado de duas conferências internacionais sobre alocação de infraestrutura, que discutiu com diversas empresas a questão. Ainda assim, os dados coletados não foram disponibilizados, aí como forma de permitir a *accountability*. Mas é verdade que, em relação a outras agências, a ANAC lançou mão de uma estratégia muito adequada: um planejamento prospectivo que colocou de lado as metas em números claros e simples e, do outro, o percentual do que foi alcançado<sup>292</sup>.

A **Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)**, vinculada ao Ministério da Saúde, é a agência brasileira pioneira na implantação da AIR no seu processo decisório. A agência foi a primeira escolhida pelo PRO-REG, em 2008, para a implantação de AIR no Brasil. Foi estabelecido o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação, também chamado de Boas Práticas Regulatórias através da Portaria n° 422 de 16 de abril de 2008, atendendo as diretrizes do PRO-REG<sup>293</sup>. Com um objetivo mais amplo, o programa visa à modernização e a qualificação da produção normativa da entidade, dentre eles o estabelecimento de uma Agenda Regulatória Anual e a Análise de Impacto Regulatório.

A Agenda Anual é uma listagem de temas prioritários para serem analisados ou revisados no ano seguinte, sem prejuízo de acréscimos de temas, que podem ser analisados mesmo sem previsão caso haja necessidade. A primeira Agenda se deu em 2009, com 60 temas prioritários, e os resultados foram positivos, como demonstra o

---

<sup>290</sup> SALGADO, Lucia Helena e BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória**. Brasília: IPEA – texto para discussão 1463, 2010. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1463.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf) >

<sup>291</sup> Sobre o caso ANAC. **Relatório das atividades de 2009**, p. 36 e ss. Disponível em: <[http://www2.anac.gov.br/arquivos/pdf/relatorio\\_atividade\\_anac.pdf](http://www2.anac.gov.br/arquivos/pdf/relatorio_atividade_anac.pdf) >

<sup>292</sup> ANAC. **Relatório das atividades de 2010**. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/arquivos/pdf/RELATORIO%20DE%20ATIVIDADES%202010%2015%2008.pdf> >

<sup>293</sup> **Portaria n° 422 de 16 de Abril de 2008 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária**. Brasília: DOU, 2008. p. 55.

Relatório de Gestão de 2009, afirmando que 37% dos temas foram abordados, com 22 finalizados, 21 resultaram em Resolução da Diretoria Colegiada ou Instrução Normativa e dos 38 pendentes, 22 já estavam na fase de consulta pública.

No documento "Boas Práticas Regulatórias", expedido pela ANVISA em 2008, constam os procedimentos a serem realizados pela agência na análise de impacto regulatório de forma muito superficial. O procedimento seria coordenado e sua execução conglobaria todas as demais unidades do órgão segundo suas especificidades. Uma medida interessante da agência é estabelecer níveis diferenciados de análise dependendo do grau de complexidade do tema: maior os impactos potenciais apresentados, maior gastos serão realizados no estudo do tema. Há também um rito especial que garante celeridade para situações de emergência em que o risco à saúde é iminente.

Segundo o próprio guia estabelece, inicialmente a análise será feita com metodologia simplificada, com questionários padronizados e a técnica de análise de custo-efetividade "*a fim de possibilitar a escolha da melhor opção regulatória*"<sup>294</sup>. Consta também a existência de uma pré-consulta na ANVISA que tentará mensurar o impacto da ação dentro da estrutura organizacional da agência, além de evitar a duplicidade de ações regulatórias, envolver profissionais com a *expertise* que possivelmente não tenham participado da elaboração e contribuir para a transparência intra-institucional. Dependendo do impacto, pode também ser realizada essa pré-consulta dentro do Ministério da Saúde e das vigilâncias sanitárias estaduais e municipais.

O objetivo de todo o processo (pré-consulta e possível envolvimento de outros atores) é obter as visões sobre as vantagens e desvantagens do projeto, chegando-se ao Índice de Governança e Impacto Regulatório (I-Reg) com o objetivo de monitoramento do programa. O resultado do índice será o conjunto de percepções sob um prisma institucional acerca de uma proposta regulatória. O índice pode indicar variação presente na tabela RISE (ruim-insuficiente-satisfatório-excelente). Sendo ruim a ocasião em que os custos superam o benefício, ensejando a rejeição da proposta, insuficiente quando preponderarem os pontos fracos, ensejando a modificação da proposta, satisfatório quando preponderarem as oportunidades, ensejando a aprovação com

---

<sup>294</sup> ANVISA. **Boas Práticas Regulatórias: Guia para o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da Anvisa**. Brasília, 2008, p.21.

possíveis modificações e excelente a situação de preponderância dos pontos fortes, ensejando a aprovação irrestrita da proposta. Realizada essa etapa, o Relatório de Análise de Impacto deve ser enviado ao Diretor (autor da proposição) para apreciação do resultado, possibilitando recomendações e ajustes e encaminhamento para análise jurídica (próximo passo para a aprovação do regulamento, que não consta mais no processo de AIR).

Vale destacar, antes dos exemplos, que a própria agência, no Guia sobre Boas Práticas Regulatórias de 2008, ao explicar o processo de edição de uma dada regulamentação prevê a análise de impacto regulatório com objetivos de: (i) ajustar os objetivos da proposta; (ii) verificar os impactos sociais, econômicos e ambientais das propostas; (iii) identificar alternativas para atingir determinado objetivo; (iv) estimar se os benefícios justificam os custos; (v) identificar grupos afetados ou beneficiados pelo novo regulamento<sup>295</sup>. Nesse documento, reconhece algumas insuficiências e dificuldades do instituto, por exemplo, em relação à análise econômica do direito.

Valeria Athayde Lima descreve de posse dos fatos e dos resultados das propostas formuladas e descritas acima, o processo de impacto regulatório da ANVISA em três etapas. A *primeira etapa* consiste na elaboração do "relatório de instrução" que abrange: (i) dados da proposta; (ii) análise do problema; (iii) análise da proposta; (iv) adequação de formalidades. A *segunda fase* consiste na triagem dos impactos através do preenchimento de uma planilha que avalia o impacto regulatório sob aspectos de: (i) governança; (ii) internacional; (iii) econômico; (iv) social; (v) direitos e garantias sociais. Ainda nessa etapa, o relatório contextualiza e descreve o problema, mostrando os objetivos e os meios de se atingir a proposta, além de avaliar os impactos. A *terceira etapa* é o desenvolvimento e aplicação da metodologia de AIR mais completa, descrevendo-se os custos e os benefícios das proposições regulatórias.

Como primeira evidência do uso da metodologia de AIR, tem-se o Relatório Preliminar de Análise de Impacto Regulatório de junho de 2010<sup>296</sup>. Nele consta uma Planilha de Triagem Preliminar que consiste numa primeira abordagem dos impactos potenciais sobre (i) governança (necessidade, consistência, transparência e participação); (ii) internacional; (iii) econômico (custos de operação, competitividade

---

<sup>295</sup> ANVISA, p. 11-12. <http://www.anvisa.gov.br/institucional/anvisa/pmr/GuiaBPRreg.pdf>

<sup>296</sup> Infelizmente não conseguimos ter acesso ao Relatório integral devido a problemas técnicos tanto no site da ANVISA, quanto do PRO-REG. Diante desse fato, os elementos descritos do referido relatório são retirados da dissertação de mestrado de Valeria Athayde Fontelles de Lima.

nacional); (iv) social; (v) operacional. O resultado dessa triagem é obtido através de perguntas elaboradas para cada área citada e são respondidas e quantificadas através de critérios previamente estabelecidos, atribuindo-se uma nota para cada item isoladamente e obtendo-se o resultado de cada área através da média aritmética dos valores das respostas. Cada resposta positiva recebe o valor 0, enquanto negativa 1 e parcial 0,5. Segundo Valeria Athayde Lima, os custos operacionais da ação regulatória tem sido os de maior dificuldade na hora dos cálculos devido à necessidade de envolvimento das esferas estadual e municipal<sup>297</sup>.

O ideal seria ter um espaço amostral maior em relação à análise de impacto regulatória – o que é difícil em relação a um instituto que ainda se encontra na sua infância no Brasil. O site da agência realmente é de difícil acesso e na busca só conseguimos ter acesso – não sabemos se por inexistir ou por não estar disponível - à revisão da RDC 33/06, que aprova o regulamento técnico para funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG). A AIR combinou critérios quantitativos e qualitativos. Num primeiro momento, foi abordado o contexto e a descrição do problema, explicando que os BCTGs são responsáveis por armazenar células e tecidos germinativos com finalidade reprodutiva.

Em seguida, foi feita a mensuração de custos e benefícios. Explicou-se que havia uma lacuna em relação à regulação e brechas na atuação da vigilância sanitária, gerando riscos à população. Em 2006, foi editada, então, a RDC 33 sobre os BCTGs com objetivo de regulamentá-los. Em segundo lugar, explica-se a avaliação dos objetivos da proposta como a revisão dessa RDC 33/06 no que tange aos requisitos mínimos para o funcionamento desses Bancos, como estrutura, coleta, processamento, armazenamento e etc.

No ponto seguinte, a AIR passa a se deter sobre o impacto de governança, considerando: (i) necessidade – diante da inexistência de regulamentação por lei do tema, bem como do fato de a RDC 33/2006 estar desatualizada face aos avanços tecnológicos e científicos e demandar treinamento de pessoal e equipamento mais moderno; (ii) consistência – avaliou o cumprimento dos procedimentos, a coerência interna e externa e o embasamento da proposta; (iii) transparência – indicou que a

---

<sup>297</sup> LIMA, Valéria Athayde Fontelles de. **Avaliação de impacto regulatório e sua aplicação no Brasil**. Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Políticas públicas, estratégias e desenvolvimento do Instituto de economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2010, p. 127.

questão estava prevista na agenda regulatória de 2012, como tema nº64 e se identificou a Câmara Setorial de Sangue, Tecidos e órgãos, como interessados em conhecer e discutir a proposta, além de uma série de outros atores, como os Bancos de Células e Tecido Germinativos do Brasil; e (iv) participação – pontuou-se a previsão de uma consulta pública formal para discutir o tema por 30 dias.

Em seguida, destacou-se o impacto internacional, tendo em vista os compromissos e relações internacionais do país, como o fato de o Brasil ser signatário da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e dos Direitos Humanos.

Logo após, tratou-se do impacto econômico: alegou-se que as mudanças vão onerar pouco os serviços prestados, com base na opinião da “área técnica responsável”. O que é pouco? Como se chegou a essa conclusão? Não sabemos ao certo. A AIR preliminar indica apenas custo em libras (sem conversão para o real) de duas clínicas do Reino Unido e sem consideração de outras variáveis que no Brasil são diferentes e, posteriormente, calcula o número de clínicas no Brasil, embora sem indicar os custos de forma clara e precisa.

No ponto do impacto social, trata-se de temas relacionados à saúde, trabalho e consumo. Levanta-se uma série de temas relevantes sobre o assunto, mas sem uma manifestação técnica precisa. Discorre-se, por exemplo, do percentual entre 8 e 15% dos casais com problemas de infertilidade conjugal ou da possibilidade de transmissão do HIV por inseminação artificial devido à utilização do esperma de doadores. Entretanto, não se detalhou quantitativamente o tema. Em relação ao mercado de trabalho, novamente diz-se que “*Não há dados que indiquem a possibilidade de impacto negativo direto sobre o emprego ou a situação do trabalho (...). Ao contrário, com a simplificação de procedimento e redução de encargos administrativos é possível obter impacto positivo sobre a atividade econômica e o emprego...*”. Novamente, não é possível saber com exatidão quais encargos foram reduzidos, qual a economia efetivamente gerada, tampouco quais os benefícios e quem os recebeu.

Quanto aos custos operacionais, o mesmo não ocorreu: o quanto seria gasto nas diárias de inspeção e fiscalização para o nível federal foram cuidadosamente delineadas com tabelas, considerando a região do país em questão e o número de dias para cada uma delas. A ANVISA demonstrou, nesse ponto, maior preocupação com as despesas que teria com o uso dos servidores e dos recursos tecnológicos a serem empregados. A conclusão geral dessa AIR foi que haverá, com a medida, segundo o resultado preliminar da Análise de Impacto Regulatório para a nova regulamentação dos

mencionados Bancos: (i) **governança** – baixo; (ii) **internacional** – baixo; (iii) **econômico** – baixo; (iv) **social** – muito baixo; (v) **operacional** – moderado.

Dessa experiência, podemos extrair algumas constatações importantes. A primeira é que o modelo de análise de impacto regulatório prévia da ANVISA é formalmente melhor detalhado do que os seus relatórios de atividade, quando trazem experiências específicas. A segunda é que, apesar disso, ainda é preciso aperfeiçoar a análise de custo-benefício, especialmente em termos quantitativos no seu interior, sob pena de que o parecer técnico se assemelhe a uma recomendação pura e simples ou a um conselho de amigo. A análise de custo-benefício deve ser sincera, não podendo ser utilizada apenas para dizer os gastos que a agência terá com o emprego de seus quadros e equipamento para implementar uma nova regulamentação. A AIR não deve servir como um mero plano de ação institucionalmente arquitetado por uma racionalidade tecnoburocrática, cuja decisão já esta de fato tomada e formalmente aberta. Ela deve ser o documento para fomentar um debate público robusto, desinibido e sincero.

No âmbito da **ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar)**, cabe à Secretaria Executiva – SECEX – assessorar o Diretor-Presidente, dentre outras funções, na coordenação da agenda regulatória e na análise de impacto regulatório<sup>298</sup>. O exercício dessas atribuições se dá por meio de processos administrativos que, segundo informações do PRO-REG, devem vir acompanhados de um Sumário Executivo de Análise de Impacto Regulatório. Informações mais detalhadas ou AIRs realizadas ainda são de difícil realização, embora exista uma preocupação com a qualificação da saúde suplementar por meio do monitoramento da agenda regulatória proposta e os seus impactos<sup>299</sup>.

Na **Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis (ANP)** também está em curso o treinamento de servidores para realização das análises de impacto regulatório. Não localizamos no site da agência AIRs prévias ou concomitantes à edição dos atos das agências reguladoras. Ainda assim, é pertinente discutir o questionamento da constitucionalidade da Resolução 67/2011 da ANP que regulamenta a comercialização do etanol empregado na mistura de certa espécie de gasolina e trata do regime de compra pelas distribuidoras. A Resolução foi objeto de uma consulta pública

---

<sup>298</sup> <http://www.ans.gov.br/index.php/aans/quem-somos/organograma/486-estrutura-e-atribuicoes-na-agencia-nacional-de-saude-suplementar-ans-secex-secretaria-executiva->

<sup>299</sup> <http://www.ans.gov.br/index.php/component/content/article/93-aco-es-e-programas/1488-metas-e-indicadores-de-impacto>

e de críticas da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SAE) do Ministério da Fazenda, que consideram o ato ilegal por ausência de motivação devida que comprove os seus pressupostos. Flávio Willeman defende que a inconstitucionalidade se deve ao fato de que as alterações não vieram precedidas da análise de impacto regulatório, “*indispensável para edição de regras de intervenção na ordem econômica.*”<sup>300</sup>

A ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários) também vem testando a análise de impacto regulatório por conta dos projetos-piloto do PRO-REG. Seu planejamento estratégico para o período de 2011 a 2015 prevê uma equipe com um líder e seis servidores especialmente designados para implantar e elaborar as normas sobre a análise de impacto regulatório no âmbito da agência. Além do treinamento básico dos servidores para realização da AIR, já se aplicou a metodologia para um caso concreto que diz respeito à Portaria 24/2011 da Secretaria de Patrimônio da União que dispõe sobre a utilização do espaço em águas públicas. Como a portaria afeta os agentes regulados, tais como os terminais de uso privativos e os turísticos, justifica-se a avaliação dos custos e benefícios desencadeados<sup>301</sup>.

### 3.4. Análise de impacto regulatório: é constitucional?

A Análise de Impacto Regulatório num questionamento simples não parece uma proposta inconstitucional, mesmo sua criação não tendo ocorrido por lei. A simplicidade aparente de nossa hipótese de trabalho pela constitucionalidade esconde, porém, a complexidade real do problema a ser enfrentado. Como se pode notar do estudo do instituto até aqui, o questionamento adquire um grau de complexidade profundamente elevado, própria do direito constitucional regulatório. De um lado, como já pontuado anteriormente, a AIR muito exigente e rigorosa dificulta ou esvazia a regulação, enquanto uma muito branda tende a permitir o desrespeito de direitos dos regulados. Mas não é só.

Dilemas não antevistos pela hipótese de trabalho, por outro lado, confirmam o incremento da complexidade. A partir da pesquisa nas agências, verifica-se, por

---

<sup>300</sup> WILLEMANN, Flávio. **Assimetria regulatória do etanol.** Disponível em: <<http://www.brasilagro.com.br/index.php?noticias/detalhes/14/47304>> Acesso em: <10.02.2013>

<sup>301</sup> <http://www.antaq.gov.br/portal/pdf/palestras/I%20Seminario%20Latino-Americano.pdf>  
<http://www.antaq.gov.br/acessoinformacao/acoeseprogramas.asp>

exemplo, (i) a existência de atos das agências que consideram ilegais atos regulatórios sem a referida análise a despeito de inexistência de lei formal que imponha tal exigência (ex: regulamentação da Ancine); (ii) alguns autores defendem a inconstitucionalidade de atos desprovidos de AIR (ex: Flávio Willeman em relação à Res. 67/2011 da ANP); e (iii) a necessidade de aprimorar a quantificação e qualificação da análise realizada pela agência que deve prever impactos sociais e econômicos para o mercado e os grupos afetados e não apenas para Administração (ex: ANVISA e a revisão da RDC 33/2006).

Ciente de tudo isso, a hipótese de que o instituto é constitucional mesmo sem lei expressa regulamentando-o ainda parece consistente por fundamentos baseados em princípios e regras. Do ponto de vista principiológico, os princípios da eficiência (art. 37, caput, CRFB após EC19/98), da proporcionalidade, o princípio democrático e a motivação dos atos administrativos (art. 93, X, CRFB) devem ter sua normatividade respeitada. Já do ângulo das regras, podem ser invocadas a analogia com o processo legislativo para aprovar novas leis (Decreto Federal n. 4.176 de 2002) e analogia com os estudos/relatórios de impacto ambiental (art. 225, § 1º, IV da Constituição, Lei nº 6.938/81 e Resolução nº 001/86 do CONAMA).<sup>302</sup>

### **3.4.1. AIR e os princípios da eficiência, proporcionalidade e democrático.**

A partir da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, o princípio da eficiência foi positivado no art. 37, caput da Constituição de 1988. Pregando a medição de custos e benefícios<sup>303</sup> das medidas públicas, o princípio insere-se no bojo da reforma do Estado que pretende implantar um modelo de Estado gerencial. Ao lado da positivação do princípio da eficiência, foram criadas uma série de agências reguladoras com propósito evidente de gerar mais segurança jurídica e qualidade na regulação. Percebe-se, então, essa crescente espiral de novas estruturas institucionais em busca de especialização, qualidade e eficiência da Administração, que se revela coerente com a introdução de métodos de avaliação da qualidade regulatória.

---

<sup>302</sup> Ver página 33 (fundamentais legais em outros países). Ver p 17 e 34 (procedimento). Cf. OECD. **Building an institutional framework for regulatory impact analysis** (RIA). 2008, p. 16. Disponível em: < <http://www.oecd.org/dataoecd/44/15/40984990.pdf>> Acesso em: <1.07.2012.>

<sup>303</sup> “medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em grau ao de utilidade alcançado” Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 672.

O princípio da eficiência importa, então, uma releitura do princípio da legalidade (juridicidade), de modo a conferir maior economicidade à conduta estatal, maior atenção às consequências que os atos podem desencadear. Fala até mesmo numa virada pragmatista do direito administrativo, ao se conferir maior atenção ao movimento de *Law and economics*. Uma dose de consequencialismo passa a ser incorporado no âmbito do direito administrativo econômico<sup>304</sup>. Finalisticamente, a eficiência deve buscar o desenvolvimento econômico e social, almejado pelo art. 3º da Constituição.

Não custa reforçar que as agências reguladoras disciplinam, em sua maioria, os setores da economia relacionados à infraestrutura. São questões centrais para o desenvolvimento a infraestrutura e a regulação de qualidade para de setores como de transportes (ANTAQ E ANAC), energia elétrica (ANEEL e ANP), telecomunicações (ANATEL) e para a vida biológica e cultural das pessoas (ANCINE e ANS). Um país sem tais preocupações é um país que não vê o processo de desenvolvimento como expansão da liberdade e que não coloca as pessoas em primeiro lugar. Não refletir sobre tais temas é colocar-se no caminho para o subdesenvolvimento, aumentar o custo da atividade econômica, diminuir a competitividade internacional de seus produtos em relação aos demais países.<sup>305</sup>

O estabelecimento de normas para a Análise de Impactos Regulatórios representaria um avanço nas políticas de regulação sob a égide do princípio da eficiência. Ao realizar a análise entre os custos e benefícios de determinada ação, a AIR está somente realizando o apregoado pela definição jurídica de eficiência oferecida pela doutrina nacional: a relação entre os meios e os resultados, tendo como consequência sua organização racional.<sup>306</sup> Em suma, a dimensão positiva do princípio da eficiência impõe a criação de estruturas institucionais especializadas e a adoção de métodos de avaliação para aprimorar a qualidade das atividades estatais. Isso porque o Brasil

---

<sup>304</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios da eficiência e economicidade**. In: Pedro Ivo Sebba Ramalho (Org.) *Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: ANVISA e Presidência da Casa Civil, 2009, p. 263.

<sup>305</sup> OECD. **Executive summary**. In: **Regulatory Impact Analysis: Best practices in OECD countries**. Paris: OECD, 1997.

<sup>306</sup> “O princípio da eficiência administrativa consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade em condições econômicas e de igualdade dos consumidores.” Cf. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p 342.

precisa desenvolver formas de analisar a formulação, monitoramento e implementação de políticas públicas que considerem a dimensão regulatória.<sup>307</sup>

O **princípio da proporcionalidade** também aponta inevitavelmente para o reconhecimento da constitucionalidade do instituto ora estudado, que concentra esforços na análise de custos e benefícios.<sup>308</sup> O princípio da proporcionalidade, como é bastante conhecido, subdivide-se em três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>309</sup> A adequação consiste num juízo se a medida é capaz de alcançar o pretendido. A necessidade, por sua vez, corresponde à avaliação se existe outra medida alternativa menos gravosa. O terceiro subprincípio refere à justa medida da ação, "*o equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos*".<sup>310</sup>

Há uma clara conexão com os objetivos pretendidos pela Análise de Impacto Regulatório com a adequação e a necessidade. Verificar se certo ato passa no teste da adequação de uma medida parece ser uma análise de custo-benefício branda, realizada por uma AIR preliminar (ou por uma Exposição de Assunto, como a ANCINE). O teste da necessidade, ao impor a verifica outro meio menos gravoso se assemelha muito à noção da AIR de que se deve verificar se existem alternativas aquela dada regulação – um ponto central do instituto como já estudado anteriormente.

Na proporcionalidade em sentido estrito, também há uma aproximação possível com a AIR e sua análise de custo-benefício. Robert Alexy trabalha com três critérios

---

<sup>307</sup> GAETANI, Francisco e ALBUQUERQUE, Kélvia. **Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória**. In: Pedro Ivo Sebba Ramalho (Org.) Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório. Brasília: ANVISA e Presidência da Casa Civil, 2009, p. 189 e ss.

<sup>308</sup> SALGADO, Lucia Helena e BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de Impacto Regulatório: uma abordagem exploratória**. Texto para discussão n. 1463. IPEA, 2010, p. 12.

<sup>309</sup> Diversas controvérsias acadêmicas estão relacionadas à proporcionalidade, mas optamos não abordá-las, tais como se sua natureza é de regra (Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva), se é princípio (Paulo Bonavides) ou se seria postulado (Humberto Ávila). Outra diz respeito a se é possível considerar como sinônimo da razoabilidade (Luís Roberto Barroso) ou não (Humberto Ávila), uma vez que a razoabilidade supostamente teria uma dimensão própria, relacionada aos deveres de congruência, equidade e equivalência. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2000, p. 223 - 250; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 392-434; BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da Razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional**. *Revista Forense*, n. 336, out./dez. 1996, p. 125-136; ÁVILA, Humberto Bergman. **A distinção entre princípios e regras a redefinição do dever de proporcionalidade**. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, 1999, p. 151-179. Do mesmo autor, cf. o livro: **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>310</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas Leituras**. *Revista Diálogo Jurídico*. Vol. 1, nº 5. Salvador, agosto de 2001. p. 4.

para sua fórmula da ponderação para explicar melhor a proporcionalidade em sentido estrito: o grau de restrição ao direito, peso abstrato do direito e o grau de “*confiabilidade das premissas empíricas*”.<sup>311</sup> Interessa particularmente o critério entre aspas e em itálico, já que sobre uma regulação potencialmente técnica e complexa, desprovida das AIR prévia, concomitante ou posterior, recairá a desconfiança em relação aos dados empíricos estabelecidos em suas premissas. Como a própria OCDE enfatiza em diversos documentos, a qualidade da regulação depende dessa capacidade de levar a sério os fatos, a realidade, as pesquisas empíricas, os grupos afetados, os custos, os benefícios e etc. Em suma, a empiria apontada pela proporcionalidade está também na AIR nos marcos teóricos estudados.

O **princípio democrático**, em linhas gerais, pressupõe a participação e controle do Estado em sentido amplo. Poderíamos considerar que a expressão *accountability* - de difícil tradução para o português como algo parecido como prestação contas das decisões tomadas ou a tomar – resume bem o núcleo do princípio democrático que é uma das funções da AIR.<sup>312</sup> Se uma das formas da AIR, como já abordado, envolve as consultas públicas para coleta de dados e críticas, a AIR possui uma inegável relação com o princípio democrático no viés da participação na formatação dos atos regulatórios. Trata-se de tema já clássico no direito regulatório brasileiro em que as consultas e audiências públicas se impõem como fator de legitimação democrática das agências, sobretudo diante de sua autonomia reforçada. Essa participação possui a importância de respeitar os diversos grupos envolvidos e fomentar decisões baseadas na “razão pública”, ou seja, que respeitem as diversas doutrinas abrangentes que discordam de forma razoável na sociedade democrática.

Mais do que isso, a “qualidade” da regulação está diretamente associada à qualidade do debate publicado informado a partir de premissas empíricas consistentes. Os diferentes pontos de vista dos regulados e reguladores, pautados em informações consistentes, razoavelmente completas e salientes, devem ser considerados o que se

---

<sup>311</sup> Sobre tal estrutura, Cf. Cf. ALEXY, Robert. **On Balancing and subsumption. A structural comparison.** *Ratio Juris*, n. 16, 2003, p. 436 e ss.

<sup>312</sup> LIMA, Valéria Athayde Fontelles de. **Avaliação de impacto regulatório e sua aplicação no Brasil.** Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Políticas públicas, estratégias e desenvolvimento do Instituto de economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2010, p.76.

mostra possível tendo em vista que existem diferentes formatos e usos AIR, como vimos nos modelos de outros países anteriormente.

Nesse sentido, Cláudio Radaelli destaca a importância de considerar o contexto da regulação, explicando que com o termo “contexto” quer se referir: (i) às instituições dotadas de especialização funcional para regular setores como saúde, meio ambiente ou regulação de alimentos; (ii) ao território que se associa à governança multinível (*multi-level governance*); (iii) às teorias de legitimação do poder que pensam a AIR como uma forma de aprendizado e de acomodar os interesses do especialista, do burocrata e do político; e (iv) à legitimidade considera os regulados envolvidos e, embora a AIR não produza por si só a legitimidade, revela-se uma condição sem a qual certas decisões políticas ou certas omissões e silêncios propositais de cunho também político não viriam a tona<sup>313</sup>; e (v) ao conhecimento que permite institutos de pesquisa e grupos sociais, por exemplo, feministas, contestem os dados oficiais ou produzam avaliações de impacto regulatório alternativa aos dados oficiais.

Informação de qualidade produz debate de qualidade. Debate de qualidade enseja um envolvimento dos sujeitos regulados, que culmina em cidadãos mais engajados na construção de uma sociedade democrática e justa. A AIR serve para disponibilizar informações inteligíveis, acessíveis, vívidas e salientes, sob bases empíricas. Essa retroalimentação entre as informações sobre os custos e benefícios e o debate público serve para que as pessoas possam decidir a partir do conhecimento real dos riscos e não a partir de manipulações.<sup>314</sup> Trata-se de importante instrumento de controle social e jurídico e responsabilização do estado ou agentes públicos.<sup>315</sup>

Afinal, só é possível controlar, corrigir, mudar os rumos daquilo que é suficientemente conhecido e fundamentado em bases normativas e científicas. Trata-se de um instrumento técnico “pragmaticamente” útil por fomentar a tomada decisões com conhecimento de causa e não com base em conjecturas, medos e fatalismos. Nesse ponto, chega-se a uma discussão pertinente quanto a fundamentação dos atos administrativos (e dos atos regulatórios). Antes de estabelecer as conexões entre ato

---

<sup>313</sup> RADAELLI, Cláudio M. **How context matters: Regulatory quality in European union**. Disponível em: <<http://www.psa.ac.uk/cps/2004/Radaelli.pdf>>

<sup>314</sup> SUNSTEIN, Cass. Empirically informed regulation. **The University of Chicago Law Review** n. 78, 2011, p. 1349 e ss.

<sup>315</sup> Nesse sentido, Cf. VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. **Análise de impacto como mecanismo de controle do tabaco**. Revista de Direito Público da Economia n° 32, 2010, p. 195.

administrativo, regulação e AIR, vejamos as correntes doutrinárias quanto à exigência de fundamentação dos atos normativos. São três: (i) motivação desnecessária; (ii) motivação obrigatória; (iii) motivação para atos decisórios.

A primeira corrente, mais antiga, divide-se na controvérsia sobre quais atos não precisam ser motivados. Alguns autores entendem que os atos discricionários não precisariam ser motivados<sup>316</sup>. Sem sequer entrar no mérito do princípio democrático como possibilidade de controle, que já denotaria uma fragilidade dessa corrente, é possível facilmente comprovar que se está diante de uma postura anacrônica: atualmente, não se recai na querela entre atos administrativos e vinculados, que, a rigor, é uma dicotomia que habita apenas os manuais de direito administrativo. Na prática, existem graus maiores ou menores de vinculação ou de discricionariedade.

A segunda corrente considera a motivação de todos os atos obrigatória, com base no art. 93, X da Constituição, introduzido pela EC 45/04, expandindo a normatividade da necessidade de que as decisões administrativas dos tribunais sejam motivadas para os demais atos administrativos em geral<sup>317</sup>. Celso Antônio Bandeira de Mello explica que

“40. Parece-nos que a exigência de motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do ato, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são ‘donos’ da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, ‘todo poder emana do povo (...)’ (art. 1º, parágrafo único). Logo, parece óbvio que ,praticado o ato em um Estado onde tal preceito é assumido e que , ademais, qualifica-se como ‘Estado democrático de Direito’ (art.1º, caput), proclamando, ainda, ter como um de seus fundamentos a ‘cidadania’ (inciso II), os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o direito e saber por que foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam.

(...)

Acresce que, se os próprios julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário devem ser fundamentados, pena de nulidade (art. 93, IX da Constituição e Código de Processo Civil, art. 458, II), e as decisões administrativas dos Tribunais terão de ser motivadas (inciso X do

---

<sup>316</sup> Em sentido contrário, José Santos Carvalho Filho entende que são os atos discricionários que demandam motivação em nome da transparência. Cf. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.126.

<sup>317</sup> Entendendo a motivação como obrigatória em regra para atos vinculados e discricionários, Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 204. GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 67.

citado art. 93), a fortiori deverão sê-lo os atos administrativos oriundos de quaisquer dos outros Poderes.<sup>318</sup>

Por fim, a terceira corrente invoca o artigo 50, da Lei nº 9.784/99 (Lei de processo administrativo federal) para defender que atos que limitem direitos, imponham sanções, tomem decisões ou julguem recursos sejam motivados. Defende-se que não se está interpretando a Constituição à luz da lei, especificamente o art. 93, X à expressão “decisões administrativas” para argumentar que a lei e a Constituição são coerentes. Em outras palavras, a motivação é obrigatória para os atos restritivos de direito<sup>319</sup>.

Considerando que diversos atos das agências reguladoras importam em tomada de decisões, na imposição de sanções ou restrições de direitos dos regulados é, no mínimo prudente, para não dizer imperativo, que haja uma fundamentação e motivação cuidadosa de sua conduta. Se os atos possuem acentuada natureza técnica, e é daí que extraem em última instância o seu fundamento de validade, conclui-se que a sua motivação deve possuir igual substância técnica e nada melhor do que a AIR para atender tal demanda.

A conclusão é que, se não todos os atos das agências que precisam de motivação e de AIR, pelo menos, os atos altamente restritivos dos direitos dos regulados pressupõem esse cuidado, sob pena de inconstitucionalidade. Diversos autores contudo, concordam que nem sempre a AIR é obrigatória para todos os casos, por exemplo, quando os custos da realização dela excederem os benefícios. No entanto, na aclimação do instituto, é preciso delimitar melhor quando a AIR é obrigatória e quando é facultativa. A dispensa da Análise para restrição de direitos fundamentais não pode ser a mesma para restrições regulatórias em geral.

Talvez seja recomendável que, na primeira hipótese, custos superiores aos benefícios econômicos podem ser justificados por benefícios não só econômicos, mas

---

<sup>318</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 396-7.

<sup>319</sup> Nesse sentido, CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.126 e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: 2009, p. 157: “*Quanto à obrigatoriedade da motivação, trata-se de um aperfeiçoamento jurídico, de há muito cobrado pela doutrina e hoje princípio constitucional de compulsória observância para os atos decisórios, que resultou da evolução doutrinário jurisprudencial da chamada teoria dos motivos determinantes, entronizada entre nós por Francisco Bilac Pinto que, por sua vez, a recolheu em Gaston Jèze, seu sistematizador, a partir da observação da jurisprudência do Conselho de Estado francês: uma teoria que reconhece a automática vinculação do ato aos motivos, mesmo discricionários, sempre que hajam sido declinados pelo agente como razões de decidir.*”

também ético-jurídicos. A intensidade da restrição de direitos e limitações pode ser outro guia para impor a motivação do ato administrativo regulatório por meio da AIR. Em qualquer caso, a fundamentação da não realização da AIR, tal como no modelo da ANCINE estudado anteriormente, mostra-se particularmente útil.

### **3.4.2. As regras existentes e a AIR: o Decreto n. 4.176 de 2002 e a analogia com o EIA/RIMA.**

Não existe uma legislação geral explícita sobre a análise de impacto regulatório. Não localizamos igualmente projetos de lei em curso sobre o tema<sup>320</sup>. São poucas as iniciativas para disciplinar o instituto e ainda são pontuais, como a da ANCINE e a consulta pública na ANEEL, relatadas acima. Salvo tais iniciativas, o que existe é um decreto regulamentando o processo de criação das leis que há elementos análogos à AIR, bem como uma aproximação possível com as normas sobre o estudo de impacto ambiental e o relatório de impacto ambiental.

O **Decreto n. 4.176 de 2002** estabelece em seus anexos I e II questões relevantes a serem analisadas na elaboração de atos normativos, além de estabelecer um detalhado questionário para a devida exposição dos fatos que motivaram a proposição do determinado ato. É verdade, porém, que não possuímos no referido documento uma diretriz específica para a análise de impactos regulatórios, mas por meio da analogia, e considerando a normatividade dos atos regulatórios, é possível estabelecer algumas exigências para o processo de AIR já descrito até aqui.

Podemos identificar sem dificuldade no primeiro parágrafo do primeiro anexo a exigência de análises da situação fática encontrada, além dos custos a serem empenhados na solução do problema e os benefícios auferidos com a medida, além de questionar os resultados da possível inércia do Estado na referida questão. Temos aqui fortes indícios de uma análise de custo-benefício dos atos normativos federais, além de, como proposto pela OCDE, a consideração de tomar ou não uma atitude em vista das consequências do ato.

---

<sup>320</sup> O máximo que foi encontrado foi Projeto de Lei nº 3.337 de 2004, que estabelece maior integração entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência, privilegiando a troca de experiências e normatizando a análise de impacto no que tange a concorrência e a ordem econômica, conforme se pode perceber no art. 16, §3º do referido projeto.

Ademais, em seu segundo parágrafo exige-se o detalhamento das alternativas disponíveis para o caso, além de questionar à luz de certos parâmetros quais as opções menos onerosas nessa tomada de decisão. Dentre alguns pontos a serem analisados o documento cita: (i) desgaste e encargos para os cidadãos e a economia; (ii) eficácia; (ii) efeitos colaterais e outras consequências; (iv) possibilidade de impugnação no Judiciário.<sup>321</sup> Vemos, aqui, a preocupação não só com a eficácia e a proporcionalidade da ação em si, mas também a possibilidade de ter-se um projeto mal sucedido graças aos impedimentos legais ou constitucionais que resultariam em um desnecessário empenho de verba pública. Além disso, em determinados pontos o documento exige o conhecimento de impacto sobre determinados setores ou grupos, em situação análoga à Análise Parcial da AIR.

Em suma, o Anexo 1 do referido Decreto possui uma diretriz normativa exigindo uma detalhada análise de custos da ação (não só custo econômico, mas também social e jurídico), além de uma análise dos possíveis benefícios e de sua efetiva necessidade. Esses elementos, *mutatis mutandis*, estão presentes na discussão do método do custo-benefício do AIR.

Já no Anexo II, há um formulário a ser preenchido pelo proponente do ato normativo, encontrando-se neles perguntas tais como a (i) possibilidade de outra medida que pudesse solucionar o problema; (ii) os custos; (iii) necessidade de urgência. Encontramos aqui um verdadeiro *checklist* para a formulação de atos normativos. Lembre-se que, pela própria OCDE, o *checklist* é uma técnica para fazer a AIR.

Embora a OCDE recomende também que no processo de Análise de Impactos Regulatórios haja um *checklist* a ser preenchido respondendo basicamente as análises de custo-benefício das ações reguladoras, não encontramos nenhum documento que sugerisse os critérios a serem adotados nessa etapa especificamente dirigidos à regulação, tampouco nada dizendo que tais diretrizes para legislação não pudessem/devessem ser reconduzidas para a regulação. Entretanto, a OCDE oferece um *checklist* para a implantação da política de AIR nos países membros. Enquanto vemos no nosso ordenamento uma preocupação com os custos e benefícios da ação, o referido documento da entidade se preocupa ainda com o processo embrionário de AIR,

---

<sup>321</sup> **Decreto nº 4.176 de 28 de Março de 2002:** Estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2002.

perguntando-se do comprometimento político com a causa, como serão asseguradas essas políticas no referido país, a transparência do processo e a relação entre as agências reguladoras e as entidades de controle do mercado e da concorrência, para citar alguns exemplos<sup>322</sup>. Possuímos aqui mais um guia de perguntas frequentes para governantes engajados na causa do que propriamente diretrizes para a formulação do procedimento em si.

Nota-se, aqui, uma preocupação embrionária com o impacto que as medidas reguladoras possuem. Entretanto, resta somente ao ordenamento jurídico brasileiro o Decreto nº 4.176 de 2002 como instrumento concreto de análise de impactos. Se levarmos em consideração as recomendações da OCDE, ainda há muito a ser feito. Não se pode afirmar enfaticamente que no Brasil existe uma regulamentação clara e completa sobre a AIR para padronizar ou ao menos parametrizar os estudos de impactos regulatórios.

Outros institutos análogos à Análise de Impacto Regulatório são o **Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA)**, positivados no art. 225, § 1º, IV da Constituição e 1988<sup>323</sup>, a Lei nº 6.938/81<sup>324</sup> e na Resolução nº 001/86 do CONAMA<sup>325-326</sup>. O instituto trata de atividades que utilizam recursos ambientais significativos e com potencial de degradação ou poluição, podendo ocasionar severas consequências. O procedimento do EIA e do RIMA procura analisar as externalidades e o custo-benefício do empreendimento econômico para o meio ambiente, incluindo, de forma semelhante ao processo regulatório, a possibilidade de

---

<sup>322</sup> Para todas as diretrizes de implantação da AIR nos países membros da OCDE: Cf. OCDE **APEC-OECD Integrated Checklist on Regulatory Reform: A Policy Instrument for Regulatory Quality, Competition Policy and Market Openness**. Paris, 2008.

<sup>323</sup> **Constituição de 1988: “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. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;”

<sup>324</sup> **Lei nº 6.938/81:** “Art. 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: (...) III - a avaliação de impactos ambientais;”

<sup>325</sup> **Resolução 01/86 do CONAMA:** “Art. 1º - Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II - as atividades sociais e econômicas; III - a biota; IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V - a qualidade dos recursos ambientais.”

<sup>326</sup> ATUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 249 e ss.

instauração de consultas e audiências públicas, que ficam à disposição da população, respeitado o sigilo industrial quando couber.

Como determinado na Resolução nº 1/86, que rege o instituto, o EIA deve levar em consideração: (i) "*todas as alternativas tecnológicas e de localização do projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto.*"<sup>327</sup>; (ii) os **impactos ambientais gerados**, ou seja, os **custos ambientais** do empreendimento; (iii) definir o limite da área a ser afetada, direta ou indiretamente; e (iv) considerar os planos governamentais propostos e em andamento na área do projeto, visando sua compatibilidade. Paulo de Bessa Antunes destaca, ainda, alguns requisitos formais do EIA, tais como equipe técnica e multidisciplinar habilitada, independência técnica e de despesas e confecção de um RIMA como forma de tornar as informações do EIA mais simples, acessíveis e compreensíveis ao público não especializado<sup>328</sup>. Note-se que essas são diretrizes consolidadas para realização do EIA, que guiam o processo de licenciamento ambiental, mas que poderiam muito bem ser adaptados para o procedimento regulatório.

Afinal, nada na Constituição diz que devemos ter mais cuidado com as plantas do que com as pessoas. Pelo contrário, quando o art. 225 dispõe sobre o meio ambiente, ele enfatiza como algo "*essencial à sadia qualidade de vida*"<sup>329</sup>. A própria Lei nº 6.938/81, vista de forma sistemática, numa visão global das ciências ambientais, indica a necessidade de mensurar os impactos sociais e humanos do projeto proposto<sup>330</sup>. Se até mesmo os ambientalistas preocupam-se com a dimensão socioeconômica e humana, também as agências reguladoras deveriam estar atentas no processo regulatório a esse ponto.

Como podemos perceber, é possível traçar alguns paralelos entre o instituto descrito acima e o AIR, escopo de nosso trabalho: além de ambos se preocuparem com o impacto causado pelas ações respectivas de cada, podemos perceber também uma preocupação com o possível retorno do projeto. O EIA e o RIMA se assemelha, por isso, mais a AIR parcial que procura mensurar o impacto num dado setor. Comprova-se

---

<sup>327</sup> **Resolução nº 001/88 de 23 de Janeiro de 1986:** Estabelece as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. Brasília: CONAMA, 1986.

<sup>328</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.298 e ss.

<sup>329</sup> Sobre o direito ao meio ambiente como direito fundamental por ser pressuposto do direito à vida. Cf. SLVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>330</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.295.

novamente que o “*estudo de impacto*” de medidas públicas ou privadas não é uma novidade tão grande quanto parecia num primeiro momento no Brasil.

## APONTAMENTOS FINAIS

Em desfecho, é possível compendiar as principais ideias do texto em algumas formulações sintéticas que respondem ao problema inicialmente formulado sobre a constitucionalidade da AIR, a partir do marco teórico da internacionalização do direito constitucional regulatório:

1. O fenômeno da internacionalização do direito não é uma mera transferência de competências do plano interno para o internacional, mas em três dimensões: (i) *internacionalização metodológica* – o emprego da comparação jurídica ou direito internacional privado para harmonizar ou uniformizar o direito, bem como para criticar; (ii) *internacionalização político-institucional* – a multiplicidade de instituições que intervém ou decidem sobre temas jurídicos, seja por meio de uma internacionalização do poder constituinte e a criação de blocos econômicos regionais supranacionais, seja por um decisões de juízes nacionais com efeitos extraterritoriais; (iii) *internacionalização das fontes do direito*– a mudança no modo de conceber o ordenamento jurídico e interpretar as suas regras, saindo de uma concepção hierarquizada da pirâmide para uma visão dinâmica da nuvem, dinâmica e porosa às influências variadas, como as do direito internacional, comunitário e comparado<sup>331</sup>.

2. Com isso, passa-se de um paradigma de uma estrutura simples (fechada e estável) do ordenamento jurídico para um de estrutura complexa (aberta, instável e polimorfa)<sup>332</sup> que relaciona de múltiplas formas o direito interno e o internacional, seja na atividade legislativa do Estado ou na atividade de intervenção direta na economia pelo Executivo, seja na atividade de regulação da economia.

3. Em primeiro lugar, é possível recorrer ao direito comparado será importante para, por meio do conhecimento de outras experiências, possamos entender melhor o que é esse novo instituto da análise de impacto regulatório que está sendo aclimatado, como tem sido utilizado e as críticas feitas a ele. Entender o outro é em alguma medida

---

<sup>331</sup> Com conteúdo semelhante, mas outra arrumação, Cf. BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Estado e Constituição no contexto da internacionalização do direito. A partir dos direitos humanos. In: VIEIRA, José Ribas e CARVALHO, Flávia Martins de (Org.). **Desafios da Constituição: democracia e estado no século XXI**. Rio de Janeiro: Faperj, 2011, p.306 e 307.

<sup>332</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Un ordre juridique en formation?** Disponível em: <http://www.uniceub.br/Pdf/Delmas%20Marty%20-%20Un%20ordre%20juridique%20en%20formation.pdf> Acesso em: <23.04.2012>.

compreender melhor e, assim, entender em que medida a aclimação feita do instituto pelo Brasil é a mais adequada para promover a esperada qualidade da regulação para o desenvolvimento nacional.

4. Em segundo lugar, destaca-se a multiplicidade de instâncias para tomada de decisão e de normas regendo certas práticas não raro sobrepostas ou conflitantes, especialmente em temas econômicos de especial relevo, como é o caso da regulação da infraestrutura, como se terá a oportunidade de observar no desenvolvimento do trabalho. Logo o diálogo entre as múltiplas fontes normativas e as diversas instituições contribuirá decisivamente para a qualidade do direito (e da regulação).

5. Em terceiro lugar, a compreensão de que a regulação carrega impactos na própria maneira de conceber o direito seja do ponto de vista teórico e normativo, seja do ponto de vista do impacto na realidade e de uma realidade que recebe influências de múltiplas fontes é relevante. Ver o direito aberto, instável e complexo é importante para analisarmos a regulação como algo adequado a realidade nacional brasileira, sem nos atermos a análises meramente provincianas.

6. Perceba-se, por fim, que outra vantagem de trabalhar nesse paradigma é compreender a existência de uma relação indissociável e extremamente complexa entre economia e direitos humanos, cujo exemplo mais evidente reside no direito ao desenvolvimento que propõe uma pauta para o mercado orientada justamente para a concretização da ética dos direitos humanos. Relação essa que muitas vezes não pode ser equacionada dentro de uma lógica ortodoxa como é enxergado do direito tradicionalmente.

7. Justamente por isso, os dois pressupostos teóricos para compreender a Análise de Impacto regulatório foram, em primeiro lugar, a “internacionalização do direito” tratada acima e, em seguida, no próximo capítulo, o direito ao desenvolvimento, recorrendo, sobretudo, às contribuições do economista Amartya Sen. O primeiro tema fornecerá o pano de fundo ou o contexto para a Análise de Impacto Regulatório, enquanto o segundo a finalidade e metodologia da Análise de Impacto Regulatório. Poderíamos expandir a pesquisa, incluindo outros autores que trabalham fenômenos análogos ou semelhantes. Mas a pesquisa até aqui parece ser suficiente para fornecer o olhar sobre a regulação estatal a partir da “internacionalização do direito”. Abre-se a possibilidade de avaliar criticamente os impactos que a regulação estatal em sentido amplo causa no mercado. Afinal, em tempos de globalização ou mundialização, a regulação deve se preocupar em superar a pobreza, desobstruir entraves ao

desenvolvimento e eliminar outras formas de exclusão injustiças econômicas ou não econômicas. Acreditamos que melhor a regulação da infraestrutura é um bom ponto de partida.

8. No segundo capítulo, passamos de uma discussão teórica da noção de internacionalização do direito para uma aplicação prática no âmbito da internacionalização do direito constitucional regulatório. Tratamos da questão a partir de três abordagens: *topdown*, *difusion* e *bottom-up*. Na primeira, cuidamos das recomendações da OCDE para melhoria da qualidade da regulação, especificamente sobre a análise de impacto regulatório. Na segunda, observam-se alguns modelos nacionais de análise de impacto regulatório, especialmente a partir dos estudos da OCDE referentes ao Reino Unido, Estados Unidos e México. Na terceira, tratamos da construção do modelo de Estado regulador brasileiro e suas características, com atenção à reforma do Estado.

9. Concluimos que as novas preocupações, introduzidas recentemente no direito constitucional regulatório por conta do influxo da internacionalização do direito, mudam a maneira de pensar a regulação no Brasil. Ao lado das opções tradicionais pela regulação, autorregulação e a coregulação, o programa de fortalecimento institucional da regulação (PRO-REG) evidencia a preocupação com formas racionais e legítimas de regular os reguladores. Implementa-se, de fato, o conceito de metaregulação, sem que isso se converta numa captura plena das agências reguladoras nem pelas instâncias políticas, nem pelo mercado. A Unidade de Coordenação, Monitoramento e Avaliação de Assuntos Regulatórios e, ainda, a Análise de Impacto Regulatório são o núcleo desse processo de amadurecimento institucional para metaregulação no Brasil.

10. Não existe consenso na literatura sobre a definição do que seria a metaregulação. Ainda assim, alguns elementos podem ser imputados ao termo: essa supervisão da regulação e autorregulação; a ideia de regular os reguladores e pensar reflexivamente sobre os diferentes níveis de regulação e formas de interação entre atores<sup>333</sup>. Todas essas noções acabam por se reportar direta ou indiretamente sobre os institutos citados logo acima. Esse processo de aprofundamento da metaregulação,

---

<sup>333</sup> Para mais detalhes, Cf. COGLIANESE, Cary; MENDELSON, Evan. Meta-regulation and self-regulation. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **The Oxford handbook of regulation**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 147 e ss.

segundo acreditamos, auxiliará a ampliar a qualidade da regulação no sentido de correção das falhas do mercado, seja por melhorar como se lida com externalidades, como risco a saúde, ou concentração de mercado<sup>334</sup>.

11. No terceiro capítulo, concluímos que a análise de impacto regulatório, mesmo sem previsão legal expressa, é constitucional. Do ponto de vista principiológico, os princípios da eficiência (art. 37, caput após EC19/98), da proporcionalidade, o princípio democrático e a motivação dos atos administrativos (art. 93, X) devem ter sua normatividade respeitada. Já do ângulo das regras, podem ser invocadas a analogia com o processo legislativo para aprovar novas leis (Decreto Federal n. 4.176 de 2002) e analogia com os estudos/relatórios de impacto ambiental (art. 225, § 1º, IV da Constituição, Lei nº 6.938/81 e Resolução nº 001/86 do CONAMA).<sup>335</sup>

12. Para além da constitucionalidade da aclimatação do instituto, investigamos as informações disponíveis mais recentes no site do PRO-REG sobre alguns projetos-piloto em 6 agências reguladoras: ANCINE, ANEEL, ANAC, ANVISA, ANS, ANP e ANTAQ. Verificamos alguns dilemas: (i) a existência de atos das agências que consideram ilegais atos regulatórios sem a referida análise a despeito de inexistência de lei formal que imponha tal exigência (ex: regulamentação da Ancine), o que parece plausível dado o poder normativo das agências reguladoras no Brasil; (ii) alguns autores defendem a inconstitucionalidade de atos desprovidos de AIR (ex: Flávio Willeman em relação à Res. 67/2011 da ANP); e (iii) a necessidade de aprimorar a quantificação e qualificação da análise realizada pela agência que deve prever impactos sociais e econômicos para o mercado e os grupos afetados e não apenas para Administração (ex: ANVISA e a revisão da RDC 33/2006).

---

<sup>334</sup> Não se pretende aprofundar as diversas teorias, como a teoria do interesse público e a teoria da captura/grupos de interesse, que se dedicam ao estudo desse complexo fenômeno, mas não é o escopo da presente dissertação compendia-las. Para mais detalhes, Cf. POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo. **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 49 e ss.

<sup>335</sup> Ver página 33 (fundamentais legais em outros países). Ver p 17 e 34 (procedimento). Cf. OECD. **Building an institutional framework for regulatory impact analysis** (RIA). 2008, p. 16. Disponível em: < <http://www.oecd.org/dataoecd/44/15/40984990.pdf>> Acesso em: <1.07.2012.>

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Frank. **Critique of cost-benefit analysis and alternative approaches to decision making.** Disponível em: [http://www.ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/Ack\\_UK\\_CBacritique.pdf](http://www.ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/Ack_UK_CBacritique.pdf) Acesso em: <13.02.2013>
- \_\_\_\_\_; HEINZERLING, Lisa. **Pricing the priceless: cost-benefit analysis of health, safety and environmental protection.** Disponível em: <<http://www.progressivereform.org/perspcostbenefit.cfm> > Acesso em: <13.02.2013>
- ADLER, Mathew D. e POSNER, Eric. Rethinking cost-benefit analysis. **The Yale law Journal** vol 109, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Cost-benefit analysis: legal, economic and philosophical perspectives.** Chicago: The University of Chicago Press, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Implementing Cost-Benefit Analysis When Preferences Are Distorted.** Journal of Legal Studies. vol. XXIX, Junho de 2000.
- ALBUQUERQUE, Kélvia Frota de. **A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil: um passo fundamental para o crescimento econômico sustentado.** Disponível em <[http://www.seae.fazenda.gov.br/central\\_documentos/documento\\_trabalho/2006-1?set\\_language=pt-br](http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2006-1?set_language=pt-br)>. Acesso em: <13.02.2013>
- AMANI, Fernando Huanacuni. **Buen vivir/vivir bien: filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas.** Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAOI, 2010.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- \_\_\_\_\_. Agências reguladoras independentes e a separação dos poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. **Revista dos tribunais nº 786,** 2001.
- \_\_\_\_\_. **Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios da eficiência e economicidade.** In: Pedro Ivo Sebba Ramalho (Org.) Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório. Brasília: ANVISA e Presidência da Casa Civil, 2009.
- ARCHIBUGE, Mathias Koenig. Global regulation. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **The Oxford handbook of regulation.** New York: Oxford University Press, 2010.
- ARROW, Kenneth et all. **Benefit-cost analysis in environmental, health an safety regulation.** Disponível em: <http://classwebs.spea.indiana.edu/kenricha/Classes/V600/Spring%202009%20Cla>

ss%20Readings/CBA%20-%20Regulatory%20Review/Arrow%20et%20al%20CBA%20Overview.pdf

- BALDWIN, Robert. Better regulation: the search and the struggle. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **The Oxford handbook of regulation**. New York: Oxford University Press, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BELLO, Enzo. Os paradigmas clássicos do direito e a proposta habermasiana de um novo modelo discursivo procedimental. **Revista de Direito da Unigranrio**. Disponível em: <[http:// publicacoes.unigranrio.edu.br](http://publicacoes.unigranrio.edu.br)>.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro, 2006.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Estado e constituição no contexto da internacionalização do direito a partir dos direitos humanos. In: VIEIRA, José Ribas e CARVALHO, Flávia Martins de (Org.). **Desafios da Constituição: democracia e estado no século XXI**. Rio de Janeiro: Faperj, 2011, p.299 e ss.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado patrimonial ao Estado gerencial. In: PINHEIRO, Wilhelm e Sachs (orgs.), *Brasil: Um Século de Transformações*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2001, p. 222-259. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/papers/2000/00-73EstadoPatrimonial-Gerencial.pdf> Acesso em:<05.05.2012>
- \_\_\_\_\_. Os primeiros passos da Reforma gerencial do estado de 1995. **Revista Brasileira de Direito Público** ano 6, n. 23, 2008.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio de Fabris, 1999.
- \_\_\_\_\_. **O direito Internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. “Metodologia fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

- COELHO, Carina Cavalcante. **Reforma Regulatória no contexto brasileiro.** Dissertação do Mestrado em Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas, sob a orientação da prof. Alketa Peci, sem data.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- COGLIANESE, Cary; MENDELSON, Evan. Meta-regulation and self-regulation. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **The Oxford handbook of regulation.** New York: Oxford University Press, 2010.
- DALMAU, Rubén Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. **¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?** VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional: Constituciones y principios. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2010.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Étude juridiques comparatives et internationalisation du droit.** Collège de France/Fayard, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Le relatif et L'universel.** Paris: Éditions du Seuil, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Le refondation des pouvoirs.** Paris: Éditions du Seuil, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Vers une communauté de valeurs?.** Paris: Éditions du Seuil, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Critique de l'intégration normative.** Paris: Presses Universitaires de France, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Le pluralism ordonné.** Paris: Éditions Seuil, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Por um direito comum.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Três Desafios para um Direito Mundial.** Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003
- \_\_\_\_\_. The Imaginative forces of Law. **Chinese Journal of International Law,** 2003.
- \_\_\_\_\_. **Un ordre juridique en formation?** Disponível em: <http://www.uniceub.br/Pdf/Delmas%20Marty%20-%20Un%20ordre%20juridique%20en%20formation.pdf> Acesso em: <23.04.2012>
- \_\_\_\_\_. **International Constitutional Law vol. 8,** ed. 3, jul. 2010
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2004.
- FARAH, Ivonne; VESASPOLLO, Luciano (coords.). **Vivier bien: ¿Paradigma no capitalista?** La Paz: Plural, 2011, p. 77-93; 133-145
- FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder:** formação do patronato político brasileiro. 3ª Ed. vol. 1 e 2. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2001.
- FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. A paz perpétua no pensamento kantiano e os fundamentos de um Tribunal Penal Internacional Permanente. **Revista de**

**Ciências Jurídicas da Universidade Veiga de Almeida - Instituto de Ciências Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 127-138, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

GONTIJO, Andre Pires. O Supremo Tribunal Federal perante o fenômeno da internacionalização dos direitos e as condições de possibilidade do desenvolvimento do processo de “constitucionalização” no âmbito internacional: o estudo dos precedentes STA-AgRg 118/RJ e STA-AgRg171/PR. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do. **A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Entre o tempo e o espaço: convergências e divergências entre estudos jurídicos comparativos e o método comparativo no aperfeiçoamento do direito**. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/anais/36/03\\_1321.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/03_1321.pdf)> Acesso em: <09.06.2012>

HÄBERLE, Peter, **O Estado Constitucional cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. **El estado constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

\_\_\_\_\_. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**, Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **Ciência y técnica como ideologia**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Tecnos, 1986.

\_\_\_\_\_. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Trad. Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HAHN, Robert. **Reviving regulatory reform: a global perspective**. Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2000.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito, liberdade e moralidade**. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987.

\_\_\_\_\_. Are there any natural rights? **The Philosophical Review** vol. 64, n. 2, 1955, p. 175 e ss.

JORDANA, Jacint, LEVI-FAUR David; VOGEL, David. The Internationalisation of Regulatory Reforms: The Interaction of Policy Learning and Policy Emulation in the Diffusion of the Reforms. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fpoli.haifa.ac.il%2F~levi%2FJLVBook12&ei=nz3nUJTDA5Oc8wSmr4C4CA&usq=AFQjCNHpn7XuYEqWCiSNWQuKV84tUYWoQ>> Acesso em: <01.01.2013>

- JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro. **Direito Administrativo – Parte 1 – Estado Gerencial Brasileiro**. 1 ed., 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.
- KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Trad Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2009.
- KELSEN, Hans. **The Law of United Nations: a critical analysis of its fundamental problems**. London: The London Institute of World Affairs, 1951.
- \_\_\_\_\_. **Autobiografia de Hans Kelsen**. Trad. Gabiel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense 2011.
- \_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LEGALE FERREIRA, Siddharta. A Constituição reinventada pelas Crises: Do neoconstitucionalismo ao constitucionalismo internacionalizado. **Direito Público n. 32**, 2010, p. 168. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/881/690> Acesso em: <05.05.2012>
- \_\_\_\_\_. Democracia Direta vs. Representativa: uma Dicotomia Inconciliável com Algumas Reinvenções. **Direito Público (Porto Alegre)**, v. 18, 2007.
- \_\_\_\_\_. A constitucionalização do direito tributário: A justiça fiscal numa visão liberal igualitária. **Direito Tributário em Questão**, 2012, no prelo.
- LOBÃO, Ronaldo. O Tempo Vertiginoso: impossível de se capturar na Lei? **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, nº 22, pp. 171-189, 2008. <disponível em [http://www.jfrj.gov.br/Rev\\_SJRJ/num22/dossie\\_artigos/dossie\\_artigo\\_9.pdf](http://www.jfrj.gov.br/Rev_SJRJ/num22/dossie_artigos/dossie_artigo_9.pdf)> Acesso em:<05.06.2012>
- \_\_\_\_\_. **Cosmologias políticas do neocolonialismo: como uma política pública pode se transformar em uma política do ressentimento**. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2010.
- MACEDO, Marco Antônio Ferreira. **A positivação da Justiça na Cf/88 e o contratualismo constitucional rawlsiano como chave de justificação**. IN: PIRES, Adilson Rodrigues e TÔRRES, Heleno Taveira. **Princípios de direito financeiro e tributário: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. **A captura democrática da Constituição Econômica: uma proposta de releitura das atividades públicas de fomento**,

**disciplina e intervenção direta na economia à luz do pragmatismo e da razão pública.** Tese de Doutorado em Direito da Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

\_\_\_\_\_. Análise de Impacto Regulatório: um novo capítulo das agências reguladoras. **Revista de Direito da Administração Pública** nº1, 2012. Disponível em: <www.cedap.uff.br>.

MCGARITY, Thomas O. **Reinventing rationality: the role of regulatory analysis in the federal bureaucracy.** New York: Cambridge University Press, 1991.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo.** Rio de Janeiro: 2009

\_\_\_\_\_. **Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para Administração Pública de relações complexas no Estado democrático.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; GOMES, Camila Beatriz Sardo. O novo constitucionalismo latino-americano. In: VIEIRA, José Ribas; CARVALHO, Flávia Martins (orgs.). **Desafios da constituição: democracia e Estado no século XXI.** Rio de Janeiro: UFRJ, 2011.

OST, François e KERCHOVE, Michel van de. De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit. **R.I.E.J.** 44, 2000.

OST, François. **O tempo do direito.** Trad. Élcio Fernandes. São Paulo: Edusc, 2005

PERLINGEIRO, Ricardo. Teoria da Justiça de John Rawls. **Revista de Informação Legislativa** n. 138, 1998. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31495-35698-1-PB.pdf>. Acesso em: <05.05.2012>

PERRONE, Patrícia. **Precedentes.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

POPPER, Karl Raimund. De nuvens e relógios. In: **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária.** Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Ed Itatiaia, 1976

POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo. **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano.** São Paulo: Editora 34, 2004.

PRADO, Mariana Mota. Accountability mismatch: as agências reguladoras independentes e o governo Lula. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências Reguladoras e democracia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Presidência da República – Câmara da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do aparelho do Estado.** Brasília: Novembro, 1995.

- PROENÇA, Jadir Dias. Supervisão regulatória e a articulação com as políticas públicas: experiências latino-americanas. **XIV Congresso Internacional do Centro Latino-americano de Administração para o Desenvolvimento – CLAD**, 2009. Disponível em: <www.regulacao.gov.br>
- RAWLS, John. **Direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Political Liberalism**. New York: Columbia University, 2005.
- SANTOS, Boaventura Sousa. **Refundación del Estado em América Latina: Perspectivas des uma epistemologia del sur**. Lima: IIDS, 2010.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SUBTIL, Leonardo de Camargo. Os desafios do processo e da jurisdição frente à internacionalização do direito e aos processos de integração: rumo à efetivação dos direitos humanos. **Revista NEJ – Eletrônica**, vo. 15, n. 3, 2010, p.346 e ss. Disponível em: <www.univali.br/periodicos> Acesso em: 16.05.2012.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- \_\_\_\_\_. Regulação, desenvolvimento e meio ambiente. In: **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2012
- SEINTENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 127.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- \_\_\_\_\_. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- \_\_\_\_\_. e KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. Trad. Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Sobre ética e economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Democracy as Universal Value**. Disponível em: <http://homes.ieu.edu.tr/~ibagdadi/INT230/Amartya%20Sen%20-%20Democracy%20as%20a%20Universal%20Value.pdf> Acesso em: <05.05.2012>
- \_\_\_\_\_. Rights and agency. **Philosophy and public affairs**, vol. 11, n.1, 1982.
- \_\_\_\_\_. Development: which way? **The Economic Journal**, vol.93, no 372, 1983.
- \_\_\_\_\_. Positional objectivity. **Philosophy and public affairs** vol. 22, n. 2, 1993.
- SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Estado Constitucional Cooperativo: O Futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a Ótica da Doutrina de Peter Häberle**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_72/Artigos/Christine\\_rev72.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/Artigos/Christine_rev72.htm)

- SLVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SUNSTEIN, Cass R. **Incompletely theorized agreement**. Disponível em: <www.ssrn.com>  
 \_\_\_\_\_; e ULLMANN-MARGALIT, Edna. **Second-order decisions**. *Ethics*, v. 110, 1999.  
 \_\_\_\_\_ e VERMULE, Adrian. **Interpretation and institutions**. Disponível em: <www.ssrn.com>
- TOFFOLI, José Antônio Dias e RODRIGUES JUNIOR < Luiz Otavio. **Hans Kelsen, o jurista e suas circunstâncias (Estudo introdutório para edição brasileira da “Autobiografia” de Hans Kelsen) In: Autobiografia de Hans Kelsen**. Trad. Gabiel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense 2011.
- VAL, Eduardo Manuel. **O clamor de resistência na praça Tahrir e a nova revolução árabe**. Disponível em: <http://www.rets.org.br/?q=node/918>. Acesso em: <05.05.2012>
- VERONESE, Alexandre. **Revisitando o conceito de direito em rede: Uma crítica sociológica à teoria normativista do direito**, mimeo, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La pachamama y el humano**. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012

## RELATÓRIOS DA OCDE

- OCDE, **The Design and uses of checklist in OECD countries** (1993). Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD%2893%29181&docLanguage=En> Acesso em: <26.06.2012.>
- OECD. **Recommendation of the council of the OECD on improving the quality of government regulation (adopted on 9 march 1995), including the OECD reference checklist for regulatory decision-making and background note**. 1995. Disponível em:  
<http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=OCDE/GD%2895%2995&doclanguage=en> Acesso em: <26.06.2012>.
- OECD. Executive Summary In: **Regulatory Impact Analysis: Best practices in OECD countries**. Paris, 1997, p. 7. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/21/59/35258828.pdf>> Acesso em: <30.06.2012>
- OECD. **Regulatory policies in OECD countries: from interventionism to regulatory governance**. 2002. Disponível em: < <http://www.keepeek.com/Digital-Asset->

Management/oecd/governance/regulatory-policies-in-oecd-countries\_9789264177437-en> Acesso em: <26.06.2012>

OECD. **Regulatory Impact Analysis (RIA) Inventory. 2004.** Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/22/9/35258430.pdf> Acesso em: <01.07.2012>

OECD. **Regulatory performance: ex-post evaluation of regulatory tools and Institutions.** 2004. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/34/30/30401951.pdf> > Acesso em: <01;07.2012>

OECD. **Building an institutional framework for regulatory impact analysis (RIA).** 2008. Disponível em: < <http://www.oecd.org/dataoecd/44/15/40984990.pdf>> Acesso em: <1.07.2012.>

OCDE. **Background Document on Oversight Bodies for Regulatory Reform.** 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/mena/governance/40681003.pdf>> Acesso em: <25.01.2013>

OECD. **Introductory handbook for undertaking regulatory impact analysis (RIA),** 2008.

OECD. **Reviews of regulatory reform: Brazil. Strengthening governance for growth.** 2008.

OECD. **Regulatory impact analysis a tool for policy coherence.** 2009, p. 52 e ss. Disponível em: <[http://www.keepeek.com/digital-asset-management/oecd/governance/regulatory-impact-analysis\\_9789264067110-en](http://www.keepeek.com/digital-asset-management/oecd/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en)> Acesso em: <03.07.2012>.

OECD. **Guiding principles for regulatory quality and performance.** Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/24/6/34976533.pdf>> Acesso: <26.06.2012.>

OECD. **Reports on regulatory reform synthesis.** Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/17/25/2391768.pdf> > Acesso em: <26.06.2012>

OECD. **Recommendation of the council of the OECD on improving the quality of government regulation (adopted on 9 march 1995), including the OECD reference checklist for regulatory decision-making and background note.** 1995.

OECD. **Regulatory policies in OECD countries: from interventionism to regulatory governance,** 2002.

OECD. **Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA),** 2008.