ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R e DE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Nº 43 – Julho/Agosto/Setembro de 2015 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

COMO E PORQUE TORNAR EFETIVO O INVISÍVEL PROCESSO REGULAMENTAR BRASILEIRO

Alexandre Magno Fernandes Moreira
Procurador do Banco Central.
Mestre em Direito pela Vanderbilt University.

Introdução

No Brasil, a produção de normas administrativas é indubitavelmente uma das mais importantes funções estatais: as normas editadas pelos mais diversos órgãos estatais regulam de forma cada vez mais intensa as mais diversas atividades sociais, especialmente as do domínio econômico. A despeito dessa inegável importância, não há, no Brasil, um procedimento que possa ser propriamente denominado de *processo regulamentar*, mas apenas regras esparsas adotadas por determinados órgãos e entidades da Administração Pública. Nesse sentido, a produção de normas administrativas talvez seja a mais descoordenada e descontrolada função estatal no Brasil.

Como bem sabido, a Administração Pública Federal brasileira é regida por uma lei de processo administrativo: a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Porém, o escopo da lei brasileira é restrito: a única espécie de processo administrativo previsto é o processo adjudicatório, que à semelhança do processo judicial, destina-se a aplicar a lei (e, subsidiariamente, as normas administrativas) a determinado caso concreto. Não há praticamente nenhuma referência na lei ao processo administrativo de produção de normas.[1] Também é notável que os doutrinadores brasileiros raramente tratem do processo regulamentar, inexistindo qualquer obra específica sobre o assunto, a despeito da existência de diversas obras sobre os limites do poder regulamentar.[2] Além disso, não há nenhuma referência a processo regulamentar em julgados dos tribunais superiores e mesmo em toda a Justiça Federal. Trata-se, portanto, de tema praticamente desconhecido pelo Direito brasileiro.

[1] Há apenas uma referência à produção de normas na lei de processo administrativo: a proibição de se delegar a competência para a "edição de atos de caráter normativo" (art. 13, inc. I).

[2] Maria Sylvia Zanella Di Pietro constitui exceção notável ao abordar o processo de elaboração das normas das agências reguladoras em Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *In*: FIGUEIREDO, Marcelo e PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello.* São Paulo: Malheiros, 2006, p. 480-504.

A ausência quase completa de regras relativas ao processo de regulamentação e a ausência absoluta de discussão dessa problema na doutrina e nos tribunais brasileiros pode ser considerada como uma indicação de que o processo regulamentar não é, no Brasil, uma questão de grande valor prático. No entanto, qualquer comparação entre o número e a extensão das leis e dos regulamentos editados no país indica, pelo contrário, que o processo de regulamentação chega a ser em alguns casos mais importante que o processo legislativo para as pessoas diretamente afetadas e para a ordem social em geral.

Este artigo propõe que a lei de processo administrativo brasileira seja ampliada para abranger não apenas a adjudicação, mas também a regulamentação. A Parte I descreve o estado atual da produção de normas administrativas no Brasil, com ênfase nas existentes regras de caráter procedimental. A Parte II, em seguida, explica as dificuldades e ineficiências que resultam da falta de procedimentos legalmente estabelecidos para a regulamentação. Na Parte III, é descrito o processo regulamentar nos Estados Unidos, que serviu de inspiração para a presente proposta. Nessa base, a Parte IV descreve a possibilidade e até mesmo a necessidade constitucional de um processo de regulamentação no Brasil e como esse processo pode ser descoberto por meio da interpretação integrada do Direito Administrativo brasileiro.

I – Visão panorâmica da produção de normas administrativas no Brasil

A Administração Pública Federal brasileira tem sido tradicionalmente dividida em Administração Direta e Indireta. A primeira é constituída pela União e a segunda por diversas entidades supervisionadas pela União. Os principais órgãos da União (Administração Direta) são a Presidência da República e os ministérios. Existem basicamente três tipos de entidades da Administração Indireta: autarquias, fundações e empresas estatais.

Desde a década de 1930, o governo federal brasileiro criou diversas companhias, que passaram a formar o terceiro ramo da Administração Indireta, as empresas estatais. Nas décadas seguintes, a participação dessas empresas na prestação de serviços públicos (como telecomunicações) e em atividades econômicas (como mineração) cresceu vertiginosamente. Na década de 1990, em um polêmico esforço para aumentar a eficiência econômica, diversas empresas estatais foram privatizadas pelo governo federal. Tratou-se de uma mudança estrutural no sistema econômico, uma vez que o Estado reduziu sua participação na economia como empresário, ao mesmo tempo aumentando-a como regulador.[3] Nesse período foram criadas as agências reguladoras não apenas para regular mas

[3] "Ao todo, desde 1991, o programa de privatização vendeu participações majoritárias e minoritárias em 68 empresas, com arrecadação de US$ 40 bilhões (R$ 69 bilhões pelo câmbio atual)." Após duas décadas, governo ainda controla 44 empresas. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 12 fev. 2012.Caderno Mercado, p. B3.
De acordo com Fernando Dias Menezes de Almeida, no final da década de 1960, a participação do setor público na *formação bruta do capital fixo* (indicador que mede o quanto as empresas aumentaram os seus bens de capital, ou seja, aqueles bens que servem para produzir outros bens) era de aproximadamente 2/3 (dois terços) contra 1/3 (um terço) do setor privado. Já em 1996 verifica-se uma inversão: a proporção era de 22% (vinte e dois por cento) para o setor público e de 78% (setenta e oito por cento) do privado. "Teorias da Regulação." *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista (org.). Curso de Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2006, vol. III, p. 119 a 148.

também para supervisionar a execução de serviços públicos e determinadas atividades econômicas.

Quase todos os órgãos da União (de forma destacada, os ministérios) produzem normas de caráter regulador. A mesma situação é encontrada na maioria das autarquias e mesmo em algumas fundações e empresas estatais. De fato, chega a ser difícil conceber-se um órgão governamental que, mesmo de modo restrito, não produza normas reguladoras para atingir seus objetivos institucionais.

Para ilustrar a importância da produção de normas reguladoras no Brasil, serão analisadas cinco unidades do governo federal: a) a Presidência da República; b) um órgão da Administração Direta, o Ministério da Educação (MEC); c) uma autarquia, o Banco Central do Brasil (Bacen); d) uma agência reguladora, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); e) uma empresa estatal, a Petróleos Brasileiros S/A (Petrobras). [4]

A Presidência da República é o órgão central do Poder Executivo Federal, sendo dividida em uma variedade de unidades, como secretarias, conselhos e coordenações. A Constituição Federal estabelece as seguintes competências normativas ao Presidente da República: "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução" e "dispor, mediante decreto, sobre: organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos" (art. 84, IV e VI). Dentro da Presidência da República, a produção normativa é levada a cabo principalmente pela Casa Civil, que tem a competência de "examinar a constitucionalidade, a legalidade, o mérito, a oportunidade e a conveniência política das propostas de projeto de ato normativo" (Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, art. 34, I).

Como visto no parágrafo anterior, o decreto, expedido pelo Presidente da República, pode ter a função de regulamentar a lei ou de prover normas para a organização da Administração Pública Federal. O primeiro tem o seu alcance limitado pela lei por ele regulada e o segundo não está subordinado a qualquer lei, mas apenas pode tratar de assuntos internos da Administração Pública. Em 2013, a Presidente da República promulgou 334 decretos, enquanto que no mesmo ano o Congresso Nacional aprovou apenas 173 leis.

Não há um procedimento formalizado para a produção de decretos presidenciais, mas apenas algumas diretivas (previstas no supracitado Decreto nº 4.176, de 2002), como, por exemplo: "as propostas de projetos de ato normativo serão encaminhadas à Casa Civil por meio eletrônico (...) mediante exposição de motivos do titular do órgão proponente (...)" (art. 37, caput); e "compete à Casa Civil da Presidência da República decidir sobre a ampla divulgação de texto básico de projeto de ato normativo de especial significado político ou social, até mesmo por meio da Rede Mundial de Computadores ou mediante a realização de audiência pública, tudo com o objetivo de receber sugestões de órgãos, entidades ou pessoas" (art. 34, II). [5] Ressalte-se a obediência às (esparsas) normas procedimentais do Decreto nº 4.176, de 2002, nunca foi questionada nos tribunais federais, não se

[4] A opção pelo Bacen e pelo MEC deve-se ao fato de que o autor é procurador da primeira instituição e trabalhou na consultoria jurídica da segunda de 2011 a 2013. A Petrobrás foi incluída por ser a maior empresa estatal do país e uma das maiores empresas do mundo. Finalmente, a Anatel foi escolhida porque foi a primeira agência reguladora criada no país, mantendo-se como uma das mais relevantes agências em atuação no país.

[5] Por força do art. 59 do decreto, essas diretivas são também aplicáveis, no que couber, às demais espécies de atos normativos produzidos pelo Poder Executivo Federal.

registrando portanto nenhum caso em que alguma norma administrativa tenha sido anulada por infringir o referido decreto.[6] Portanto, na ausência de efetivo controle judicial, não é descabido dizer que a produção normativa de decretos é realizada praticamente sem qualquer limitação de ordem procedimental. [7]

O Ministério da Educação tem a competência de elaborar normas administrativas nas seguintes áreas: política nacional de educação; educação infantil; educação em geral (exceto ensino militar); avaliação, informação e pesquisa educacional; pesquisa e extensão universitária; profissão docente; e assistência financeira a famílias carentes para a educação de seus filhos ou dependentes (cf. Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, art. 27, inc. X). O Ministério está dividido em várias órgãos, como o Conselho Nacional de Educação, a Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior, a Secretaria de Educação Básica e a Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica. Cada uma das unidades a enumeradas acima têm competência para emitir normas reguladoras do sistema educacional.

O Banco Central do Brasil é certamente uma das autarquias mais importantes do país. Trata-se inclusive da única entidade da Administração Indireta cujo presidente é qualificado como ministro (cf. Lei nº 10.683, de 2003, art. 25, parágrafo único, inc. VII). O Bacen foi criado em 1964 para desenvolver diversas funções relacionadas ao controle do sistema financeiro nacional, como por exemplo, "exercer o controle do crédito sob todas as suas formas" (Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, art. 10, inc. VI); "exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas" (Lei nº 4.595, de 1964, art. 10, inc. IX); e "estabelecer condições para a posse e para o exercício de quaisquer cargos de administração de instituições financeiras privadas (...)" (Lei nº 4.595, de 1964, art. 10, inc. XI). A despeito das relevantíssimas funções exercidas, em termos regulamentares o Bacen não é a principal autoridade monetária, uma vez que seu poder normativo está subordinado ao do Conselho Monetário Nacional (CMN), órgão do Ministério da Fazenda que tem por competência de "formular a política da moeda e do crédito" (Lei nº 4.595, de 1964, art. 2º, *caput*), principalmente por meio de suas resoluções. [8]

Em 2013, 125 resoluções foram promulgadas pelo CMN. Logo abaixo, vêm as circulares do Bacen, promulgadas 73 vezes no mesmo período. Em comparação, é notável perceber que, em 2013, foram promulgadas apenas duas leis a respeito do sistema financeiro nacional.[9]

---

[6] Pesquisa realizada em 22 de junho de 2014 na base de dados de jurisprudência unificada da Justiça Federal (http://www.jf.jus.br/juris/unificada/).

[7] Ressalte-se apenas a análise jurídica prévia realizada pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil nos termos do art. 16, inc. IV, VI e IX do decreto ("À Subchefia para Assuntos Jurídicos compete: (...) IV - examinar os fundamentos jurídicos e a forma dos atos propostos ao Presidente da República, estando autorizada a devolver aos órgãos de origem aqueles em desacordo com as normas vigentes; (...) VI - supervisionar a elaboração de projetos e atos normativos de iniciativa do Poder Executivo; (...) IX - coordenar as atividades de elaboração, redação e tramitação de atos normativos a serem encaminhados ao Presidente da República; (...)").

[8] O poder *quase-legislativo* (criação de deveres e obrigações por meio de normas) conferido ao Bacen e ao CMN antecipou em mais de três décadas aquele dado às agências reguladoras. Curiosamente, a atribuição desse poder não causou grande questionamento à época, o que diferiu em muito das grandes controvérsias que cercaram a criação das agências reguladoras. Ainda hoje, quase 50 anos depois da promulgação da lei, esse poder tem sido exercido sem maiores questionamentos quanto a possível colisão com o princípio da legalidade.

[9] Cf. a Lei nº 12.838, de 9 de julho de 2013, que "dispõe sobre os títulos de crédito e instrumentos emitidos por instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, para composição de seu patrimônio de referência"; e a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, que "disciplina o documento digital no Sistema Financeiro Nacional".

O CMN tem algumas diretrizes para o processo de elaboração de suas resoluções, como, por exemplo, "as propostas dos conselheiros ao CMN deverão ser entregues à sua secretaria-executiva, com a justificativa da proposição e minuta da resolução pertinente, se for o caso" (Decreto nº 1.307, de 9 de novembro de 1994, art. 17); e "as propostas que implicarem dispêndio ou remanejamento de recursos financeiros, assim como as que exigirem aplicações de recursos, deverão dimensionar tais recursos e apresentar, se for o caso, o respectivo fluxo de fontes e usos" (Decreto nº 1.307, de 1994, art. 19). [10] Por outro lado, não há nenhuma espécie de processo regulamentar previsto para a edição de circulares do Banco Central: eventualmente são realizadas consultas públicas e mais comumente o projeto de circular é examinado pela Procuradoria-Geral, mas tanto um evento como o outro dependem inteiramente da discricionariedade da autoridade competente.[11]

As agências reguladoras brasileiras, inspirados no modelo norte-americano das agências independentes, foram criadas como entidades da Administração Indireta. No entanto, elas têm características peculiares que a diferenciam fortemente de outras entidades da Administração Indireta. Como no modelo norte-americano, essas agências têm um maior grau de autonomia (por exemplo, seus diretores devem ser aprovados pelo Senado, têm um mandato fixo e as decisões do conselho diretor não podem ser anuladas pelo chefe do Poder Executivo). Além disso, as agências têm, não apenas competências administrativas, como as demais entidades da Administração Indireta, mas também são titulares de poderes de caráter normativo (quase-legislativo) e adjudicatório (quase-judicial). A Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), por exemplo, tem competência para "implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995" [12] (poder normativo); "dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores" (poder normativo); e "dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores" (poder adjudicatório) – Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, art. 3º, inc. I, IV e V.

Em 1995, a Emenda Constitucional nº 8, extinguiu o monopólio da União na prestação dos serviços de telecomunicação e determinou a promulgação de uma lei sobre a organização dos serviços e a criação de um órgão regulador. Em consequência, foi promulgada a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, denominada Lei Geral de Telecomunicações, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Foi a primeira entidade da Administração Indireta expressamente denominada "agência reguladora", sendo um marco no reconhecimento do *Estado administrativo* no Brasil. [13] A agência tem, dentre outras, as seguintes competência

[10] Em situação idêntica à do Decreto nº 4.176, de 2002, não foram encontradas decisões judiciais que declarassem nulidade de resolução com base em desobediência a requisito procedimental.

[11] De acordo com o Regimento Interno do Bacen cabe à Diretoria Colegiada aprovar normativos, exceto aqueles de competência das unidades.

[12] A Lei nº 9.074, de 1995, "estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos".

[13] "Estado administrativo" foi um termo cunhado pelo norte-americano Dwight Waldo em 1948 em obra mesmo nome (*Administrative state*). Trata-se do regime no qual a maior parte das interações

legais: “implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações”; “expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público”; e “administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas” (Lei nº 9.472, de 1997, art. 19, inc. I, IV e VIII). O órgão supremo da agência é o seu conselho, composto por cinco membros, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado. O conselho tem a autoridade para promulgar normas sobre as matérias do poder da agência. Existem dois tipos de regras promulgadas pela agência: resoluções e súmulas. O primeiro regula o setor de telecomunicações brasileiro e a segunda interpreta as leis de telecomunicações, com efeitos vinculantes. Em 2013, 24 resoluções e uma súmula foram promulgadas. Em comparação, no mesmo ano, não houve uma única lei federal sobre telecomunicações.

Existem regras internas na agência sobre o processo de regulamentação (Regimento Interno da Anatel – Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, arts. 62 a 66). Resumidamente, essas regras preveem: a competência exclusiva do Conselho Diretor para a promulgação de resoluções; a necessidade de análise de impacto regulatório; consulta pública obrigatória; procedimentos para a análise da proposta de resolução; regras básicas sobre a elaboração das resoluções; e a necessidade de um parecer jurídico antes da aprovação da resolução.

O último exemplo é a Petrobras, uma das maiores empresas de petróleo do mundo. Foi criada em 1953 e até 1997 era a única empresa que tinha permissão para explorar jazidas de petróleo e de gás natural no país.[14] Trata-se de “uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei” (Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, art. 61). A empresa é administrada pelo Conselho de Administração e tem os seguintes departamentos: financeiro; gás e energia; exploração e produção; jusante[15]; internacional; engenharia, tecnologia e materiais; e corporativo e de serviços. Ele também tem várias empresas subsidiárias, como a Petrobras Distribuidora e Petrobras Biocombustível.

Como normalmente acontece com as empresas estatais, a Petrobras não tem poder normativo. Esta função é exercida por uma agência reguladora, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Como a Anatel, a ANP

---

jurídicas (principalmente de cunho normativo) entre o Estado e os cidadãos são feitas por meio de burocratas.

[14] Na redação original, o § 1º do art. 177 da CF dispunha que “O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural (...)”. Com a Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995, o referido parágrafo passou a dispor que “A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei”. Os incisos do art. 177 referem-se a pesquisa e lavra (I), refinação (II), importação e exportação (III) e transporte de petróleo e gás natural.

[15] “Na indústria do petróleo, localizar reservas de petróleo subterrâneos ou submarinos caracteriza o processo a montante. (...) A fase a jusante do processo de produção envolve o processamento dos materiais recolhidos durante a etapa a montante na produção de um produto acabado. A fase a jusante inclui ainda a venda real do produto para outras empresas, governos ou particulares.” *As definições de montante e a jusante do processo de produção.* Disponível em http://finslab.com/contabilidade-e-escrituracao/artigo-4590.html. Acesso em 24 de julho de 2014.

foi criada em 1997, devido a uma emenda constitucional que tornou possível a concessão de determinados serviços relativos a petróleo e gás natural. O órgão supremo da agência é a Diretoria, composta por cinco membros, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado. Existem vários tipos de regras promulgadas pela agência, como resoluções, portarias e instruções normativas. Em 2013, foram promulgadas 1.378 resoluções; em comparação, no mesmo ano, foi promulgada apenas uma lei federal a respeito de petróleo. Existe apenas uma regra relativa à elaboração de normas regulamentares: a "(...) alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direitos dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de consulta e audiência pública, convocadas pela Diretoria Colegiada da ANP e dirigidas pelos titulares das unidades da estrutura organizacional respectiva ou por servidores por eles indicados" (Portaria nº 69, de 6 de abril de 2011, art. 56).

II - Problemas decorrentes da ausência de um processo regulamentar no Brasil

As descrições anteriores mostram que a edição de normas regulamentadoras no Brasil é exercida com uma frequência várias vezes superior à produção de normas de caráter legislativo, principalmente após a criação das agências reguladoras. Mais do que a questão meramente numérica, destacam-se ainda as normas regulamentadoras pela influência direta que têm sobre a vida econômica do País. No entanto, também foi demonstrada a inexistência de um processo estabelecido para a produção dessas normas. Como visto, existem apenas diretrizes para os decretos presidenciais, nenhuma regra sobre regulamentação no Ministério da Educação, algumas diretrizes para as resoluções do CMN (no entanto, nenhuma para o Bacen), um conjunto mais abrangente de regras para o processo de regulamentação da Anatel e apenas uma regra para o mesmo processo na ANP. Em geral, pode-se concluir que os procedimentos adotados da concepção até a promulgação de uma regulamentação depende de costumes administrativos[16] e do puro exercício de vontade das autoridades administrativas.

A ausência de um processo de regulamentação formalmente estabelecido pode, por um lado, significar a sua desnecessidade e mesmo que, de alguma forma, um sistema caótico pode ser também eficiente e legítimo. Por outro lado, essa ausência também pode significar que a desorganização da elaboração de regulamentações no Brasil é uma grave deficiência do sistema de formulação de políticas públicas, o que provocaria uma série de problemas, mesmo que estes problemas não tenham sido claramente identificados até agora. A última hipótese parece muito mais plausível pelas razões que serão dadas a seguir.

No momento, não existem estudos empíricos sobre os procedimentos utilizados pela Administração Pública brasileira para produzir suas regras. De modo geral, pode-se inferir que, na maioria dos casos, a produção de normas administrativas é regida muito mais por costumes administrativos e pressões

[16] Em geral, a doutrina considera que o costume não é fonte do Direito Administrativo (vide, a esse respeito, Augustin Gordillo: "*La costumbre no puede ser admitida como fuente de derecho administrativo a menos que una ley expresamente lo autorice, pues las constituciones prohíben generalmente que nadie sea obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe*" – Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I – VII-49). A despeito disso e da profusa regulamentação formal da atividade administrativa, ainda existem condutas administrativas não baseadas em normas legais ou regulamentares que, devido à contínua repetição, são consideradas, pelos agentes que as realizam, como obrigatórias.

políticas do que por qualquer tipo de procedimento estabelecido. Essa ausência leva a diversas falhas no processo de formulação de políticas públicas. As mais importantes, que serão analisados a seguir, estão relacionadas a: democracia, eficiência, observância das normas, planejamento orçamentário, controle judicial, interpretação dos regulamentos, informações sobre a finalidade do regulamento e, por último, mas não menos importante, um problema simbólico.

O primeiro e talvez o mais grave problema envolve a democracia. Com exceção de algumas agências reguladoras, que têm um procedimento de consulta pública, a regulamentação brasileira tem uma interação extremamente limitada com a população. Geralmente, as regras são escritas por burocratas e aprovadas por outros burocratas ou pelas autoridades políticas. Entre elaboração e aprovação, geralmente não há qualquer tipo de controle externo a burocracia e as autoridades políticas.

De acordo com a Constituição brasileira, é possível para qualquer pessoa apresentar um requerimento que tenha por objeto a promulgação, modificação ou anulação de uma norma administrativa. A única exigência é que o autor deve provar que tem algum direito ou há alguma ilegalidade ou abuso de poder.[17] Mas, tradicionalmente, este direito é usado apenas dentro do procedimento adjudicatório (processo de solução de casos concretos mediante a aplicação da lei).[18] Mesmo que esse direito foi reconhecido para o processo de regulamentação, ainda que não haveria qualquer possibilidade de fazer este tipo de demanda com base apenas em considerações de formulação de políticas.[19]

Há também, no Brasil, o reconhecimento expresso do direito ao acesso à informação produzida pela Administração Pública[20]. No entanto, a lei não menciona qualquer tipo de dever de transparência ativa em relação às propostas de normas administrativas.[21] Assim, os cidadãos não conhecem as propostas existentes e, por isso, não têm a possibilidade de influenciar o processo decisório da Administração Pública. Nesse sentido, a regulamentação brasileira é, em geral, um sistema fechado, uma vez que não recebe qualquer tipo de *input* formal vindo de fora do aparelho estatal. No entanto, existem várias situações de *inputs* informais, como as pressões políticas e do trabalho de lobistas corporativos. Naturalmente, esse tipo de *input* não tem nenhum controle democrático nem limitação formal. A consequência natural é que, sem a participação dos cidadãos, esses interesses especiais tendem a dominar o processo de regulamentação.

---

[17] "São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5°, inc. XXXIV, "a").

[18] Exemplo disso é a Lei n° 9.784, de 1999, que reconhece o direito de petição em processos administrativos federais de caráter adjudicatório.

[19] O direito constitucional de petição exige que o requerente alegue que ele é vítima de ilegalidade ou abuso de poder. Assim, o peticionário que fundamenta seu pedido apenas em razoes de interesse público, sem qualquer referência aos seus direitos individuais, não tem legitimidade de um procedimento administrativo com base no direito constitucional de petição.

[20] Cf. Lei n° 12.527, de 18 de novembro de 2011, (Lei de Acesso a Informação) regulamentada pelo Decreto n° 7.724, de 16 de maio de 2012.

[21] Transparência ativa "É dever dos órgãos e entidades promover, independente de requerimento, a divulgação em seus sítios na Internet de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas" (Decreto n° 7.724, de 2012, art. 7°, caput). Em tese, seria possível até mesmo a recusa do fornecimento de informações a respeito processos de elaboração de normas administrativas, com base no art. 20, *caput*, do decreto ("O acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão").

O segundo problema causado pela falta de um processo de regulamentação no Brasil é relacionado com a obediência espontânea as normas. Várias pesquisas demonstraram que há uma relação entre o nível de participação no processo decisório estatal e o cumprimento espontâneo das normas.[22] Por outro lado, as regras cuja elaboração não conta com a participação das pessoas potencialmente afetadas tendem a ser desobedecidas pela população e, portanto, exigem a utilização de medidas de cunho sancionatório/penal a fim de ter eficácia social.[23] Essa desobediência decorre não apenas da ausência de percepção de legitimidade da norma mas também da simples ignorância a respeito de sua existência. [24]

O terceiro problema com a falta de um processo de regulamentação no Brasil está relacionado com a eficiência. Um dos fundamentos mais importantes de qualquer tipo de processo é a racionalização: a aplicação prática do conhecimento para atingir um fim desejado. O procedimento é um instrumento para esse fim desejável. Idealmente, um processo formalmente estabelecido e capaz de conduzir o órgão público ao fim determinado na legislação. Na prática, por outro lado, nada impede a existência de regulamentação ou mesmo a elaboração de políticas públicas sem qualquer tipo de procedimento estabelecido. No entanto, uma situação de caos processual é susceptível de diminuir a eficácia do regulamento. Um processo de regulamentação estabelecido formalmente permite que a autoridade receba os *inputs* necessários da sociedade, de outros órgãos, do Executivo e até mesmo do legislador. Permite ainda que esses inputs sejam apropriadamente reunidos e analisados, de modo a possibilitar a autoridade competente a decisão mais fundamentada possível quanto a norma a ser editada.[25]

Intimamente relacionado com o problema da eficiência é a questão do planejamento orçamentário. Apesar da existência de uma "Lei de Responsabilidade Fiscal" (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000), não há planejamento a respeito do custo da regulamentação como um todo. Na verdade, muito poucas agências realizam análise de custo/benefício para cada nova regulação editada. Além disso, na ausência de um acordo sobre a metodologia aplicável e de uma

[22] Vide, a esse respeito, "Why People Obey the Law", de Tom R. Tyler.

[23] A crise do Direito Penal brasileiro é há tempos reconhecida pela doutrina brasileira, tanto no aspecto da ineficiência quanto no aspecto do seu custo social. Contudo, uma crise de muito maior proporção e ainda pouco analisada pela doutrina diz respeito ao exercício do poder de polícia: concretamente, a fiscalização de atividades privadas e a consequente sanção das atividades ilícitas estão substancialmente aquém dos parâmetros determinados em lei. Nesse sentido, parte considerável das atividades privadas supostamente reguladas estão em uma situação que beira a anomia.

[24] Registre-se que a presunção de conhecimento da lei, expressa no art. 3º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – Decreto nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 ("Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.") reconhecidamente atenuada no Direito Penal ("(...) O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço" – Código Penal, art. 21, *caput*) e no Direito Processual Civil ("A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz" – art. 331 do Código de Processo Civil) também deve ser atenuada em questões relativas a normas administrativas, uma vez que ao cidadão comum é absolutamente impraticável o acompanhamento, por meio da leitura das volumosas páginas do Diário Oficial, da edição de normas administrativas às quais possa estar submetido.

[25] Esse problema está intimamente relacionado com o primeiro porque a democracia, pelo menos esquematicamente, consiste em *inputs* dos cidadãos para o aparelho de governo. Há, no entanto, uma distinção: a eficiência apenas descreve a relação entre as despesas gerais e os benefícios decorrentes de uma ação. Em outras palavras, é, essencialmente, uma análise custo-benefício. A democracia, por outro lado, é uma forma de governo baseada em princípio moral da igualdade. Eficiência e democracia não têm necessariamente sinergia. Na verdade, a democracia é muitas vezes criticado como um sistema de formulação de políticas ineficientes.

instituição que agregue as informações, é impossível estimar o impacto da regulação na economia nacional. Em outras palavras, não existem parâmetros para determinar se existe uma situação de excesso ou de falta de regulamentação.[26]

Outro problema envolve o controle judicial da regulamentação. Sem um processo de regulamentação estabelecido, o controle judicial é limitado a determinar a compatibilidade da norma administrativa com as leis e a Constituição. Na verdade, esta situação cria dois problemas paradoxais. O primeiro é que, dado a ampla delegação legal de poderes à Administração Pública (especialmente às agências reguladoras), não há muito espaço para o escrutínio judicial. O segundo é que, no Brasil, quando os tribunais pretendem anular um regulamento, é comum a utilização de princípios extremamente gerais, como razoabilidade e da proporcionalidade. O uso desses padrões largamente abstratos produzem alto nível de incerteza, o que compromete a estabilidade da regulação.[27]

Um problema mais sutil envolve a interpretação dos regulamentos: sem história regulamentar (o registro do processo de regulamentação) não há explicação oficial para a regulamentação. Em contraste, na interpretação legal, os juízes têm à disposição a história legislativa como ferramenta para estabelecer o significado das regras legais. Essa ferramenta interpretativa pode se mostrar extremamente útil nos casos mais complexos, em que o sentido literal do texto não dá uma resposta satisfatória para o caso em julgamento. A história da elaboração da norma regulamentar pode servir à mesma função, uma vez que a investigação dos atos que levaram à promulgação de um regulamento muitas vezes é extremamente importante na determinação da intenção da autoridade reguladora. [28]

Sem essa história, as empresas reguladas perdem uma ferramenta valiosa para as soluções de ambiguidades e são menos capazes de cumprir eficazmente os regulamentos. Da mesma forma, em vários casos, as decisões dos tribunais podem carecer de motivação adequada se não houver a informação fornecida pela história regulamentar. Além disso, os tribunais podem ser tentados a utilizar ferramentas menos confiáveis de interpretação, aumentando perigosamente a intensidade da discricionariedade judicial e, consequentemente, a instabilidade do sistema regulatório.[29]

---

[26] Não pode haver qualquer dúvida de que o Estado brasileiro intervém em praticamente todas as áreas da vida social, até mesmo em decorrência de comando constitucional. Não existem dados, porém, para que se possa afirmar com precisão a respeito dos efeitos dessa intervenção nas áreas afetadas. Na verdade, regulações são cotidianamente editadas e logo após, na imensa maioria das vezes, são esquecidas, sem se saber quais os efeitos efetivamente produzidos na sociedade.

[27] A primeira hipótese tem se mostrado bem mais comum que a segunda. Fundamentando-se na existência de uma "discricionariedade técnica", os tribunais têm rotineiramente deixado de controlar a legalidade e a constitucionalidade das normas administrativas, fazendo com que na prática várias delas se tornem insuscetíveis de qualquer espécie de controle.

[28] A ausência quase completa de utilização da história legislativa (por exemplo, dos relatórios das comissões que analisaram o projeto de lei) pelo Judiciário brasileiro como método de interpretação é tema que merece maior investigação por parte da doutrina nacional. Aparentemente, vige a concepção de que a norma tem existência totalmente independente das discussões que a antecederam. Porém, não se registra a existência de discussões mais aprofundadas a esse respeito. Talvez isso seja explicado em parte pela pobreza das técnicas hermenêuticas utilizadas pelo Judiciário brasileiro. Nesse sentido, chega a ser notável que a grande referência em hermenêutica jurídica seja a obra "Hermenêutica e aplicação do Direito", publicada por Carlos Maximiliano em 1924.

[29] A doutrina nacional já reconhece os problemas causados pelo uso excessivo de "princípios jurídicos" (que têm se multiplicado geometricamente) na fundamentação das decisões judiciais em substituição a técnicas de interpretação de caráter mais objetivo e reconhecidas internacionalmente. Vide, a esse respeito, "Princípio é preguiça", capítulo de "Direito Administrativo para Céticos", de

Semelhante ao problema da ausência de história regulamentar, outra falha que prejudica a interpretação e até mesmo a implementação dos regulamentos é a ausência de informações sobre a finalidade do regulamento. Embora a motivação seja expressamente reconhecida como um dos princípios da Administração Pública brasileira (Lei nº 9.784, de 1999, art. 2º, parágrafo único, inc. VII), em geral as normas são promulgadas sem qualquer tipo de fundamentação.[30] A motivação das normas reguladoras seria uma ferramenta extremamente importante para entender as intenções do órgão ou entidade que a promulga. Além disso, uma decisão administrativa bem fundamentada, à semelhança das decisões judiciais, deve incluir a análise dos comentários feitos pelos interessados: trata-se, portanto, uma garantia de que a interação entre a Administração Pública e os cidadãos é real e não apenas uma formalidade. Nesse sentido, o único meio apto a demonstrar a existência de motivo legalmente válido para a edição da norma administrativa é o processo regulamentar; por outro lado, a inexistência de motivo é causa de nulidade da norma, conforme a Lei de Ação Popular (cf. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, art. 2º, parágrafo único, "d": "a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido"). [31]

O último problema relacionado com a ausência de um processo administrativo é de caráter simbólico. Processo não é apenas um meio estabelecido para se formular algum tipo de decisão. Processo é também um símbolo. Somente há processos formalmente estabelecidas quando existe um consenso de que a decisão a ser tomada é socialmente relevante. Se não for, então há um procedimento informal, geralmente sem qualquer consequência relevante para a sociedade. *Um processo legalmente estabelecido é um símbolo da importância do seu resultado.* Além disso, politicamente, a formalização de um processo de regulamentação é o reconhecimento de que a regulamentação não só existe e é relevante, mas também é um modo legítimo do processo de formulação de políticas públicas. [32]

Carlos Ari Sundfeld. Vide também as obras "Hermenêutica Jurídica e(m) Crise" e "Verdade e Consenso", de Lênio Luiz Streck.

[30] De acordo com o supracitado art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, os documentos que contém a motivação do ato devem ser disponibilizados logo após a edição do ato. Porém, ainda não há o costume administrativo de divulgar espontaneamente esses documentos, que, de fato, constituem a fundamentação da norma administrativa.

[31] "No ordenamento jurídico brasileiro, também é de se aplicar a ideia de que a Administração, uma vez contestado o ato regulatório – seja ele concreto ou normativo abstrato -, deverá comprovar em juízo que empregou a técnica adequada no exame da matéria. Essa exigência, como já notado, é decorrência da necessidade de motivação do ato, que colocará luzes sobre a forma como a Administração, previamente ao exercício da opção discricionária, exerceu sua competência técnica especializada, não sendo a presunção de legitimidade impedimento jurídico para que se determina à Administração que traga aos autos prova do procedimento adotado. Caso assim não se comporte em juízo, e não faça prova de que efetivamente se deteve no exame técnico-científico, o ato impugnado deverá ser anulado por falta de motivação, por manifesta infringência ao disposto no art. 50 da Lei n. 9784, de 1999, bem como ao art. 2º, d, da Lei n. 4.717, de 1965, além de ofender o princípio constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV). Sem falar nas disposições contidas no Anexo I do Decreto n. 4.176, de 2002, também já referenciadas, que, entre outras análises prévias à edição do ato, exige apreciação das repercussões do problema no âmbito da economia, da ciência, da técnica e da jurisprudência.

Verifica-se, pois, nessa perspectiva, uma espécie de inversão do ônus da prova, pois competirá à Administração comprovar que exerceu adequadamente sua competência discricionária, ou seja, que ponderou efetivamente sobre as possíveis alternativas e apreciou os aspectos técnicos envolvidos." ROMAN, Flavio José. *Discricionariedade técnica na regulação econômica*, p. 232-233.

[32] Vide, a esse respeito, "Legitimação pelo procedimento", de Niklas Luhman.

III – O processo regulamentar nos Estados Unidos

Apesar de o sistema legal americano ser amplamente conhecido como *common law*, esta definição é cada vez menos precisa. Desde o final do século XIX, a *common law* tem sido gradualmente substituída pela *civil law*, em áreas como a responsabilidade civil e os contratos. Esta substituição é uma das mais importantes características do desenvolvimento do *Estado administrativo*.

No início do século XX, várias agências independentes utilizavam-se de processos de elaboração de normas, mas não havia um processo formalizado de regulamentação. Esses processos obedeciam a uma espécie de *common law* administrativa, ou seja, eram baseados em costumes administrativos não escritos e em critérios discricionários das autoridades administrativas.[33] Na década de 1930, o governo de Franklin D. Roosevelt, para combater a Grande Depressão, aumentou drasticamente a intervenção estatal na economia, principalmente por meio da criação de diversas agências independentes. Com o crescimento geométrico da função reguladora do Estado norte-americano, essa anarquia processual foi severamente questionada no Legislativo.

O *Administrative Procedure Act* (APA), promulgado em 1946, que uniformizou o processo administrativo no governo federal norte-americano, foi a resposta a esses questionamentos. Sua relevância é bem ilustrado pelo MacNollgast:

> O *Administrative Procedure Act* (APA) de 1946 é sem dúvida a mais importante peça de legislação que rege a elaboração de políticas públicas nas agência reguladoras federais. O APA estabeleceu as regras básicas de funcionamento das agências reguladoras e articulou os princípios do devido processo legal para os indivíduos atingidos pelo processo regulatório. Como tal, ela serviu para codificar, racionalizar, unificar, esclarecer e gastar os procedimentos operacionais de todas as agências federais.[34]

Existem outras fontes do processo administrativo, tais como o *Regulatory Flexibility Act* (5 USC 601-612)[35], o *Paperwork Reduction Act* (44 USC 3501-3520), o *Unfunded Mandates Reform Act* (2 USC Chs. 17A, 25) e o *Congressional Review Act* (5 USC 801-808). Estas fontes são secundárias e complementares ao APA, que fornece a estrutura básica para o processo regulamentar da administração pública norte-americana. Este capítulo irá descrever as disposições mais importantes da APA, os valores a que ele serve e quais são seus principais problemas. O objetivo desta descrição é mostrar como um processo de regulamentação real funciona, a fim de servir de inspiração para a introdução dessa espécie de processo no Brasil. Em termos gerais, a regulamentação nos Estados Unidos é essencialmente informal, porque requer basicamente publicidade do projeto de norma e consulta pública, ou

[33] É interessante notar as semelhanças entre a situação do processo regulamentar nos Estados Unidos no início do século XX e da situação da mesma espécie de processo no Brasil no início do século XXI.

[34] The political origins of the Administrative Procedure Act. *The Journal of Law, Economics and Organization*. V15 N1, 180-217.

[35] USC é a sigla para *United States Code* (Código dos Estados Unidos) que, a despeito do nome, constitui apenas de uma compilação de leis, separada em volumes de acordo com o assunto (o quinto volume, por exemplo, trata da organização do governo). O número a esquerda indica o volume e os números a direita indicam a página.

seja, a regra proposta é publicada no *Federal Register*[36], com um tempo determinado para a emissão de comentários do público. [37]

No entanto, antes da análise das etapas do processo de regulamentação, é importante mencionar os principais agentes que estão presentes neste procedimento. Indubitavelmente, o ator crucial é a agência em que o processo é desenvolvido. O controle do processo é feito principalmente pelo Legislativo e pela Presidência da República (o controle é feito por meio do *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA), submetido ao Vice-Presidente da República). Não há nenhuma limitação explícita sobre as categorias de atores privados que podem participar no processo (são legitimados a participar, por exemplo, empresas, associações não governamentais e cidadãos em geral).

As etapas do processo de regulamentação informal (como esclarecido na Ordem Executiva[38] nº 12.866, que define o papel do OIRA) são: 1) eventos propiciatórios; 2) determinação da necessidade de uma regra; 3) elaboração de proposta de regra; 4) revisão, pelo *Office of Management and Budget* (OMB)[39], da regra proposta; 5) publicação da regra proposta; 6) consulta pública; 7) preparação versão final da norma; 8) revisão, pelo OMB, da versão final; 9) preparação de regra final, norma final, ou regra final direta.[40]

A primeira etapa diz respeito à causa imediata do processo de regulamentação, ou seja, o que determina o início desse processo. Existem várias possibilidades: comumente, o processo é iniciado espontaneamente pelas agências, em razão de prioridades pré-estabelecidas ou de planejamentos. É possível ainda que a agência inicie um processo de regulamentação que não foi previsto: isso acontece, por exemplo, nos casos de surgimento de novos dados científicos, de novas tecnologias ou até mesmo um acontecimento de proporções consideráveis. Outra razão comum para um processo de regulamentação são determinações, em que uma lei exige explicitamente uma regra administrativa para a sua aplicação ou interpretação. Uma revisão das regulações existentes também pode ser requerida pelo OMB. Outras causas do processo de regulamentação são: recomendações (de outras agências, de grupos federais ou estaduais, de estados ou de comitês consultivos federais); ações judiciais; petições de particulares; e *prompt letters* (ofícios imediatos) da OMB (enviados por iniciativa da OMB, tem por objeto a recomendação de que a agência trate de um assunto considerado relevante pela OMB).

A segundo etapa consiste na determinação da necessidade da norma. Caso seja determinada pela agência essa necessidade, as seguintes espécies de normas devem ser publicadas no *Federal Register*: regras substantivas de aplicabilidade

---

[36] *Federal Register* é o diário oficial do governo federal norte-americano, responsável pela publicação das propostas de normas, das consultas públicas e das normas promulgadas.

[37] Há também um processo de regulamentação denominado "formal", que se assemelha à adjudicação, uma vez que conta com requisitos típicos de processos judiciais. A regulamentação informal é muito mais comum do que a formal. Na verdade, a maioria das agências nem sequer usa o procedimento formal. Por esta razão, este capítulo irá lidar apenas com o procedimento informal.

[38] Ordens executivas (*executive orders*) são normas promulgadas pelo Presidente da República com objetivo de regular assuntos internos da administração pública federal. Quando previsto na constituição federal ou autorizadas por lei delegada, têm força de lei; neste caso, são semelhantes ao decreto-lei, extinto no Brasil pela Constituição de 1988.

[39] O Escritório de Gerenciamento e Orçamento (*Office of Management and Budget*) é um órgão da Presidência da República responsável por assessorar o Presidente na preparação do orçamento.

[40] Existem diversas classificações das etapas do processo de regulamentação. Esta baseia-se no modelo adotado pela OMB. Disponível em http://www.reginfo.gov/public/reginfo/Regmap/index.jsp. Acesso em 20 de junho de 2014.

geral, regras interpretativas, declarações de política geral, regras de procedimento, informações sobre formulários e informações sobre a organização da agência e métodos de operação.

O terceiro passo envolve a preparação da regra proposta. Geralmente, há um Aviso de Proposta de Regulamentação (*Notice of Proposed Rulemaking* – NPRM), no qual a agência publica o rascunho de uma regra e solicita comentários do público. Excepcionalmente, a agência pode emitir um Aviso Prévio de Regulamentação Proposta (*Advance Notice of Proposed Rulemaking* – ANPRM), em que há um pedido de informações para a elaboração da regra. Há também uma terceira possibilidade, geralmente deixada ao critério da agência: o Processo Regulamentar Negociado (*Negotiated Rulemaking* – NR), por meio do qual representantes do governo e de grupos de interesse são chamados a negociar os termos de uma regra.

A quarta etapa é a revisão, pelo OMB, da regulamentação proposta: este é o mais importante mecanismo de controle presidencial do processo de regulamentação.[41] As agências devem enviar à OMB uma "lista das ações regulamentares planejadas". Se uma ação for considerada significativa[42], a agência deve enviar à OMB o projeto da regra com a fundamentação e "uma avaliação dos custos e benefícios da potencial ação regulamentar". As agências independentes estão isentas desta revisão. É importante mencionar que a existência dessa revisão é uma das questões mais controversas no processo de regulamentação, recebendo duras críticas por causa de alguns efeitos nocivos no processo.[43]

O quinto passo é simplesmente a publicação da regra proposta no Federal Register. Em geral, é a primeira vez em que o público é informado sobre a proposta de regulamentação. Na publicação, o órgão ou entidade pública anuncia também a oportunidade para consulta pública.

O sexto passo é a oportunidade para comentários públicos: a oportunidade que cada agência devem dar aos cidadãos para a emissão de comentários escritos sobre a proposta de regulamentação. Os comentários são submetidos *online* e estão disponíveis em um *website*. O período padrão para comentários é de 60 dias. Nesse prazo, também é possível a realização de audiências públicas, a critério da agência.

---

[41] De acordo com a Ordem Executiva 12.866, a "revisão coordenada do processo regulamentar das agências é necessária para assegurar que os regulamentos são consistentes com a legislação aplicável, as prioridades do presidente, e os princípios estabelecidos nesta Ordem Executiva, e que as decisões tomadas por uma agência não entrem em conflito com as políticas ou ações tomadas ou previstas por outra agência."

[42] De acordo com a Ordem Executiva:

(f) "ação regulatória significativa"' significa qualquer ação regulatória que provavelmente resultará em uma regra que pode:

(1) Ter um efeito anual sobre a economia de US$ 100 milhões ou mais ou afetar de forma substancial a economia, um setor da economia, a produtividade, a concorrência, o emprego, o ambiente, a saúde ou segurança, ou do Estado, locais públicos, ou governos ou comunidades tribais;

(2) Criar uma inconsistência grave ou interferir com uma ação tomada ou planejada por outra agência;

(3) Alterar significativamente o impacto orçamental de direitos, subsídios, taxas de utilização, ou programas de empréstimo ou os direitos e obrigações dos beneficiários destes; ou

(4) Trazer novas questões jurídicas ou de políticas públicas resultantes de mandatos legais, das prioridades do presidente ou dos princípios estabelecidos nesta Ordem Executiva.

[43] Por exemplo, "o sistema de controle do OMB impõe atrasos onerosos que são pagos através da diminuição da saúde e segurança do público americano. Este sistema também coloca as decisões de regulamentação final nas mãos do pessoal do OMB que não são nem competentes nas áreas substantivas de regulação, nem responsável perante o Congresso ou o eleitorado em qualquer sentido". (Alan B. Morrison, OMB Interference with Agency Rulemaking: The Wrong Way to Write a Regulation, Harvard Law Review, Vol. 99, No. 5 (Mar., 1986), pp. 1059-1074).

O sétimo passo é a preparação da regra final pela agência. Existem dois tipos especiais dessas regras: regra final provisória (haverá uma regra final subsequente que pode trazer mudanças no texto) e regra final direta (há, contudo, o dever de cancelar a regra se a da agência receber comentários negativos dentro um determinado período). Nesta etapa, a agência tem as seguintes possibilidades:

a) preparar regra final, sem qualquer alteração na regra proposta inicialmente;
b) preparar regra final, com pequenas alterações na regra proposta inicialmente;
c) determinar uma nova rodada de participação pública;
d) preparar regra final, com modificação substancial na regra proposta inicialmente;
e) abandonar a regulamentação proposta e começar de novo; e
f) abandonar a regulamentação completamente.[44]

O oitavo passo é a revisão, pelo OMB, da regra final (norma final interina ou norma final direta). Essa avaliação tem a mesma natureza daquela discutida na quarta etapa: a diferença é apenas de oportunidade, uma vez que a primeira ocorre antes dos comentários públicos e a segunda, depois. De acordo com a Ordem Executiva 12.291, o tempo para ambos os comentários é de 60 dias para as principais regras[45] e 10 dias para as outras regras.[46]

O nono passo é a publicação da regra final, norma final ou final regra direta, geralmente no Federal Register *ou no* Code of Federal Regulations*.* De acordo com o *Congressional Review Act* (5 USC 801-808), antes que as regras entrem em vigor, a agência deve submetê-los a ambas as casas do Congresso e ao *General Accounting Office*.

Segundo Kerwin e Furlong, o processo de regulamentação norte-americano tem três elementos fundamentais: informação, participação e prestação de contas. [47] "Informação deve ser considerada em dois sentidos. O primeiro é a informação que

---

[44] Cf. Kerwin e Furlong. *Rulemaking*, p. 77.

[45] Seção 1. Definições. Para os efeitos da presente Ordem: ...
(b) "regra principal" significa qualquer regulamentação que provavelmente resultará em:
(1) Um efeito anual sobre a economia de US $ 100 milhões ou mais;
(2) Um grande aumento de custos ou de preços para os consumidores; indústrias consideradas individualmente; agências governamentais locais, federais ou estaduais; ou regiões geográficas; ou
(3) Efeitos negativos significativos sobre a concorrência, o emprego, o investimento, a produtividade, a inovação, ou a capacidade de as empresas sediadas nos Estados Unidos para competir com empresas com sede no estrangeiro nos mercados doméstico e de exportação.

[46] Sec. 3. Análise de Impacto Regulatório e Revisão ...
(C) Salvo o disposto Seção 8 desta Ordem, as agências devem elaborar Análise de Impacto Regulatório de regras importantes e transmiti-las, juntamente com todos os avisos de proposta de regulamentação e todas as regras finais, ao Diretor [do OMB] da seguinte forma:
(1) Se a regra proposta não é emergencial, a agência deve preparar apenas uma Análise de Impacto Regulatório Final, que será transmitida, junto com a regra proposta, ao Diretor pelo menos 60 dias antes da a publicação da regra final;
(2) Em relação a todas as outras regras importantes, a agência deve preparar uma Análise Preliminar de Impacto Regulador, que será transmitida, juntamente com o aviso de regulamentação proposto, ao Diretor, pelo menos 60 dias antes da publicação do aviso de regulamentação proposta, e uma Análise de Impacto Regulatório Final, que será transmitido junto com a regra final pelo menos 30 dias antes da publicação da regra;
(3) Para todos os outros casos, as agências deverão apresentar ao Diretor, pelo menos 10 dias antes da publicação, cada aviso de proposta de regulamentação e regra final.

[47] Op. cit., p. 53.

qualquer agência deve recolher, desenvolver ou considerar durante o curso da regulamentação. O segundo é a informação de que a agência deve fornecer ao público durante e após a regulamentação." [48] O principal exemplo do primeiro sentido é a "declaração de base e propósito", em que a agência divulga a informação utilizada para desenvolver a regra. O exemplo mais importante do segundo sentido é o anúncio para o público sobre a regra proposta e seus desdobramentos até a versão final.

A participação é a oportunidade para os cidadãos, com interesse direto na questão ou não, de tentar influenciar a elaboração da regra. *Em outras palavras, a participação é a democracia dentro do processo de regulamentação*.[49] De acordo com a APA, é possível ao público peticionar para as agências requerendo a edição de uma nova regra; além disso, comentários escritos podem ser feitos durante o processo. Informação e participação estão intimamente relacionados e, muitas vezes são indistinguíveis: "Na regulamentação, informação e participação não podem ser separados. A participação efetiva é simplesmente impossível sem informações precisas e completas do que a agência pretende fazer, as razões que a Agência tem para fazê-lo, e o efeito provável uma nova regra terá".[50]

Prestação de contas é uma relação entre a agência e as autoridades constitucionalmente estabelecidas em que a agência tem os deveres de:

a) informar estas autoridades sobre as suas decisões;
b) justificar essas decisões;
c) submeter-se a eventuais sanções por comportamentos abusivos.

O Poder Judiciário, por exemplo, supervisiona o processo de elaboração de normas no tocante às questões de fato (usando o critério de revisão[51] denominado "arbitrário e caprichoso"[52]), às questões de direito (usando o critério de revisão denominado *Chevron*[53]) e às questões procedimentais (verificando se o procedimento de regulamentação cumpre as exigências da APA).

O *Administrative Procedure Act (APA)* tem sido amplamente criticado por causa dos contratempos que impõe ao processo de regulamentação: às vezes, são necessários anos para a promulgação de uma única norma. Este fenômeno é chamado de "ossificação" e afeta "as regras mais relevantes, que se baseiam em complexos pressupostos factuais e científicos". [54] Há também críticas decorrentes do

---

[48] Idem, p. 55.

[49] Reconhece-se que a democracia consiste principalmente no processo eleitoral e nas políticas definidas por representantes eleitos. No entanto, o procedimento de publicação da proposta de norma e posterior submissão desta a consulta pública incorpora o valor democrático da participação ao processo de regulamentação.

[50] Ibid.

[51] Critério de revisão (*standard of review*) é o nível de deferência conferido por um tribunal às decisões de outro órgão judicial ou administrativo. Quanto mais elevado for esse critério, maior será a deferência dada ao órgão que promulgou a decisão em análise e, portanto, menor será o escrutínio sobre essa decisão.

[52] O critério "arbitrário e caprichoso" (*arbitrary and capricious*) significa que a decisão somente será anulada se não for razoável ou se não levar em conta adequadamente as circunstâncias concretas do caso. Trata-se de um nível extremamente elevado de deferência.

[53] O critério denominado *Chevron* foi concebido no caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*- 467 U.S. 837 (1984), no qual se determinou que deveriam haver duas etapas para a revisão de normas administrativas: na primeira, deve se determinar se o Congresso se expressou, na lei, de maneira clara ou ambígua. Caso o termo legal seja ambíguo ou mesmo silente quanto a determinado assunto, o Judiciário deve determinar apenas se foi razoável a interpretação realizada pela agência.

[54] Seven ways to deossify agency rulemaking. Richard J. Pierce, Jr, Administrative Law Review. Vol. 47, No. 1 (WINTER 1995), p. 62.

fato de que "o APA é amplamente baseado em concepções pré-modernas de governo, especificamente sobre a ideia de que a ação governamental consiste em legislação e julgamento e, mais especificamente, sobre a ideia de que o governo é uma função essencialmente judicial"[55]. No entanto, mesmo tendo em vista as inevitáveis controvérsias, depois de 68 anos, o APA tem uma história de muito sucesso: há um amplo consenso entre os juristas norte-americanos sobre a indispensabilidade de um processo de regulamentação unificada. Na verdade, o Direito Administrativo americano pode ser muito bem definido como "um sistema de resolução de litígios sob a égide da Lei de Processo Administrativo"[56].

IV – Considerações sobre a introdução de um processo de regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro

Apesar das diferenças consideráveis entre os sistemas jurídicos norte-americano e brasileiro, o primeiro pode servir de inspiração legítima para o segundo em termos de processo de regulamentação. Há três razões principais para isso. Em primeiro lugar, ambos os países são formados por sociedades industrializadas e extremamente complexas em que o Estado interage com a sociedade principalmente por meio da burocracia. Além disso, a forma mais difundida de ação burocrática é a regulamentação, que requer um sistema minimamente eficaz de controle. Essa necessidade já foi expressamente reconhecida e consolidada na longa experiência norte-americana; por outro lado, foi demonstrado no Capítulo II que a elaboração caótica de regulamentação é extremamente problemática em diversos aspectos. Em segundo lugar, os elementos centrais do processo de regulamentação norte-americano (informação, participação e prestação de contas) são muito bem aceitos no sistema jurídico brasileiro e sua utilização em um eventual processo de regulamentação no Brasil não seria de modo algum polêmico. Em terceiro lugar, como já mencionado, o processo de regulamentação norte-americano tem sido intensamente testado desde a promulgação da APA em 1946 e apesar da controvérsia contínua sobre aspectos específicos, existe hoje um consenso sobre a sua indispensabilidade. Trata-se, portanto, de um solução que se mostrou eficaz para resolver os problemas a que se propôs, uma vez que sobreviveu a diversas mudanças politicas com pouquíssimas modificações.

Tendo em conta que as semelhanças entre os sistemas regulatórios do Brasil e dos Estados Unidos podem ser aptos a justificar a adoção de processos regulamentares no Brasil, semelhantes aos atualmente em vigor nos EUA, duas perguntas devem ser respondidas. Em primeiro lugar, essa adoção está de acordo com a constituição brasileira? Para esta pergunta, uma resposta extremamente simples é: sim, obviamente. Além da ausência de uma proibição expressa do

[55] It's Time to Make the Administrative Procedure Act Administrative. Edward Rubin. Cornell Law Review, Vol. 89, Fall 2002, p. 6.

[56] The Administrative Procedure Act: A Living and Responsive Law. Alan B. Morrison. Virginia Law Review, Vol. 72, No. 2, The Administrative Procedure Act: A Fortieth Anniversary Symposium (Mar., 1986), 253. Além disso, segundo o autor, o APA é muito mais do que um estatuto: "Minha tese é simples: o APA é mais parecido com uma constituição de um estatuto. Ele fornece a flexibilidade na tomada de decisões; ele pode ser alterado através da interpretação, sem a necessidade de alteração; seus movimentos são mais pendulares do que lineares. Seu papel fundamental é o de moldar a relação entre as pessoas e seu governo, dando ao governo margem de manobra considerável para a realização das leis substantivas que o Congresso promulgou, ao mesmo tempo proporcionando ao governado um considerável grau de proteção processual. Considerando-se a grande expansão da regulamentação governamental desde 1946, é um verdadeiro tributo aos redatores da APA, que continua a ser a peça central do processo administrativo com praticamente nenhuma alteração".

estabelecimento de um processo de regulamentação (o que seria absolutamente irrazoável), este tipo de processo é totalmente compatível com os princípios constitucionais da Administração Pública (os arquiconhecidos legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal).

No entanto, a segunda questão não tem uma resposta óbvia: a Constituição brasileira requereria o estabelecimento de um processo de regulamentação? Em outras palavras, seria uma omissão inconstitucional a ausência desse tipo de processo? Textualmente falando, não: não existe uma única regra na Constituição que exija do legislador o estabelecimento desse tipo de processo. Contudo, indo além da abordagem textualista, a resposta pode ser exatamente o oposto, uma vez que a Constituição brasileira adotou implicitamente o Estado administrativo[57]; na verdade, a maior parte de seus comandos são direcionados principalmente para entidades e órgãos administrativos. A ideologia racionalista da burocracia está plenamente incorporada na Constituição brasileira. Também está presente a tensão central do estado administrativo entre a crença no Estado como a orientação da sociedade e a crença na necessidade de limites e controles do poder do Estado. Considerando todas estas características da Constituição brasileira, pode ser razoável interpretar o processo de regulamentação como constitucionalmente obrigatório, especialmente considerando que é uma das formas mais efetivas de controlar o poder do Estado. A razão para a ausência de um mandamento constitucional expresso para um processo de regulamentação pode ser facilmente explicada: como visto nos capítulos anteriores, esse tipo de processo é quase totalmente desconhecido até mesmo pelos juristas brasileiros. [58] Em uma interpretação dinâmica, qual a resposta que uma reconstrução imaginativa daria à pergunta: a Assembleia Constituinte brasileira consideraria obrigatório o estabelecimento de um processo de regulamentação se a existência e a relevância desse tipo de processo já tivessem sido reconhecidas no país? A resposta afirmativa parece ser a única plausível.[59]

Com respostas positivas para as perguntas anteriores (acerca de compatibilidade e da necessidade constitucional), torna-se viável um terceiro questionamento: a legislação brasileira atual prevê condições para um processo de

---

[57] É bastante simbólico que o capítulo sobre a Administração Pública, não apenas está fora do título sobre a organização dos Poderes, mas também o precede. Além disso, este capítulo está no título "Da Organização do Estado", denotando que a Administração Pública é uma parte essencial da estrutura do Estado.

[58] Ressalte-se que o regulamento tradicionalmente é considerado pela doutrina brasileira como de alcance bastante restrito. Há algumas décadas, o regulamento chegou a ser chamado de "irrelevante": "No presente, porém, a significação do regulamento é apagada (...). Inoperante *contra legem* ou sequer *praeter legem*, o regulamento administrativo endereçado como vimos, à generalidade dos cidadãos, nenhuma importância, como direito material possui. Avulta nele, certamente, o cometimento técnico. Cumpre-lhe resolver o problema da execução da lei – problema técnico jurídico, por excelência". Rui Cirne Lima. *Princípios de Direito Administrativo.* 7. ed., São Paulo: Malheiros, revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini, 2007, p. 88.

[59] A necessidade do processo de regulamentação pode ser fundamentada também nos termos da teoria de Dworkin: existem princípios da Administração Pública previstos na Constituição Brasileira. Alguns deles são explícitos (como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e outros estão implícitos (como razoabilidade e proporcionalidade) e todos eles são direcionados para a proteção da dignidade humana (como foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal). Em outras palavras, toda a ação do Estado é um instrumento para o bem-estar da população ("Estado eudaimonista"). Em um estado administrativo, para garantir que o poder político seja utilizado de modo instrumental e não arbitrário, é essencial o estabelecimento de um processo de regulamentação.

regulamentação? Desta vez, a resposta é apenas parcialmente positiva. Ha 15 anos, o Brasil tem uma lei sobre o processo administrativo: a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Essa lei não faz qualquer distinção entre os processos de regulamentação e de adjudicação, dispondo genericamente sobre o "processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal". No entanto, as suas disposições preveem uma estrutura processual bastante semelhante ao processo judicial: não há uma única referência sobre qualquer tipo de regulamentação e várias regras são claramente previstas para processos de caráter contencioso, como aquelas sobre as partes interessadas e o sistema de recursal. Apesar do "espírito contencioso" da lei, várias de suas regras podem ser também adequadas para o processo de regulamentação. Assim, a teoria a ser defendida neste capítulo é que há um *processo de regulamentação invisível* nessa lei que pode tornar-se visível se as lentes epistemológicas adequadas forem utilizadas.[60] É claro que a solução ideal para um processo de regulamentação no Brasil (como em qualquer outro lugar) é a promulgação de uma lei específica: os problemas suscitados por um processo de regulamentação com características contenciosas (denominado *formal rulemaking*) quase levou ao seu desaparecimento nos Estados Unidos. Apesar das imperfeições dessa solução, este trabalho é orientado por preocupações pragmáticas e reconhece as dificuldades de promulgação dessa espécie de estatuto. Assim, a principal preocupação aqui será a viabilidade da Lei nº 9.784 (em conjunto com outras leis e decretos) para ser o estatuto não só do processo adjucatório (de caráter quase-judicial), mas também do processo de regulamentação no Brasil. Tendo isto em conta, alterações legislativas serão propostas apenas em situações nas quais forem consideradas indispensáveis. [61]

Antes da análise dos atos do processo, é essencial identificar quais seriam os potenciais agentes de um eventual processo de regulamentação no Brasil. Como ja acontece nos processos de caráter adjudicatório, um processo regulamentar seria necessariamente conduzido por um órgão da Administração Direta ou por uma entidade da Administração Indireta.

Sobre os atores do Poder Executivo: as atribuições típicas OMB poderiam ser exercidas pela Secretaria de Orçamento Federal, órgão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Esta nova competência exigiria apenas um decreto do Presidente da República.[62] A Casa Civil da Presidência da República

---

[60] Esta ideia é parcialmente inspirado em "*The Invisible Constitution (Inalienable Rights)*", de H. Tribe Lawrence. Seu conceito de "matéria escura constitucional" pode ser utilizado analogicamente para se conceber "matéria escura legal". Uma analogia pode ser feita também com a teoria de Alan B. Morrison de que "o APA é mais parecido com uma constituição do que com um estatuto. Ele fornece a flexibilidade na tomada de decisões; ele pode ser alterado através da interpretação, sem a necessidade de alteração formal (...)" (*The Administrative Procedure Act: A Living and Responsive Law,* p. 253-270). Da mesma forma, a Lei n. 9.784, de 1999, prevê as regras básicas para as relações entre os cidadãos e a burocracia, não sendo absurdo denomina-la de "a constituição do estado administrativo brasileiro".

[61] Para ilustrar essas dificuldades, é interessante fazer uma breve comparação entre as circunstâncias políticas nos Estados Unidos em 1946 e no Brasil de hoje. É bem reconhecido entre os juristas americanos que a promulgação da APA foi essencialmente um produto do choque de visões de mundo entre conservadores e liberais (ver, por exemplo, MacNollgast – As Origens Políticas da Lei de Processo Administrativo). Porém, na política atual, praticamente não há choque de visões de mundo: quase todos os políticos brasileiros estão, no espectro ideológico, entre liberais moderados e marxistas radicais. Assim, é impossível hoje no Brasil o surgimento de debates públicos que se assemelhem aos ocorridos nos Estado Unidos antes da promulgação da APS. Sobre esta situação surreal, veja o artigo: "O Incrível Caso do País sem Direita" – Revista Veja, de 3 abril de 2011.

[62] É uma questão em aberto se a Secretaria de Orçamento Federal poderia ser incluída na estrutura da Presidência da República, como acontece nos Estados Unidos, para que seja possibilitado um

pode também exercer uma espécie de controle por meio de análise de custo-benefício (neste caso, sem a necessidade de uma nova lei ou decreto).[63] Hoje em dia, não há papel para o Vice-Presidente da República no processo de regulamentação: este papel pode ser estabelecido por um decreto presidencial inspirado no Ordem Executiva n º 12.866, analisada anteriormente.[64]

Sobre os atores do Poder Legislativo: encontra-se dentro das competências constitucionais do Congresso Nacional a de determinar que se faça o processo de regulamentação de determinada lei.[65] Normalmente, essa determinação encontra-se no corpo da própria lei, mas nada impede que isso seja feito separadamente, por meio de decreto legislativo.[66] Também é possível ao Congresso Nacional controlar o processo regulamentar depois de iniciada sua tramitação, por exemplo, mediante a convocação do Ministro de Estado responsável pelo processo[67]. Por fim, existe também uma espécie de "poder de veto" sobre a norma administrativa depois de promulgada.[68]

A princípio, não há necessidade de criar uma agência legislativa especializada na análise de custo-benefício do processo de regulamentação, como aconteceu nos Estados Unidos.[69] Esse papel não foi atribuído expressamente ao Tribunal de Contas da União, mas já se encontra dentro de suas competências, uma vez que sua missão é auxiliar o Congresso Nacional na "fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade,

---

controle mais direto do processo regulamentar pelo Presidente da República. Para esse fim, provavelmente seria necessária mudança legislativa, uma vez que, de acordo com o art. 19 do Decreto-Lei nº 200, a Administração Pública é, em regra, supervisionada pelos ministério e não pela Presidência da República ("Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República").

[63] "A Casa Civil, órgão essencial da Presidência da República, tem como área de competência os seguintes assuntos: (…) avaliação e monitoramento da ação governamental e dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, em especial das metas e programas prioritários definidos pelo Presidente da República" (art. 1, inc. III, do Anexo I do Decreto nº 5.135, de 7 de julho de 2004).

[64] Na verdade, há uma situação muito curiosa no Brasil: quando o presidente está exercendo o seu poder, não é definido qualquer papel para o Vice-Presidente. O parágrafo único do art. 79 da Constituição Federal prevê que lei complementar estabeleça as competências do vice-presidente; tal lei, contudo, nunca foi promulgada.

[65] "É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;" (CF, art. 49, inc. X e XI).

[66] O decreto legislativo tem por função regular as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, previstas no art. 49 da CF.

[67] "O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. (...) às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: (...) convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições" (CF, art. 58, § 2º, inc. III). No § 2º desse artigo constam ainda outras formas de controle das comissões do Legislativo sobre a Administração Pública, como a solicitação de "depoimento de qualquer autoridade ou cidadão" (inc. V).

[68] O Congresso Nacional tem o poder de "sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa" (CF, art. 49, inc. V).

[69] Vide, a esse respeito, MARTINEZ, Ana Paula. Análise de custo-benefício na adoção de políticas públicas e desafios impostos ao seu formulador. *Revista de Direito Administrativo*, v. 251, Rio de Janeiro, maio-ago. 2009, p. 29-59. Nesse artigo, a autora propõe a edição de regulamentação pelo Ministério do Planejamento para fixar critérios de mensuração e aplicação uniforme dos princípios da eficiência e da economicidade.

aplicação das subvenções e renúncia de receitas" (CF, art. 70, *caput*). Ademais, qualquer ação governamental que acarrete aumento de despesas deve vir acompanhada de "estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes" (art. 16, *caput* e inc. I, da Lei Complementar nº 101, de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal), sendo que cabe ao Tribunal de Contas da União, dentre outros órgãos, fiscalizar o cumprimento dos dispositivos da lei (cf. art. 59, *caput*). [70]

Sobre os atores privados: hoje, a legislação brasileira não confere expressamente a qualquer cidadão, empresa ou associação o direito de participar de um processo administrativo (seja de regulamentação ou adjudicatório). Geralmente, os indivíduos e as pessoas jurídicas devem ser "titulares de direitos ou interesses individuais" (Lei 9.784, de 1999, art. 9º, inc. I e II) que podem ser afetados pela decisão da agência. No entanto, essa regra é excetuada se a decisão do processo administrativo puder afetar direitos e interesses coletivos ou difusos.[71] No primeiro caso, associações e organizações representativas são qualificadas (Lei 9.784, de 1999, art. 9º, inc. III). No segundo, "as pessoas ou as associações legalmente constituídas" estão qualificados para participar no processo (Lei 9.784, de 1999, art. 9º, inc. IV). A última hipótese é a mais importante para os fins do presente artigo. No momento em que uma lei é promulgada surge um direito ou, ao menos, um interesse difuso, por aqueles que serão potencialmente afetados pela futura regulamentação. Na presença desse direito ou interesse, quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, legalmente constituídas podem participar do processo de regulamentação.

Espelhando a análise do capítulo anterior, a primeira etapa na identificação do processo de regulamentação invisível na Lei nº 9784, de 1999, (e em outras leis e decretos) diz respeito à causa imediata do processo. Nessa lei, estabeleceu-se que "o processo administrativo pode iniciar de ofício ou por solicitação do interessado" (art. 5º). Isso significa que o processo de regulamentação pode começar espontaneamente no órgão ou entidade pública ou por um requerimento de um agente privado.

No entanto, essa afirmação é claramente incompleta, uma vez que não considera outros agentes que podem dar início ao processo. O Legislativo, no exercício da sua competência constitucional de supervisionar a Administração Pública, pode, como visto, exigir o início de um procedimento de regulamentação, mesmo que não haja nenhuma determinação legal explícita para isso.[72] Nos ministérios e secretarias da União, incluídas as da Presidência da República, o início do processo de regulamentação pode se dar em razão de uma ordem, devido ao poder hierárquico que é inerente a esse tipo de estrutura.[73] Por outro lado, não há

---

[70] Ressalte-se que o próprio TCU já cogita essa possibilidade e até já a exerce de forma incipiente. Vide, a esse respeito, SOUSA, Renan Martins de. A análise do impacto regulatório (AIR) e o papel do Tribunal de Contas da União na avaliação da regulação setorial. *Revista do TCU*, n. 123, ano 44, Brasília, jan.-abr. 2012, p. 102 a 113.

[71] De acordo com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), "interesses ou direitos difusos" são os "transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato", enquanto que os "interesses ou direitos coletivos" são os "os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base" (art. 81, parágrafo único, inc. I e II).

[72] Esta possibilidade é, infelizmente, muito improvável de se concretizar em um futuro previsível, pois, a despeito da previsão constitucional, o Congresso Nacional brasileiro não tem tradição de interferir no processo de elaboração de normas administrativas.

[73] Cf., a esse respeito, o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967: "O Ministro de Estado é responsável, perante o Presidente da República, pela supervisão dos órgãos da Administração

uma relação hierárquica entre a União e as entidades da administração indireta, devido à autonomia conferida por lei a estas; há, porém, poder hierárquico no interior de cada uma dessas entidades, sendo plenamente viável que as autoridades que estejam nos níveis hierárquicos superiores determinem o início do processo regulamentar de competência das autoridades inferiores.

Evidentemente, no contexto da elaboração de regulamentações, há uma série de sinais informais (*inputs* e *outputs*) trocados entre a União e as entidades da Administração Indireta. Esses sinais, de indiscutível importância concreta, não são abertos ao escrutínio público, uma vez que consistem basicamente em contatos, realizados de maneira informal (discreta ou até mesmo sigilosa) entre autoridades de cada um dos órgãos envolvidos. Trata-se nitidamente de um crônico costume administrativo realizado ao dever republicano de transparência. Um decreto seria necessário para dar reconhecimento jurídico a esses sinais, estabelecendo sua formalização e publicação obrigatória no Diário Oficial da União. Uma inspiração para a formalização e transparência desses contatos administrativos seria os "ofícios imediatos" (*prompt letters*) do OMB, por meio dos quais são sugeridas providências aos responsáveis pelo processo regulamentar.[74]

A segunda etapa diz respeito à espécies de normas administrativas que devem ser precedidas de um procedimento de regulamentação. A proposta aqui é muito simples: deve ser exigido um processo de regulamentação prévio a todas as normas administrativas que tenham efeitos externos, ou seja, que afetem direitos ou interesses dos cidadãos. [75] Estariam excluídas, portanto, as normas cujo alcance fosse apenas interno à Administração, como por exemplo, um regulamento para promoção na carreira de determinada categoria de servidores públicos.[76] Assim, não importa se é um decreto, uma resolução, uma circular ou uma portaria: o fator de distinção é o exercício de um poder de caráter legislativo, ou seja, de criação, extinção, extensão ou restrição de direitos ou interesses metaindividuais, coletivos ou difusos. Nesse sentido, não haveria necessidade de um processo de regulamentação se a norma administrativa apenas definisse termos legais ou estabelecesse procedimentos internos para a implementação da lei.[77] Existiriam, porém, duas exceções a essa regra em casos de comprovada urgência:

a) processo regulamentar sumário, à semelhança do que acontece nos Estados Unidos, com prazos reduzidos para a consulta pública e para a apreciação do rascunho de norma pelos órgãos responsáveis; e

---

Federal enquadrados em sua área de competência. A supervisão ministerial exercer-se-á através da orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério, nos termos desta lei." (art. 21, *caput* e paragrafo único).

[74] Seria possível, por exemplo, ao Ministério do Meio Ambiente remeter um ofício ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, autarquia vinculada a esse ministério, para que inclua determinado item na Política Nacional de Meio Ambiente, de responsabilidade desta autarquia.

[75] A razão para essa delimitação é bastante simples: as normas administrativas de caráter legislativo, em razão da interferência direta nas liberdades individuais, devem ser submetidas a um controle democrático, direto e indireto. O primeiro é obtido por meio da participação da população na elaboração da norma e a segundo, por meio da prestação de contas ao Legislativo e ao Executivo.

[76] Nada impede, porém, que as normas de alcance interno que afetem direitos ou interesses de agentes públicos sejam submetidas a um procedimento interno a oportunidade de manifestação desses mesmos agentes.

[77] É possível, porém, que esse e outros tipos normas administrativas sejam submetidos ao processo de regulamentação, como acontece nos Estados Unidos. Trata-se, porém, de uma questão afeta à discricionariedade legislativa ou administrativa.

b) dispensa do processo de regulamentação, em casos de urgência devidamente comprovados [78] ou quando houver expressa determinação ou permissão legal para essa dispensa. [79]

O terceiro passo é a elaboração da norma administrativa. Algo semelhante ao Aviso de Proposta de Regulamentação (NPRM) já é utilizado pelos agências reguladoras brasileiras (publicação do rascunho da norma no *site* da agência para submissão à consulta pública) e pode ser uma inspiração para as outras entidades e órgãos públicos. Por outro lado, não existe nada semelhante ao Aviso Prévio de Regulamentação Proposta (ANPRM)[80] e ao Processo Regulamentar Negociado (NR) no Brasil. O primeiro poderia ser usado discricionariamente pela agência, principalmente em situações em que há uma necessidade identificada de uma regra, mas não há diretrizes suficientes para sua elaboração. O uso da segunda opção seria também submetida ao critério do órgão, especialmente quando o processo de negociação é comprovadamente mais eficaz em uma análise de custo-benefício. Essas duas etapas poderiam ser introduzidas no país por um meio de decreto presidencial.

A quarta etapa está relacionada com o controle do processo de regulamentação pelo Executivo, o que seria uma solução para o problema do planejamento orçamentário (veja o capítulo I.2). Como mencionado, a Secretaria do Tesouro brasileiro tem algumas semelhanças com o OMB e pode realizar esse planejamento com relação ao processo regulamentar. No entanto, essa a questão provavelmente é bem mais sensível no Brasil do que nos Estados Unidos. Aqui, o conceito das agências reguladoras foi criado no governo do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) com feroz oposição do Partido dos Trabalhadores (PT), que tem uma abordagem mais centralizada e política para a Administração Pública.[81] Desde 2003, o país é governado pelo PT, que tem alguns esforços para diminuir a autonomia das agências reguladoras (por exemplo, por meio de cortes de orçamento e nomeações políticas para a diretoria das agências). Por causa dessa resistência às agências reguladoras, seria prudente adotar o modelo norte-americano de controle executivo das agências reguladoras apenas em parte, por exemplo, com uma definição muito mais restritiva de "ação regulatória significativa"

---

[78] Seria uma situação análoga à da medida provisória, como previsto no art. 62, *caput*, da CF: "Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional". Nesse sentido, o processo regulamentar poderia ser feito *posteriormente* à edição da norma, ratificando ou revogando a norma.

[79] Poderia temer-se o risco de banalização semelhante à que aconteceu com as medidas provisórias, nas quais a caracterização de um situação como urgente e relevante depende exclusivamente do juízo realizado pelo Presidente da República que, em regra, tem interesse que a situação seja caracterizada como tal. Porém, esse risco pode consideravelmente minorado pelo efetivo controle judicial da motivação desse ato. De qualquer forma, é recomendável que tal alternativa seja utilizada apenas excepcionalmente.

[80] Também não existe para a maioria das regras promulgadas em os EUA. O trabalho empírico ainda está para ser feito, mas as indicações são de que esse dispositivo não é frequentemente utilizado.

[81] É realmente curioso que um governo socialdemocrata (Presidência de Fernando Henrique Cardoso, de 1995 a 2002) tenha sido rotulado de neoliberal principalmente por causa da privatização de algumas empresas estatais. No entanto, o que aconteceu foi simplesmente uma mudança da abordagem principal da intervenção do Estado na economia: do "estado como um gerente de empresa" para o "estado como regulador". Na verdade, o governo de Fernando Henrique Cardoso criou o quadro que permitiu um crescimento substancial na intervenção do Estado na economia: desde a criação da primeira agência reguladora (Anatel, em 1997), foram promulgados milhares de regulamentos que afetam as áreas mais importantes da economia e da vida social em geral. Trata-se, enfim, de uma tendência mundial: o modelo do "Estado administrativo", hoje dominante no mundo industrializado, apoia-se muito mais na regulação do que na intervenção direta na economia.

ou delimitando essa função à coleta de dados do planejamento regulatório das agências e do envio dos "ofícios imediatos". Caso contrário, haveria um risco considerável para a eficácia e talvez mesmo para a existência de um processo de regulamentação, uma vez que se o partido no poder for contrário às agências reguladoras, bastaria a ele "travar" o processo de regulamentação, demorando meses ou até anos para se pronunciar sobre um projeto de norma reguladora.[82] Por outro lado, seria viável adotar-se o modelo norte-americano neste ponto se for previsto adicionalmente algum mecanismo que, atendendo ao direito constitucional da razoável duração do processo (CF, art. 5º, inc. LVIII), obstasse o prolongamento indefinido do processo regulamentar. Provavelmente, o mais viável desses mecanismos seja a determinação da aprovação tácita do regulamento em função do decurso do prazo previsto.

O quinto passo é a publicação da norma proposta. Hoje em dia, é possível publicar uma proposta de norma administrativa no Diário Oficial da União – trata-se de ato discricionário, uma vez que não está no rol dos atos cuja publicação é proibida ou exigida.[83] No entanto, um processo de regulamentação eficaz exigiria não apenas a publicação no Diário Oficial da União, mas também no site do órgão ou entidade pública. De forma implícita, o dever de publicação do projeto de norma administrativa já existe, uma vez que o Decreto nº 7.724, de 2012, determina que os órgãos e entidades devem publicar em seus sites "informações de interesse coletivo ou geral".[84] Por sua própria natureza, qualquer projeto de norma administrativa constitui informação de interesse coletivo, uma vez que é apto a afetar direitos e interesses de um número indeterminado de pessoas.

A sexta etapa é a consulta pública (com possibilidade de realização de audiências públicas). A Lei n° 9.784, de 1999,[85] e os Decretos n° 4.176, de 2002,[86] e

---

[82] Ressalte-se que a demora na apreciação dos NPRM pelo Executivo é umas principais causas do fenômeno que a doutrina norte-americana denomina de "ossificação", por meio do qual a promulgação de uma norma torna-se extremamente dificultosa, com gigantescos dispêndios de tempo, recursos humanos e verbas públicas.

[83] Cf. Decreto nº 4.520, de 16 de dezembro de 2002, arts. 2º (atos de publicação obrigatória) e 7º (atos de publicação vedada).

[84] "É dever dos órgãos e entidades promover, independente de requerimento, a divulgação em seus sítios na Internet de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas (...). Os órgãos e entidades deverão implementar em seus sítios na Internet seção específica para a divulgação das informações (...). Deverão ser divulgadas, na seção específica de que trata o § 1o, informações sobre: (...) programas, projetos, ações, obras e atividades, com indicação da unidade responsável, principais metas e resultados e, quando existentes, indicadores de resultado e impacto (...)" (art. 7º, §§ 1º, 3º e inc. II).

[85] Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1° A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2° O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

[86] Art. 34. Compete à Casa Civil da Presidência da República:

(...)

II - decidir sobre a ampla divulgação de texto básico de projeto de ato normativo de especial significado político ou social, até mesmo por meio da Rede Mundial de Computadores ou mediante a realização de audiência pública, tudo com o objetivo de receber sugestões de órgãos, entidades ou pessoas;

8.243, de 23 de maio de 2014,[87] têm dispositivos que preveem a realização de audiência ou consulta pública, mas sua concretização depende do juízo discricionário da autoridade administrativa ou política. Por outro lado, a fase de consulta pública é, em geral, obrigatória nos processos regulamentares conduzidos agências reguladoras. A Anatel, por exemplo, deve conceder um prazo de pelo menos 10 dias para comentários, a serem apresentados no site da agência.[88] O modelo de consulta pública utilizado pela Anatel, já utilizado em milhares de ocasiões, apresenta viabilidade para ser utilizado também pelos demais órgãos e entidades da Administração Pública. Quanto à audiência pública,[89] seria recomendável torná-la obrigatória os projetos de normas administrativas que apresentem especial relevância, como, por exemplo, aqueles que tem impacto na economia estimado superior a determinado valor.[90]

A sétima etapa é a elaboração da regra final pela agência. Aqui, as decisões possíveis são exatamente as mesmas do processo de regulamentação norte-americano, porque não se trata de uma questão de sistema jurídico, mas apenas das possibilidades lógicas existentes nessa fase. Absolutamente indispensável é a motivação da regra, na qual deve constar a análise de todos os comentários, especialmente com as razões para acatá-los ou refutá-los. Para este efeito, não há necessidade de uma nova lei ou decreto: a Lei n° 9.784, de 1999, já determina a obrigatoriedade de motivação para as decisões administrativas em geral.[91] Mais especificamente, o Decreto n° 8.243, de 2014, determina que, depois de realizada a consulta pública, a Administração Pública tem o dever de responder as propostas

---

[87] O decreto trouxe a definição de consulta pública em seu art. 2°, inc. IX ("mecanismo participativo, a se realizar em prazo definido, de caráter consultivo, aberto a qualquer interessado, que visa a receber contribuições por escrito da sociedade civil sobre determinado assunto, na forma definida no seu ato de convocação") e definiu suas diretrizes no art. 17, incluindo "disponibilização prévia e em tempo hábil dos documentos que serão objeto da consulta em linguagem simples e objetiva, e dos estudos e do material técnico utilizado como fundamento para a proposta colocada em consulta pública e a análise de impacto regulatório, quando houver" (inc. II).

[88] "A Consulta Pública será formalizada por publicação no Diário Oficial da União, com prazo não inferior a 10 (dez) dias, devendo as críticas e as sugestões serem apresentadas conforme dispuser o respectivo instrumento deliberativo" (Regimento Interno, art. 59, § 2°).

[89] O decreto trouxe a definição de consulta pública em seu art. 2°, inc. VIII ("mecanismo participativo de caráter presencial, consultivo, aberto a qualquer interessado, com a possibilidade de manifestação oral dos participantes, cujo objetivo é subsidiar decisões governamentais") e definiu suas diretrizes no art. 16, incluindo "publicidade, com ampla divulgação de seus resultados, e a disponibilização do conteúdo dos debates" (inc. IV).

[90] Pode servir de inspiração a hipótese prevista na Lei de Licitações: "Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea 'c' desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados." (Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, art. 39). O valor a que se refere esse artigo é de R$ 150.000.000,00.

[91] Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

(...)

§ 1° A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

apresentadas (cf. art. 17, inc. VI): essa resposta, naturalmente, deve constar da motivação da versão final da regra.

A oitava etapa é a revisão da regra final pelo Executivo. A adoção desta etapa no Brasil teria os mesmos problemas que foram analisados nos comentários sobre a quarta etapa. Além dos problemas políticos, haveria ainda o problema da ossificação do processo de regulamentação, ou seja, o atraso contínuo no processo de regulamentação devido a um número esmagador de requisitos processuais. Além disso, considerando que um dos grandes problemas da burocracia brasileira é a sua lentidão[92], um processo de regulamentação complexo não só intensificaria esse problema, mas também comprometeria uma das maiores razões para a adoção do processo de regulamentação: a eficiência administrativa. Por isso, caso haja no Brasil uma revisão do processo pelo Executivo, provavelmente será mais eficiente para ter apenas uma revisão, na oitava etapa do processo de regulamentação.

A nona etapa é a publicação da regra final. As questões sobre a adoção desta etapa já foram discutidas nos comentários sobre o quinto passo. No entanto, mais duas questões serão abordadas aqui. Primeiro, o controle do processo de regulamentação pelo legislador é constitucionalmente possível e é recomendado politicamente, dependendo apenas da promulgação de um decreto legislativo. Em segundo lugar, seria extremamente útil a edição no Brasil de uma consolidação de regulamentos federais, com a finalidade de fornecer a informação pública unificada sobre os regulamentos que estão em vigor.[93] A instituição dessa consolidação provavelmente exigiria apenas uma portaria da Imprensa Nacional, órgão da Casa Civil da Presidência da República.

Conclusão

Inicialmente, demonstrou-se que, apesar do amplo uso de regulamentos no Brasil, quase não há regras que expressamente tratem de processo de regulamentação. Esta afirmação empírica tornou necessária uma incursão teórica sobre os problemas suscitados pela ausência de um processo de regulamentação estabelecida no Brasil. Além disso, analisou-se do processo de regulamentação americano e como ele poderia ser uma inspiração para o estabelecimento de um processo de regulamentação no Brasil.

A conclusão geral é que a introdução de um processo de regulamentação no Brasil não só é permitida pela Constituição Federal, mas, uma nova lei novo estatuto seria a melhor solução para a ausência de um processo de regulamentação no Brasil, mas essa possibilidade, devido às configurações políticas do País, é remota hoje em dia. No entanto, esse tipo de lei pode não ser indispensável, pois já existe uma infraestrutura normativa básica para essa espécie de processo no país (o que

---

[92] É bastante simbólico que um dos significados da palavra "burocracia" seja "morosidade e exigências no desempenho dos serviços públicos" (http://www.dicionariodoaurelio.com/). De qualquer forma, não é escopo deste trabalho a análise crítica da burocracia brasileira. Vide, a esse respeito, PENNA, José Osvaldo de Meira Pena. *O Dinossauro*. São Paulo: T.A. Queiroz, 1988.

[93] Essa possibilidade já está prevista no Decreto n° 4.176, de 2002:
"Art. 26. As leis federais serão reunidas em codificações e consolidações, compostas por volumes com as matérias conexas ou afins, constituindo em seu todo a Consolidação da Legislação Federal.
Parágrafo único. A consolidação consistirá na reunião de todas as leis pertinentes a determinada matéria em um único diploma legal, com a revogação formal das leis incorporadas à consolidação e sem modificação do alcance nem interrupção da força normativa dos dispositivos consolidados."
Algumas entidades da Administração Pública já editaram consolidações parciais de matérias de sua competência. Exemplo disso é o Banco Central que editou o Manual de Supervisão, o Manual de Organização do Sistema Financeiro e o Manual de Crédito Rural.

foi chamado *processo de regulamentação invisível*), que exigiria apenas alguns ajustes específicos, principalmente por meio de decretos e portarias.

Em síntese, o *processo de regulamentação invisível* consiste:

a) na prerrogativa conferida aos mais diversos atores, inclusive os cidadãos, de dar início ao processo regulamentar, uma vez que se trata de um direito de natureza difusa;
b) na submissão de todas as normas administrativas de efeitos externos ao processo regulamentar;
c) na elaboração de um Aviso de Proposta de Regulamentação pelo órgão ou entidade responsável pela promulgação da norma;
d) na publicação do aviso no site do órgão ou entidade;
e) na submissão do aviso a consulta pública;
f) na elaboração final da norma pelo órgão ou entidade, acompanhada de exposição de motivos, na qual devem constar as respostas a todas as propostas oferecidas durante a consulta pública;
g) na revisão da norma pela Casa Civil da Presidência da República, que pode sugerir modificações na redação dada pelo órgão ou entidade; e
h) na publicação da norma administrativa no Diário Oficial da União.

Nenhuma dessas etapas requerer a promulgação de novas leis ou decretos, pois as normas que as preveem já existem no ordenamento jurídico brasileiro. O que propôs aqui foi apenas interpretar essas normas de modo unificado, tendo em vista a necessidade pratica e mesmo a obrigatoriedade constitucional de adoção do processo regulamentar no Brasil. Porém, mecanismos mais desenvolvidos de controle desse processo pelos Poderes Legislativo e Executivo, semelhantes aos adotados nos Estados Unidos, requereriam a edição de novas leis e decretos para sua introdução no Brasil.

Bibliografia

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista (org.). Curso de Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: FIGUEIREDO, Marcelo e PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 480-504.

GORDILLO, Augustin. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Parte General*. Buenos Aires, F.D.A., 2009.

KERWIN, Cornelius M.; FURLONG, Scott R. Rulemaking. *How government agencies write law and make policy.* Washington: CQ Press, 2011.

LAWRENCE, H. Tribe. *The Invisible Constitution (Inalienable Rights)*. New York: Oxford University Press, 2008.

LIMA, Rui Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MACNOLLGAST. The political origins of the Administrative Procedure Act. *The Journal of Law, Economics and Organization*. V15 N1, 180-217.

MARTINEZ, Ana Paula. *Análise de custo-benefício na adoção de políticas públicas e desafios impostos ao seu formulador.* Revista de Direito Administrativo, v. 251, Rio de Janeiro, maio-ago. 2009, p. 29-59.

MORRISON, Alan B. OMB Interference with Agency Rulemaking: The Wrong Way to Write a Regulation. *Harvard Law Review*, Vol. 99, No. 5 (Mar., 1986), pp. 1059-1074.

_____ The Administrative Procedure Act: A Living and Responsive Law. *Virginia Law Review*, Vol. 72, No. 2, The Administrative Procedure Act: A Fortieth Anniversary Symposium (Mar., 1986).

PENNA, José Osvaldo de Meira Pena. *O Dinossauro*. São Paulo: T.A. Queiroz, 1988.

PIERCE, Richard J. Seven ways to deossify agency rulemaking. *Administrative Law Review*. Vol. 47, No. 1 (WINTER 1995), p. 59-65.

ROMAN, Flavio José. *Discricionariedade técnica na regulação econômica.* São Paulo: Saraiva, 2013.

RUBIN, Edward. It's Time to Make the Administrative Procedure Act Administrative. *Cornell Law Review*, Vol. 89, Fall 2002.

SOUSA, Renan Martins de. A análise do impacto regulatório (AIR) e o papel do Tribunal de Contas da União na avaliação da regulação setorial. *Revista do TCU*, n. 123, ano 44, Brasília, jan.-abr. 2012, p. 102 a 113.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____*Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

TYLER, Tom R. *Why People Obey the Law*. Princeton: Princeton University Press: 2006.

WALDO, Dwight. *Administrative state*. *A study of the political theory of public administration.* New York: Holmes and Meier Publishers, 1984.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. COMO E PORQUE TORNAR EFETIVO O INVISÍVEL PROCESSO REGULAMENTAR BRASILEIRO. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 43, julho/agosto/setembro de 2015. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-43-JULHO-2015-ALEXANDRE-MOREIRA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.