

JULIANA BONACORSI DE PALMA

ATIVIDADE NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
Estudo do processo administrativo normativo

Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientador Professor Titular Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO

2014

Nome: PALMA, Juliana Bonacorsi de.

Título: Atividade normativa da Administração Pública. Estudo do processo administrativo normativo.

Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientador Professor Titular Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto.

Aprovada em:

Banca examinadora:

Prof. Dr. _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

Prof. Dr. _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

Prof. Dr. _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

Prof. Dr. _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

Prof. Dr. _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

AGRADECIMENTOS

Dizem que escrever uma tese é, acima de tudo, uma tarefa solitária. Silenciosa. Debruçado em livros, o pesquisador reflete sobre o seu objeto de análise, alcança achados incríveis e os passa para o papel. Sozinho. Um exercício de paciência. Essa nunca foi a minha visão de vida acadêmica. Sempre acreditei que é o diálogo o que há de mais valioso em uma produção acadêmica. Neste trabalho tive a imensa felicidade de constatar que trabalhos acadêmicos são, sim, eminentemente colaborativos. Fato é que jamais conseguiria elaborar essa tese sem a ajuda de vocês. Mesmo à distância, nunca me senti tão acolhida e querida. Cada qual à sua maneira, todos foram essenciais para me conferir serenidade e, acima de tudo, força para enfrentar este que talvez seja o maior desafio da minha vida. Serei sempre grata por tudo o que vocês representaram para mim ao longo desses três anos incríveis.

A estrutura do presente trabalho não seria a mesma sem as valorosas considerações recebidas na banca de qualificação. Agradeço ao Professor JOSÉ EDUARDO FARIA, à Professora ODETE MEDAUAR e ao Professor FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO pelo privilégio em contar com as suas impressões sobre o projeto deste trabalho.

Muitas das ideias desenvolvidas são frutos das aulas de direito administrativo que tive imenso prazer de ministrar na Universidade São Judas Tadeu (USJT). Com grande carinho agradeço aos alunos pelo aprendizado, às minhas brilhantes monitoras TAMARA HELEN (2012) e ANDRÉA COSTA DE VASCONCELOS (2013) pelo privilégio da companhia semanal e a todos os meus colegas do corpo docente e administrativo. Ao FERNANDO HERREN AGUILLAR, muito obrigada por sempre acreditar no meu trabalho – acolhendo-me, jovem e inexperiente, como professora – e pelo apoio para que pudesse desfrutar da experiência internacional gozando de licença acadêmica.

À Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), agradeço nas pessoas da querida ROBERTA SUNDFELD, CARLOS ARI SUNDFELD, HENRIQUE MOTTA PINTO, GUILHERME JARDIM JURKSAITS e LUIZA CORRÊA pela oportunidade única de me permitir colaborar com a Escola de Formação e com os cursos de especialização da SBDP. Foi excepcional discutir algumas das análises desenvolvidas na tese em um centro de intercâmbio cultural e

acadêmico de excelência, do qual muito me orgulho ter sido aluna. Sem perceber, os meus orientandos de monografia foram instigados a desenvolver pesquisas conexas ao tema da tese e, assim, tornaram-se efetivos interlocutores – e amigos. Obrigada ISADORA CHANSKY COHEN, MARCELA PEDRAZZOLI e ANDRÉ LUÍS MACAGNAN FREIRE.

Um dos lugares mais fascinantes que tenho a imensa satisfação e prazer de me relacionar é a Direito GV, que me acolheu como pesquisadora-júnior, pesquisadora e professora do GVLaw. FABIA FERNANDES VEÇOSO, JOSÉ GARCEZ GHIRARDI, IGNEZ LOPES SOLLERO, LIE UEMA DO CARMO, MAURÍCIO CHAVENCO, LÍGIA PAULA PIRES PINTO SICA, LUCIANA DE OLIVEIRA RAMOS, RAFAEL MAFEI RABELLO QUEIROZ, ARTHUR ROBERTO GIANNATTASIO, ARY OSWALDO MATTOS FILHO, OSCAR VILHENA VIEIRA, ÉRICA CRISTINA GORGA, LUCIANA GROSS CUNHA, VIVIANE MULLER PRADO, MAÍRA ROCHA MACHADO, EMERSON RIBEIRO FABIANI, ANDREA CRISTINA ZANETTI, MÁRIO ENGLER PINTO, NELSON PEDROSO NOVAES e EURICO DE SANTI – *todos vocês fazem desse lugar único*. Obrigada.

Aos amigos do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico (CEDAU), um dos ambientes mais fantásticos de debate acadêmico, agradeço por comigo compartilharem o genuíno interesse de estudo do Direito Administrativo e por fazerem de cada discussão inesquecível. Como é gratificante fazer amigos dessa forma! Obrigada Professora ODETE MEDAUAR, VITOR RHEIN SCHIRATO, RENATA NADALIN MEIRELLES, MARIANA CHIESA GOUVÊA, RODRIGO PAGANI DE SOUZA, KARLIN OLBERTZ, BERNARDO STROBEL GUIMARÃES, LUIZ FELIPE HADLICH MIGUEL, CARLOS VINÍCIUS ALVES RIBEIRO e RAQUEL PRETO.

Agradecimentos especiais vão para vocês, CARLOS ARI SUNDFELD, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e ODETE MEDAUAR, meus heróis do Direito Administrativo.

Professor CARLOS ARI, dá para acreditar que há 10 anos acompanho as suas aulas na Direito GV? Parece que foi ontem que o senhor me ligou para perguntar se eu teria interesse em fazer entrevista para uma vaga de estágio na GV. A resposta era óbvia para mim. Cheguei ao seu escritório em uma manhã quente de janeiro, naquela expectativa, e a “*entrevista*” era, para minha surpresa, uma conversa de boas-vindas. Ao longo de mais de quatro horas (tantas do seu tempo) o senhor narrou com brilho nos olhos a construção da

Direito GV – *a construção de um sonho* –, me deu uma pasta com todo o material do curso *Oficina de Jurisprudência* (que tenho guardada até hoje) e explicou detalhadamente o funcionamento do curso, seus objetivos e qual seria o meu papel nas aulas. Era revolucionário. Era lindo. E o resto já é história. Nunca mais deixei de acompanhar um curso sequer do senhor na GV como graduanda, mestranda e doutoranda. Faltam palavras para agradecer o mundo que o senhor me abriu, Professor. Espero que esse breve relato de “*como tudo começou*” consiga demonstrar as suas qualidades ímpares, valores que tanto admiro no senhor e que me espelho. Obrigada por tudo.

Eu jamais conseguiria desenvolver esse trabalho sem o seu apoio incondicional, Professor Floriano. Como se não bastasse o senhor me aceitar no programa de doutorado da Faculdade de Direito da USP após processo seletivo, fazendo-me novamente a sua “*orientanda*”, no decorrer de todo o processo tive a rara oportunidade de contar com um orientador de primeira, sempre aberto ao diálogo, comprometido com a leitura dos trechos do trabalho e atento ao desenvolvimento do tema. Acima de tudo, um grande incentivador de minha trajetória acadêmica. Em nenhum momento o senhor me tolheu, acreditando em mim mesmo quando o volume da tese se fazia uma questão a ser considerada. Suas palavras de encorajamento jamais serão esquecidas. Desejo que todos os pesquisadores sérios possam desfrutar de uma orientação como a que recebi do senhor, Professor Floriano. Esse trabalho marca o final de um ciclo que se iniciou aos meus 23 anos, quando ingressei no programa de mestrado sob a sua supervisão. De lá para cá, muitas foram as atividades acadêmicas que generosamente o senhor me convidou para participar e com as quais tanto aprendi. Eu, olhando admirada a sua consagração: primeiramente com a livre-docência e, agora, com a titularidade no Departamento de Direito do Estado. É um enorme privilégio e um grande estímulo o orientado acompanhar de perto o crescimento do seu orientador. Melhor ainda quando o orientador consegue ao mesmo tempo ser uma referência acadêmica e pessoal ao seu orientado. O ciclo de orientação se encerra apenas formalmente, porém. Mantenho a posição de “*orientanda do Professor Floriano*”. Esse é o título que mais me enche de orgulho. Muito obrigada por tudo.

Por chance do acaso você pode ter a sorte de ouvir aquela música, ler aquele livro ou conversar com aquele alguém e imaginar a sua vida para dizer: “*é isso!*”. O livro *O Direito Administrativo em Evolução* da senhora, Professora ODETE, transformou a minha

vida. Já inclinada em seguir pelo Direito Administrativo, mas ainda com dúvidas se seria isso mesmo, tomei contato com o seu livro. Folheei despreziosamente as páginas e não resisti: li o livro em uma batelada só. A minha profunda admiração acadêmica pela senhora é hoje também admiração pela pessoa belíssima que a senhora simplesmente é e por tudo o que representa para mim. A começar pelo tema da tese. Não tem como desvencilhar processo administrativo de ODETE MEDAUAR. Não teve também como não lembrar da senhora em cada página desta tese. No fundo, a senhora é a grande homenageada nesse trabalho, apesar de eu não ter conseguido escrever algo à altura do que a senhora merece. Muito obrigada por me influenciar a escrever uma tese que sustente o dever de realizar processo administrativo normativo. Muito obrigada pela amizade e por todo incentivo para desenvolver esse trabalho, Professora.

Durante o desenvolvimento deste trabalho tive a oportunidade de realizar parte da pesquisa em Universidades internacionais, nelas encontrando interlocutores qualificados e amigos. Agradeço a JUAN JOSÉ DIEZ por viabilizar a minha estadia na Universidad de Alicante e franquear acesso à biblioteca da Faculdade de Direito. Ao Professor JEFFREY LUBBERS, que por mais de vinte anos serviu como Diretor de Pesquisa da ACUS, agradeço por me receber na Washington College of Law (American University). A sua generosidade para comigo e seu contagiante entusiasmo pelo *rulemaking* foram fundamentais para viabilizar uma análise de direito comparado mais apurada. À Professora SUSAN ROSE-ACKERMAN, agradeço por me receber no MacMillan Center (Yale University). Sempre curiosa sobre como funciona o *Brazilian rulemaking*, você tem me ensinado a importante lição sobre do que é feito o genuíno interesse acadêmico. Agradeço também ao Professor STEVEN BALLA, interlocutor de primeira, pelas conversas sobre as ideias trabalhadas nessa tese e por permitir que elas pudessem ser discutidas com seus alunos na George Washington University. Obrigada BAYA ARINOVA, ALEXANDRA MANEA, PEDRO MARTÍN ETCHEVERRIGARAY e FERNANDA KATZ ELLENBERG pelo apoio e ajuda no término da tese. DANILO TAVARES ARAÚJO, a minha estadia nos Estados Unidos ficou ainda mais bacana com as nossas conversas DC – NY.

À minha irmãzinha linda, JOYCE BONACORSI DE PALMA, vale um agradecimento especial: a sua companhia na reta final do doutorado foi o encorajamento especial que eu precisava para terminar esta tese com enorme entusiasmo e alegria. Obrigada pelo apoio

incondicional e por me fazer rir das mais inusitadas situações que só você, com olhos de criação, consegue me fazer enxergar. A Ju te ama.

Por me ajudarem na coleta do material de pesquisa, agradeço à prestativa colaboração de MARINA FONTÃO ZAGO, LIANDRO DOMINGUES e RAQUEL LIMA. À ANDREA COSTA DE VASCONCELOS e ao DANIEL SALOMONI, muito obrigada pelo compartilhamento eletrônico de diversos e diversos textos, sem os quais não seria possível redigir os capítulos finais da tese. Fica a demonstração de amizade, que tanto prezo e que jamais será esquecida.

Também sou grata pela leitura e/ou discussão de trechos desse trabalho à MARINA FEFERBAUM (minha amiga-irmã), MARCELA VENTURINI DIÓRIO (a mais bacana historiadora-jurista), VERA CRISTINA CASPARI MONTEIRO (uma das minhas fontes de inspiração, que me recomendou entrar em contato com o Professor JEFFREY LUBBERS), IVAN CÉSAR RIBEIRO (obrigada por fazer de suas palavras de encorajamento ações e por me incentivar a ir além), MARINA JACOB LOPES DA SILVA (agora também SANTOS e mestre), DANIEL WANG (obrigada pelos anos de amizade e por jamais desistir de mim) e RAFAEL ISSA (grande conhecedor dos clássicos de direito administrativo). Também agradeço ao FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, HEITOR VITOR FRALINO MENDONÇA SICA, BRUNO MEYERHOF SALAMA, MARCUS VINÍCIUS ARMANI ALVES, ANDRÉ JANJÁCOMO ROSILHO, JULIANA CRISTINA LUVIZOTTO e OSNY DA SILVA FILHO.

VITOR RHEIN SCHIRATO, cuja generosidade acadêmica sem tamanho e amizade que tanto me enche de alegria, obrigada pela leitura de parte da tese e por me colocar em contato com o Professor JENS-PETER SCHNEIDER, a quem também agradeço pelas informações prestadas sobre o ReNue e o atual debate europeu sobre o *rulemaking*.

Às minhas incríveis amigas FERNANDA LOPES SORTANJI, NILCI HOSHIKA, JULIANA TIBÉRIO CALDEIRA, FERNANDA OLIVEIRA, AMANDA VERNA, IARA ROSA, LÍGIA MARQUES SPÓSITO, ALINA SOUZA GANDUFE, GIOVANA EGLE ALVES D'ANTONIO, ANA REGINA CALINDRO, obrigada!

MARISA, TONINHO e JOYCE, a vocês dedico este trabalho: sei que não é muito, mas é o que de melhor consegui fazer. E é para vocês, e sempre será. Não consegui encontrar palavras para expressar o tamanho do meu amor por vocês. Fica sendo assim: vocês são a parte mais linda do meu dia.

Para Marisa, Toninho e Joyce, com muito amor.

Para Roberto Agostinho Bonacorsi (em memória). Você ainda me deve uma valsa.

SUMÁRIO

RESUMO.....	13
ABSTRACT	15
RÉSUMÉ.....	16
INTRODUÇÃO.....	20

Capítulo I – ATIVIDADE NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A CONSTRUÇÃO DE UM DEBATE..... 34

I.1. Tensões entre Legislativo e Executivo e os primeiros debates sobre a atividade normativa da Administração Pública.....	35
I.2. O desenvolvimento constitucional das ideias sobre a atividade normativa da Administração Pública no Direito Administrativo brasileiro.....	44
I.3. A prática regulamentar intensificada e o desenvolvimento dos debates teóricos sobre a atividade normativa da Administração Pública.....	51
I.3.1. A dinâmica administrativa normativa sob a égide da Constituição de 1937.....	52
I.3.2. Desenvolvimento dos debates sobre a atividade normativa da Administração Pública sob a égide da Constituição de 1946.....	60
I.3.3. O regime de exceção e a consolidação dos dogmas doutrinários sobre a atividade normativa da Administração Pública.....	67
I.4. Reforma regulatória e o processo de afirmação da atividade normativa da Administração Pública como pauta teórica do Direito Administrativo brasileiro.....	73
I.4.1. A Emenda Constitucional n.º 32/2001: impulso à ampliação da atividade normativa da Administração Pública.....	82
I.4.2. O debate sobre a atividade normativa da Administração Pública com a criação de autoridades administrativas independentes com poder normativo.....	88
I.5. Atividade normativa da Administração Pública: contornos do debate brasileiro.....	97

Capítulo II – PROCESSUALIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL: UMA TAREFA INACABADA..... 106

II.1. Antecedentes da processualidade administrativa.....	108
II.1.1. Uma orfandade precoce: o Direito Administrativo no Brasil sem Conselho de Estado.....	109
II.1.2. O ato administrativo complexo como uma manifestação rudimentar da processualidade administrativa.....	117
II.1.3. A construção da processualidade administrativa no Brasil.....	119
II.2. Constitucionalização do processo administrativo e o papel do Supremo Tribunal Federal.....	125

II.2.1. Início da constitucionalização do processo administrativo no Brasil	127
II.2.2. O processo administrativo nas Constituições e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	128
II.2.2.1. Constituição de 1946.....	129
II.2.2.2. Constituição de 1967 e Emenda n.º 1 (Constituição de 1969).....	133
II.2.2.3. Constituição de 1988.....	137
II.2.2.3.1. A construção das garantias constitucionais relativas a processo administrativo	138
II.2.2.3.2. A jurisprudência constitucional sobre processo administrativo na Constituição de 1988	146
II.2.3. O papel do pelo Supremo Tribunal Federal de regulador do processo administrativo	160
II.3. A codificação do processo administrativo no Brasil	163
II.3.1. O movimento de edição de leis gerais de processo administrativo no Brasil	166
II.3.1.1. Codificação do processo administrativo na esfera federal: a Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99)	167
II.3.1.2. Leis estaduais e municipais de processo administrativo.....	180
II.3.2. Fatores de influência da codificação do processo administrativo no Brasil	188
II.3.2.1. O contexto democrático como cenário propício ao surgimento de leis de processo administrativo	188
II.3.2.2. Do ato ao processo: valorização do processo administrativo nos debates teóricos	193
II.3.2.3. Reforma regulatória brasileira e o debate sobre a confluência dos sistemas de <i>civil law</i> e de <i>common law</i>	201
II.3.2.3.1. A construção do modelo regulatório no Brasil e o processo administrativo	203
II.3.2.3.2. Regulação e processo nos Estados Unidos e no Brasil.....	208
II.3.3. Tendência à codificação do processo administrativo no Brasil vs. disciplina especial: contraposição ou coexistência?.....	216
II.4. Processualização da atividade administrativa no Brasil: uma tarefa inacabada	218

Capítulo III. PROCESSO ADMINISTRATIVO NORMATIVO: ANÁLISE DE EXPERIÊNCIAS²²⁴

III.1. O <i>rulemaking</i> e a experiência norte-americana de processo administrativo normativo	226
III.1.1. Itinerário do <i>rulemaking</i> no Direito Administrativo norte-americano	227
III.1.1.1. Surgimento do <i>rulemaking</i> no APA.....	227
III.1.1.2. A “Era do Rulemaking”	229
III.1.1.3. Ceticismo sobre o <i>rulemaking</i>	237
III.1.1.4. Recentes aproximações do <i>rulemaking</i>	238
III.1.2. Principais debates sobre o <i>rulemaking</i>	246
III.1.2.1. O debate sobre a ossificação do <i>rulemaking</i>	246
III.1.2.2. O debate sobre o papel do OIRA no controle presidencial do <i>rulemaking</i>	250
III.1.3. Os procedimentos de <i>rulemaking</i>	254
III.1.3.1. O <i>rulemaking</i> no APA	254
III.1.3.2. Processos administrativos normativos sem prévia fase de comentário	258
III.1.3.2.1. <i>Interim-final rulemaking</i>	260

III.1.3.2.2. <i>Direct-final rulemaking</i>	263
III.1.3.3. <i>Regulatory Negotiated Rulemaking</i>	267
III.2. A recente experiência brasileira sobre o processo administrativo normativo	275
III.2.1. O desafio da processualização da atividade administrativa normativa no Brasil	275
III.2.2. A construção do processo administrativo normativo no Brasil	278
III.2.2.1. Ausência de um ente administrativo de supervisão dos atos normativos	278
III.2.2.2. O meio eletrônico como arena típica do processo administrativo normativo	285
III.2.2.3. Abertura do processo administrativo normativo à participação administrativa	289
III.2.2.4. Múltiplas formalizações da competência normativa na esfera administrativa	300
III.2.2.5. Análises regulatórias	302
III.2.2.6. O planejamento normativo	307
III.2.2.7. Pluralidade de procedimentos para elaboração de atos normativos	311
III.2.2.8. O ato normativo final: volume de produção normativa	318
III.3. O processo administrativo normativo em construção no Brasil	320

Capítulo IV. A DINÂMICA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NORMATIVO 322

IV.1. O processo administrativo normativo no Direito Administrativo brasileiro	324
IV.1.1. O processo como elemento da atuação administrativa	325
IV.1.2. Os vários processos administrativos no Direito Administrativo brasileiro	329
IV.1.3. Regulamentação geral e abstrata: processo administrativo normativo	334
IV.1.3.1. O regulamento administrativo	335
IV.1.3.1.1. Elementos de caracterização do regulamento administrativo	339
IV.1.3.1.2. Os atos de interpretação de regulamento	345
IV.1.3.2. O processo administrativo normativo	351
IV.2. O processo administrativo normativo no contexto da governança pública	355
IV.2.1. A governança pública e seus valores de orientação	357
IV.2.2. Valores públicos do processo administrativo normativo	361
IV.2.2.1. Decisões administrativas endereçadas ao caso concreto	362
IV.2.2.2. Interdependência público-privada e transparência administrativa	365
IV.2.2.2.1. A colaboração público-privada no âmbito interno da Administração Pública	366
IV.2.2.2.2. A colaboração público-privada externa à esfera administrativa	370
IV.2.2.3. Decisões provisionais e foco na satisfação de finalidades públicas	373
IV.3. A dinâmica do processo administrativo normativo	375
IV.3.1. Instauração do processo administrativo normativo	377
IV.3.2. Instrução do processo administrativo normativo	387
IV.3.2.1. Instrução documental do processo administrativo normativo	387
IV.3.2.2. Desenho normativo	393

IV.3.2.3. Participação administrativa.....	397
IV.3.2.3.1. Abertura da participação administrativa	402
IV.3.2.3.2. Dinâmica da participação administrativa: o exemplo da consulta pública	408
IV.3.2.3.3. Análise dos comentários	414
IV.3.2.3.4. Segunda rodada de participação administrativa	419
IV.3.3. Decisão no processo administrativo normativo	424
IV.4. Processos administrativos normativos consensuais	430
IV.5. Há uma reforma do processo administrativo em curso no Brasil?.....	435

SÍNTESE	CONCLUSIVA
.....	438
BIBLIOGRAFIA	441

RESUMO

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade Administrativa da Administração Pública. Estudo do Processo Administrativo Normativo**. 2014. 480f. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

Esta tese tem por finalidade analisar o movimento de processualização da atividade normativa da Administração Pública e a dinâmica do processo administrativo normativo no Brasil. Defende-se que o processo administrativo consiste em requisito de validade dos regulamentos editados pelo Poder Público, no exercício da competência normativa, na medida em que se reconhece no regime de direito administrativo o dever de a Administração Pública realizar processo para edição de seus atos normativos. A exposta tese contrapõe-se ao cenário tradicional de edição de regulamentos pelo Poder Público, desprovido de processo administrativo e sem contar com a participação administrativa. O estudo é dividido em quatro frentes de análise. Na primeira, o perene debate sobre o poder normativo é reconstruído com o objetivo principal de verificar as raízes da ausência de realização de processo para exercício desta competência pela Administração. Na sequência, o movimento de processualização da atividade administrativa no Brasil é descrito a partir de fontes primárias, em três fases: os antecedentes da processualidade administrativa, a constitucionalização do processo administrativo e a construção da jurisprudência constitucional sobre o tema, bem como a recente codificação do processo administrativo. A experiência do processo administrativo normativo é objeto de estudo empírico fundamentalmente pela análise do regime jurídico das Agências Reguladoras federais. Pretende-se apresentar um quadro geral de técnicas e debates que possa ser útil para futuras discussões sobre o instituto no Direito Administrativo brasileiro. Nessa linha, traça-se paralelo com o sistema norte-americano, já experimentado no estudo do processo normativo. Por fim, a dinâmica do processo administrativo normativo é apresentada considerando os valores de governança pública, tomados como parâmetros de interpretação das leis gerais de processo administrativo e demais normas correlatas. Assim, as seguintes fases do processo normativo são objeto de estudo: ato de instauração, instrução processual e fase deliberativa. Na conclusão, visão prospectiva sobre o processo administrativo normativo é apresentada com base nos achados de pesquisa da tese.

Palavras-chave: atividade administrativa normativa – competência normativa – processo administrativo – processo administrativo normativo – regulamentação

ABSTRACT

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Public Normative Action. A Study of Rulemaking.** 2014. 480p. Dissertation (PhD) – Department of State Law, Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2014.

This dissertation aims to analyze the procedure movement of public normative action and the rulemaking dynamics in Brazil. It is argued that the administrative procedure is a requirement for Public Administration rulemaking as the exercise of legislative power, since administrative law establishes the duty of rulemaking. This thesis opposes the traditional scenario of enactment of rules by Agencies, which is characterized by the lack of both rulemaking and public participation. The analysis is organized in four chapters. The first chapter addresses the perennial debate on Public Administration's normative power and identifies the reasons of the absence of rulemaking. The second chapter focuses on the procedure movement of administrative action in Brazil, which is described through primary sources in three phases: the antecedents of administrative process; constitutionalization of the administrative process and development of its constitutional jurisprudence; and the late codification of administrative procedure. Chapter three presents the results of the empirical study on Regulatory Agencies' rules; the study dealt specifically with the rulemaking practice. An overview of techniques and debates encompassed in this procedure is provided as well; this may be useful for future discussions regarding the issues of Brazilian administrative law. Furthermore, it draws a parallel with the system of American administrative law, indicating that the study of rulemaking in the American system is already well-developed. The final chapter presents the dynamic of rulemaking from the perspective of public governance's values that are taken as interpretation parameters of the general administrative procedure acts, and other statutes. Therefore, the following stages of rulemaking are analyzed in the dissertation: initiating rulemaking, findings and reasons, and issuance of the rule. In the conclusion, it provides a prospective view of rulemaking based on the research findings in this dissertation.

Keywords: public normative action – legislative power – administrative process – rulemaking – regulation

RÉSUMÉ

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Ativité Administrative Normatif. Étude sur le Procédure Réglementaire**. 2014. 480p. Thèse (Doctorat) – Département de Droit du État, Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2014.

Cette thèse vise à analyser la motion de procédure à l'action normative de la Administration Publique et la dynamique de la procédure réglementaire au Brésil. Il est soutenu que la procédure administrative est une exigence d'émission de des règles pour l'Administration Publique, une fois que le Droit Administratif établit le devoir de réglementation. Cette thèse s'oppose le scénario traditionnel de la promulgation de règles par l'Administration Publique, qui est reconnu par l'absence de procédure et de la participation public. L'analyse est organisée en quatre parties. Tout d'abord, l'éternel débat sur le pouvoir normatif de l'Administration Publique est abordée avec l'objectif principal de reconnaître les racines de l'absence de procédure dans la réglementation. Ensuite, la motion de procédure à l'action administrative au Brésil est décrite par des sources primaires en trois phases: les antécédents de la procédure administratif, la constitutionnalisation de la procédure administrative et le développement de sa jurisprudence constitutionnelle et la codification récent de la procédure administrative. L'expérience de la procédure réglementaire fait l'objet d'une étude empirique dans lequel il y a analyse de les règles des Agences de Régulation, principalement. Un aperçu des techniques et des débats englobés dans cette procédure est examinée, ce qui peut être utile pour des futures discussions sur la question dans le Droit Administratif Brésilien. De plus, nous attirons parallèle au système de Droit Administratif Américain, déjà connu dans l'étude de la procédure réglementaire. Enfin, la dynamique de la procédure de réglementation est présentée à travers le prisme des valeurs de la gouvernance publique qui sont prises comme paramètres d'interprétation de les lois généraux de procédure administrative et d'autres lois. Par conséquent, les étapes suivantes sont objet d'étude: le debut de la procédure, le development et la decisión sur la règle. En conclusion, une vision prospective de la procédure réglementaire est exposée sur la base de résultats de recherche dans cette thèse.

Mots-clés: atividade administrativa normatif – compétence normatif – procédure administrative – procédure reglémentaire – reglémentation

LISTA DE ABREVIATURAS

ABA	<i>American Bar Association</i>
ACUS	<i>Administrative Conference of United States</i>
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
AI	Agravo de Instrumento
AIR	Avaliação de Impacto Regulatório
ALJ	<i>Administrative Law Judge</i>
ANA	Agência Nacional de Águas
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo
ANPRM	<i>Advance notices of proposed rulemaking</i>
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APA	<i>Administrative Procedure Act</i>
BACEN	Banco Central
BATNA	<i>Best Alternative to a Negotiated Agreement</i>
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CAMSS	Câmara de Saúde Suplementar
CARF	Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
CBA	<i>Cost-Benefit Analysis</i>
CCJ	Comissão de Constituição e Justiça
CCJR	Comissão de Constituição, Justiça e Redação
CEA	Conselho da Economia Nacional
CEA	<i>Cost-Effectiveness Analysis</i>
CeRI	Cornell eRulemaking Initiative
CF	Constituição Federal
CISAP	Comissão Interministerial da Sustentabilidade na Administração Pública

CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CMN	Conselho Monetário Nacional
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONAMA	Conselho Nacional do Meio Ambiente
CRSFN	Conselho de Recurso do Sistema Financeiro Nacional
CRSNSPC	Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados, de Previdência Privada e de Capitalização
CTASP	Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DASP	Departamento Administrativo do Serviço Público
ED	Embargos de Declaração
EC	Emenda Constitucional
EIA	Estudo de Impacto Ambiental
FACA	<i>Federal Advisory Committee Act</i>
FOIA	<i>Freedom of Information Act</i>
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
IN	Instrução Normativa
IQA	<i>Information Quality Act</i>
LGT	Lei Geral de Telecomunicações
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
MARE	Ministério de Administração e Reforma do Estado
MMA	Ministério do Meio Ambiente
MP	Medida Provisória
MPOG	Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão
MS	Mandado de Segurança
Nureg	Núcleo de Regulação e Boas Práticas Regulatórias da ANVISA
PMR	Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da ANVISA
RE	Recurso Extraordinário
Reg-Flex	<i>Regulatory Flexibility Act</i>
Reg-Neg	<i>Regulatory Negotiation</i>
REsp	Recurso Especial
RIMA	Relatório de Impacto Ambiental
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
SBREFA	<i>Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act</i>
OCDE	Organização para a Cooperação de Desenvolvimento Econômico

OIRA	<i>Office of Information and Regulatory Affairs</i>
OMB	<i>Office of Management and Budget</i>
PC do B	Partido Comunista do Brasil
PFL	Partido da Frente Liberal
PGR	Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil
PL	Projeto de Lei
PLC	Projeto de Lei da Câmara
PLP	Projeto de Lei Complementar
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PMR	Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da ANVISA
Pro-Reg	Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação
PPS	Partido Popular Socialista
PSB	Partido Socialista Brasileiro
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
PT	Partido dos Trabalhadores
RDC	Resolução da Diretoria Colegiada
SAG	Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais
SAJ	Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República
SAL	Secretaria de Assuntos Legislativos
SBREFA	<i>Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act</i>
SIDOF	Sistema de Geração e Tramitação de Documentos Oficiais do Governo Federal
SLTI	Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação
SRI	Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TCU	Tribunal de Contas da União
TIT	Tribunal de Impostos e Taxas
UMFA	<i>Unfunded Mandates Reform Act</i>
USCA	<i>United States Code of Administration</i>

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade analisar o *movimento de processualização da atividade normativa da Administração Pública no Brasil*. Pretende-se demonstrar como o sistema de direito administrativo passou a relacionar a ideia de processo à de atividade administrativa normativa, indicando os principais fatores que levaram ao desenvolvimento do *processo administrativo normativo* como o instituto de edição de regulamentos por excelência. O desenho do processo normativo resultante de uma conjuntura orientada pela codificação processual será traçado e analisado para fins de operacionalização da atividade normativa processualizada.

A processualização efetiva da atividade administrativa no Brasil ainda é um desafio. Apesar de os regulamentos se configurarem em uma das mais relevantes fontes jurídicas do Direito Administrativo brasileiro, a sua produção é fundamentalmente unilateral e hierárquica. Os atos normativos são em geral definidos pela “*autoridade competente*”, de modo que apenas excepcionalmente, e em alguns setores, são realizadas análises de impacto regulatório. Quanto à participação administrativa, quando esta se verifica, a sua abertura é tardia, quando o ato normativo já se encontra praticamente pronto e acabado. Dificilmente as contribuições recebidas impactarão no desenho normativo da proposta de regulamento submetida à audiência ou consulta pública. Nesse contexto, frases como “*o Ministro baixou instrução normativa*” não causam estranheza¹.

Esse é o cenário de fundo que instigou a elaboração da presente tese, voltada ao estudo da processualização da atividade normativa da Administração Pública como meio de reação a esse modo de elaboração de regulamentos administrativos. O interesse pelo tema da pesquisa surge do reconhecimento de que até pouquíssimo tempo atrás o processo

¹ Há na língua portuguesa definição para o verbo “*baixar*” que se coaduna com o modo de elaboração de normas pelo Poder Público. Segundo o **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**, *baixar* significa “[e]xpedir (aviso, ordem, instrução, portaria, lei etc.)” ou “[e]xpedir, despachar (ato, ordem de serviço etc.) segundo a hierarquia. O Ministro baixou uma instrução para todas as seções do Ministério”. 2010, p. 256. Nesse sentido, o **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa** define *baixar* como “[e]xpedir (aviso, ordem, ato, portaria etc.) aos subordinados ou a uma autoridade ou repartição inferior na hierarquia (baixou uma ordem de serviço para todos os funcionários da secretaria)”. 2004, p. 381. Não se quer apresentar a definição literal do verbo *baixar*, mas sim indicar como a manifestação da atividade normativa pela Administração ganha sentido no Brasil. Quando se afirma que “*a autoridade competente baixou portaria*”, projeta-se todo um cenário marcado pela ausência de processo administrativo, edição de comandos jurídicos unilateralmente, de “*cima para baixo*” e sem a colaboração dos particulares, então meros destinatários desses comandos e com quem a Administração estabelece uma relação jurídica verticalizada.

administrativo normativo era um estranho na teoria e na prática do Direito Administrativo². Na verdade, ainda hoje o tema não recebeu a devida atenção³, sendo possível constatar profundas diferenças entre os métodos de elaboração de regulamentos na estrutura do Executivo: desde a completa ausência de formalização dos meios de tomada de decisão administrativa até a construção racional do ato normativo no âmbito do processo administrativo seguindo, porém, os mais variados ritos procedimentais.

A análise da processualização da atividade normativa da Administração Pública no Brasil passa pela compreensão dos motivos pelos quais este é um fenômeno recente. Uma das premissas de estudo adotadas corresponde à dinamicidade dos institutos jurídicos. Entende-se que conceitos jurídicos são produtos de seu tempo. Desse modo, o estudo do processo administrativo normativo pressupõe verificar o contexto no qual ele se desenvolve, considerando tanto a doutrina de direito administrativo, das várias gerações da ordem dos publicistas⁴, quanto outros elementos depreendidos a partir do estudo de fontes primárias.

Assim, inúmeras razões podem ser relacionadas para justificar a pouca atenção conferida ao exercício da competência normativa no âmbito do processo administrativo,

² Segundo FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, “[é] fato que a Administração, no Estado de Direito, está adstrita ao princípio da legalidade e ao devido processo legal. Porém, entre nós houve sempre uma certa resistência ao estabelecimento de regras de um processo administrativo que precisasse com clareza e objetividade ritos, prazos e procedimentos que devem ser observados no exercício das funções administrativas”. **Balanco e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil**, 2005, p. 7.

³ Algumas exceções no Direito Administrativo brasileiro são dignas de nota, porém. O tema do processo administrativo normativo foi trabalhado pelos seguintes administrativistas: VERA SCARPINELLA BUENO, **Devido Processo Legal e Administração Pública no Direito Norte-Americano. Uma breve comparação com o caso brasileiro**, 2001; Leila Cuéllar, **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**, 2001; RODRIGO PAGANI DE SOUZA, **Participação Pública nos Processos Decisórios das Agências Reguladoras: reflexões sobre o direito brasileiro a partir da experiência norte-americana**, 2002; MARÇAL JUSTEN FILHO, **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**, 2002, p. 567 e ss.; EGON BOCKMANN MOREIRA, **Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e “Elaboração Processual de Normas”**, 2003; SÉRGIO GUERRA, **Normatização por Entidades Reguladoras Independentes: uma contribuição para o desafio da tecnicidade**, 2004, p. 27-29; FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, **Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos e seu regime jurídico**, 2005, p. 66 e ss.; DEMIAN GUEDES, **Breve Análise do Processo Administrativo nos Estados Unidos: a Suprema Corte e as garantias dos administrados**, 2007, p. 85-88; VITOR RHEIN SCHIRATO, **Legitimidade Processual e os Tipos de Processo Administrativo**, 2010; ANTONIO CARLOS DE ALMEIDA AMENDOLA, **Participação do Contribuinte na Regulamentação Tributária**, 2011; e CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA, **O Dever de Motivação na Edição de Atos Normativos pela Administração Pública**, 2011.

⁴ Essa é a expressão utilizada por CARLOS ARI SUNDFELD para apresentar os principais doutrinadores de Direito Constitucional e de Direito Administrativo considerando o momento histórico em que suas produções acadêmicas se desenvolveram. Cf. **A Ordem dos Publicistas in Direito Administrativo para Céticos**, 2012, p. 93-131. As divisões temporais das fases do Direito Administrativo brasileiro e as contextualizações dos administrativistas trabalhadas nesta tese seguirão às propostas pelo referido autor.

como o foco dos administrativistas no ato administrativo, e não na figura do processo. Todavia, a ausência de desenvolvimento efetivo do processo normativo na Administração Pública é um legado das sucessivas ondas de ditaduras que marcaram a conformação de uma burocracia brasileira centralizada e pouco receptiva ao diálogo com os administrados. Esse panorama será reconstruído na tese com a finalidade de contextualizar a processualização da atividade normativa⁵, o que permite melhor compreender sua importância para a satisfação de finalidades públicas, bem como os contornos de sua atual dinâmica procedimental.

Apesar de este ser um trabalho sobre a atividade normativa da Administração Pública, o foco de análise não recai sobre a figura do regulamento. A proposta é estudar o *processo* por meio do qual a competência normativa é exercida pela Administração Pública, o qual será denominado neste trabalho como *processo administrativo normativo*⁶. Trata-se de uma perspectiva de análise que concentra as reflexões de estudo sobre o modo pelo qual as decisões administrativas de caráter normativo são tomadas, sem descurar, todavia, da importância de se posicionar sobre o limite e a abrangência do ato normativo final⁷.

⁵ Se o poder normativo da Administração Pública era então compreendido como uma prerrogativa pública, verdadeiro privilégio colocado à disposição do chefe do Poder Executivo para fiel execução da lei (formal), ele passa hoje a ser reconhecido como efetivo instrumento de ação administrativa, orientado finalisticamente para a satisfação de finalidades públicas. Hoje há um debate em curso na doutrina de direito administrativo que aponta para a mudança no modo de compreender o exercício da competência normativa pela Administração Pública. O tema da atividade normativa da Administração Pública ganhou projeção mais recentemente com a criação de entidades administrativas independentes dotadas de competência normativa (Agências Reguladoras) e a edição da Emenda Constitucional n.º 32/2001. São pautas desse debate: é legítima a outorga de poderes normativos a entidades administrativas independentes? Quais são os limites ao exercício do poder normativo pela Administração Pública? Os regulamentos autônomos são constitucionais? Em que medida a regulamentação implica em autovinculação do próprio Poder Público aos seus comandos normativos? Sobre a sistematização desses debates, cf. ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO, **Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo**, 2001, *passim*.

⁶ Diversas outras denominações têm sido empregadas para designar a atividade administrativa normativa da Administração Pública processualizada. MARÇAL JUSTEN FILHO, por exemplo, denomina o processo regulatório normativo como “*atuação processual para produção de regulamento*”. Cf. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**, 2002, p. 567. ANTONIO CARLOS DE ALMEIDA AMENDOLA, por sua vez, denomina este processo administrativo como “*processo regulamentar*”. Cf. **Participação do Contribuinte na Regulamentação Tributária**, 2011, p. 23 e ss. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO o designa como “*processo normativo*”. Cf. **Balço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil**, 2005, p. 8. Exatamente por fazerem referência ao mesmo fenômeno jurídico, todas essas expressões serão tomadas como sinônimas. Todavia, dar-se-á preferência à locução “*processo administrativo normativo*”, ou simplesmente “*processo normativo*”, em razão da maior precisão técnica do termo.

⁷ Cf. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, **Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal**, 2003, *passim*.

Assim, a tese defendida no presente trabalho é simples: *o processo administrativo é requisito de validade dos regulamentos administrativos.*

Argumenta-se que o sistema de direito administrativo hoje prevê o *dever de a Administração Pública realizar processo administrativo para edição de seus atos normativos.* Por um lado, as recentes leis gerais de processo administrativo condicionam a função pública como um todo à realização de processo, o que termina por incidir também sobre a atividade normativa da Administração Pública. Porém, tomado como arena de conformação de valores públicos – como a participação administrativa, racionalização da tomada de decisão administrativa e controle –, o processo administrativo passa a ser um elemento necessário da atividade administrativa normativa. Não por outro motivo ser recorrente a defesa da *legitimação da atividade administrativa pelo processo*⁸.

Muito embora a tese sustentada nesse trabalho seja simples, a sua afirmação teórica demanda o desenvolvimento de um estudo que vá além do exercício de hermenêutica jurídica. Ocorre que do reconhecimento do processo administrativo normativo como obrigação a que o Poder Público se sujeita decorrem relevantes implicações. A simples interpretação jurídica pode não contemplar todos os debates que tangenciam a processualização da atividade administrativa normativa no Brasil ou resultar em conclusões descoladas da realidade complexa que hoje envolve a prática do processo normativo pela Administração Pública. Para dar conta desse cenário, foram estabelecidas quatro frentes de análise, sintetizadas nas seguintes perguntas:

- (i) Por que a atividade normativa da Administração Pública tradicionalmente não é processualizada?
- (ii) Como a processualização da atividade administrativa normativa se constrói no Brasil?
- (iii) Quais são as características gerais da atividade administrativa normativa processualizada?
- (iv) Como deve ser desenvolvido o processo administrativo normativo à luz do regime jurídico de direito público?

⁸ Cf., por todos, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, **Há um Déficit Democrático nas Agências Reguladoras?**, p. 163 e ss.

Apenas com o endereçamento de respostas concretas às questões indicadas, que tomem por base, inclusive, fontes primárias do Direito, pode-se desenvolver estudo adequado sobre a processualização da atividade normativa no Brasil e seu produto, o processo administrativo normativo. O ineditismo da tese encontra-se exatamente na abordagem empírica e concreta de um tema tradicional na teoria do Direito Administrativo – a atividade administrativa normativa – com vistas à operacionalização do instituto do processo normativo não apenas no âmbito das Agências Reguladoras, como em alguma medida já se evidencia, mas em todos os órgãos e entes administrativos compreendidos na Administração Direta e Indireta que exerçam poderes normativos⁹.

No primeiro Capítulo – intitulado “*Atividade Normativa da Administração Pública: a construção de um debate*” – apresenta-se a sistematização dos debates doutrinários brasileiros sobre o poder normativo da Administração Pública, desde a Constituição de 1824 até as mais recentes emendas à vigente Constituição de 1988 que importam para o estudo da atividade administrativa normativa¹⁰. Por meio da reconstrução das discussões que se travaram em torno do poder normativo da Administração Pública, pretende-se apresentar de modo contextualizado algumas das noções fundamentais ao desenvolvimento da tese, como o princípio da separação de Poderes, a legalidade e o poder normativo. Isso significa que tais conceitos não serão abstratamente definidos, mas sim articulados em seus

⁹ Um exemplo é válido para clarificar o exposto. Ao disciplinar a estrutura do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), o Decreto 7.675/2012 fixou as competências dos “*órgãos de assistência direta e imediata ao Ministro*”, dentre os quais a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI). Nos termos do art. 31, inc. I, do Decreto 7.675/2012, compete à SLTI “*propor políticas, planejar, coordenar, supervisionar e orientar normativamente as atividades: a) de administração dos recursos de informação e informática, que compreendem a infraestrutura tecnológica de suporte ao ciclo da informação; (...)*”. Destaquei. Com a previsão do desenvolvimento nacional sustentável como uma das finalidades das licitações públicas no art. 3º da Lei 8.666/93, foi editado o Decreto 7.746/2012 para regulamentar as licitações sustentáveis, no qual se estabeleceu a competência normativa da SLTI em seu art. 15 nos seguintes termos: “[c]ompete à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, como órgão central do Sistema de Serviços Gerais – SISG, **expedir normas complementares sobre critérios e práticas de sustentabilidade, a partir das proposições da CISAP** [Comissão Interministerial da Sustentabilidade na Administração Pública]”. Destaquei. Desse modo, há um dever regulamentar da política de sustentabilidade dirigida às contratações públicas, devendo as normas relativas às licitações sustentáveis ser editadas no âmbito de um processo administrativo normativo, instruído pelo CISAP e cuja decisão final compete à SLTI. Sobre o tema, cf. JULIANA BONACORSI DE PALMA e NELSON PEDROSO NOVAES (coord.), **Compras Públicas Sustentáveis**, 2013, p. 39 e ss.

¹⁰ A análise dos debates doutrinários relativos ao poder normativo foi sistematizada de acordo com as Constituições brasileiras, seguindo a sua delimitação temporal. Essa escolha deve-se ao fato de o tema do poder normativo, marcadamente constitucionalizado, sofrer variações de acordo com a natureza democrática, ou não, das Constituições. Sobre o panorama histórico de construção das Constituições brasileiras, e a consequente natureza democrática ou autoritária das mesmas, cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, **O Constitucionalismo Brasileiro (Evolução Institucional)**, 2011, *passim*.

correspondentes panoramas de aplicação. A preferência por esse método de exposição conceitual deve-se à utilidade da técnica para depreender as ideias clássicas, e ainda hoje fortes, sobre o exercício da competência normativa pela Administração Pública, como “*administrar é aplicar a lei de ofício*” ou a limitação dos regulamentos à “*fiel execução da lei*”.

A hipótese sustentada nessa frente de análise é sintetizada na seguinte afirmação: *o Brasil é o país dos regulamentos*. Apesar da construção de toda uma doutrina de resistência à atividade normativa da Administração Pública pautada na “*sacralização da lei*”, o poder normativo detido pelo Poder Público sempre foi amplíssimo devido, fundamentalmente, ao cenário antidemocrático que marcou a recente história política nacional, determinando a primazia do Executivo frente aos demais Poderes. Assim, duas sub-hipóteses são articuladas no primeiro Capítulo: (i) a relativa marginalização teórica dos regulamentos deve-se à doutrina de resistência ao exercício de competências normativas pela Administração Pública, que via na lei formal a fonte única de criação do Direito, o que explica em parte o baixo desenvolvimento do processo administrativo normativo; e (ii) sendo o Brasil marcado por longos períodos de ditadura, o regulamento assumiria papel de destaque na disciplina jurídica ao mesmo tempo em que seria oportuna a inexistência de processo para elaboração de atos normativos em uma conjuntura política de exceção.

A análise da prática regulamentar na Administração Pública no Brasil será realizada por meio do estudo da doutrina brasileira de direito administrativo, assim compreendida pelo conjunto dos principais manuais e artigos conexos ao tema, dos textos constitucionais e dos principais precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a atividade administrativa normativa. Na medida do necessário, serão apresentados elementos que permitam melhor compreender o pano de fundo no qual os debates relativos à atividade normativa da Administração Pública se desenrolam, inclusive por meio de análises quantitativas sobre a produção normativa do Estado¹¹.

No segundo Capítulo – “*Processualização da Atividade Administrativa no Brasil: uma tarefa inacabada*” – será analisado o movimento em curso de processualização da

¹¹ Para tanto, será utilizado como fonte de pesquisa o *Portal da Legislação do Governo Federal*. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

atividade administrativa no Brasil. Pretende-se investigar como a ideia da processualidade administrativa foi paulatinamente afirmada como uma das diretrizes teóricas do Direito Administrativo brasileiro, o que pressupõe analisar um cenário mais abrangente que as discussões teóricas. Para tanto, particularidades do sistema de direito administrativo brasileiro serão consideradas para que a análise proposta seja a mais fidedigna possível ao cenário nacional no qual a ideia de processo administrativo se estabelece.

Ao contrário do modelo francês, cuja influência na construção do Direito Administrativo brasileiro seria decisiva desde o século XIX, o Brasil vivenciou um cenário de “*orfandade precoce*” sem a presença institucional do Conselho de Estado desde a promulgação da República em 1891. Por outro lado, o centralismo do ato administrativo na doutrina de direito administrativo fez com que o ato administrativo complexo fosse o instituto indicado para a gestão pública em detrimento do processo administrativo. Tem-se, aí, uma das possíveis explicações para o movimento de processualização da atividade administrativa no Brasil ser de data recente. Esses aspectos do período que antecede ao movimento de processualização da atividade administrativa no Brasil serão enfrentados a partir da análise da doutrina de direito administrativo.

Outra especificidade do movimento de processualização da atividade administrativa no Brasil corresponde à constitucionalização do processo nos diversos textos constitucionais brasileiros, o que determinou uma dinâmica particularizada de controle da atividade administrativa, pautado pelos preceitos constitucionais e protagonizado pelo Supremo Tribunal Federal. Essa característica do controle da função administrativa é corroborada pela ausência de uma lei geral de processo administrativo que prevesse garantias aos cidadãos e sujeições ao Poder Público nas relações processuais. Uma análise do movimento de processualização da atividade administrativa no Brasil seria incompleta sem que fosse desenvolvida pesquisa da jurisprudência do STF sobre as garantias constitucionais aplicáveis ao processo administrativo¹². No caso específico da Constituição de 1988, a par da jurisprudência constitucional construída pela aplicação dos preceitos

¹² A pesquisa de jurisprudência foi desenvolvida durante os meses de setembro e outubro de 2012 e revista em agosto de 2013 a partir da página de *internet* do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.jus.br>). Foram consultadas as seguintes fontes de busca no site: “*pesquisa de jurisprudência*” e “*pesquisas favoritas por ramo do Direito*”. Em complemento, acórdãos foram resgatados a partir do estudo das súmulas editadas pelo Supremo relativas a processo administrativo. Também foi consultada a Revista Trimestral de Jurisprudência para que a pesquisa jurisprudencial se mostrasse a mais completa possível.

processuais nela contidos, também será objeto de estudo a constitucionalização dessas garantias. Assim, houve análise dos Anais da Constituinte para remontar aos debates travados na Assembleia Constituinte sobre a previsão do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988¹³. Especificamente com relação à garantia da celeridade processual, inserida no texto constitucional com a Emenda 45/2004, houve análise da Exposição de Motivos 204/2004 que a acompanha¹⁴.

Além da riqueza do estudo pormenorizado do movimento de processualização da atividade administrativa no Brasil, também os conceitos estruturantes do raciocínio desenvolvido nesse trabalho podem ser depreendidos de modo contextualizado, na ordem de debates em que se inserem. Assim, os princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da celeridade processual, por exemplo, não serão objeto de longa análise doutrinária para fins de conceituação. Reputou-se mais adequado trabalhar as ideias em seu lugar. Ao contrário das definições doutrinárias, que explicam institutos jurídicos racional e abstratamente, a análise dos princípios processuais nos conflitos em que se inserem permite compreendê-los de modo aplicado, o que se coaduna com a linha de exposição adotada no presente trabalho.

Por fim, a última peculiaridade da processualização da atividade administrativa no Brasil refere-se à tardia codificação do processo administrativo, ou seja, à elaboração das leis gerais de processo administrativo. A descrição do movimento de codificação do processo administrativo tomará as duas principais leis gerais de processo administrativo: a Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99)¹⁵ e a Lei Paulista de Processo

¹³ Foram analisados os documentos disponibilizados pela Câmara dos Deputados relativos à Assembleia Nacional Constituinte. Cf. **Anais da Assembleia Constituinte 1987-1988, Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente. Acesso em 23 de novembro de 2012. Foram também consultadas todas as Atas de Plenário da Constituinte que o Senado Federal compilou no arquivo **Assembleia Nacional Constituinte 20 anos**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/atas.pdf>. Acesso em 23 de novembro de 2012. Ainda na página eletrônica do Senado Federal, foram analisadas as fontes primárias referentes à linha do tempo **Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988**, traçada pelo Senado Federal e de acesso público na página http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em 23 de novembro de 2012.

¹⁴ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/expmot/2004/exposicaodemotivos-204-15-dezembro-2004-592098-norma-mj.html>. Acesso em 10 de agosto de 2013.

¹⁵ Foram analisados os **Diários do Congresso Nacional** que dispunham de documentos relativos ao processo legislativo da Lei 9.784/99, relacionados no seguinte diretório da página eletrônica da Câmara dos

Administrativo (Lei 10.177/98). A delimitação da análise a apenas essas duas Leis deve-se tanto ao valor histórico das mesmas, quanto à influência dos respectivos textos normativos para a edição das demais leis gerais de processo administrativo, notadamente a Lei Federal de Processo Administrativo, que tem servido de modelo para a redação de leis estaduais, como será oportunamente analisado.

Por meio dessa ampla investigação empírica serão recolhidos os elementos de análise do atual quadro de processualização da atividade administrativa normativa, podendo-se posicionar, então, sobre a hipótese elaborada para essa segunda frente de análise na tese: a processualização da atividade administrativa no Brasil é tarefa inacabada, pois ainda se encontra pendente a atividade normativa da Administração Pública.

No terceiro Capítulo – “*Processo Administrativo Normativo: análise de experiências*” – a recente experiência do processo administrativo normativo no Brasil será objeto de investigação empírica. Para tanto, os principais achados de pesquisa sobre o regime jurídico da dinâmica normativa de determinados entes públicos serão apresentados com a finalidade de retratar um relato sobre a dinâmica do processo administrativo normativo que, embora não seja completo, seja ao menos representativo quanto aos debates relacionados ao movimento de processualização da atividade regulamentar.

A proposta não é depreender “*o modelo*” de processo normativo no Brasil. Qualquer objetivo nesse sentido seria impertinente, e mesmo incoerente com a realidade, devido à multiplicidade de formas de exercício do poder normativo pela Administração. Basta indicar, por exemplo, o atípico processo decisório do CONAMA sobre as Resoluções em matéria ambiental, as quais devem resultar do consenso de mais de 100 conselheiros – dentre eles o Ministro do Meio Ambiente, representantes de governos estaduais, membros de associações empresariais e ambientalistas – em reunião presencial¹⁶. Uma vez que a processualização da atividade normativa da Administração

Deputados: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=203729>. Acesso em 10 de agosto de 2013.

¹⁶ A descrição do processo decisório em matéria normativa pelo CONAMA é precisamente feita por ANDRÉ DE CASTRO OLIVEIRA PEREIRA BRAGA, no prólogo de sua dissertação de mestrado que recebe o sugestivo título “*Uma Coisa Psicodelica*”. Cf. **Normas Abertas e Regras no Licenciamento ambiental**, 2010, p. 3-5. Alguns trechos da narrativa da 53ª Reunião Extraordinária do CONAMA, ocorrida em 15 de abril de 2009, valem por conferirem a dimensão do processo administrativo normativo na instituição: “[a] pauta principal girara em torno das novas diretrizes a serem estabelecidas para os processos de

Pública no Brasil ainda é incipiente, entendeu-se que registrar as principais características do exercício da competência normativa no âmbito do processo, apontando para as grandes linhas de reflexão ensejadas por esse movimento e hoje em debate, mostra-se uma contribuição maior nesse estágio inicial que propriamente a análise detalhada de um caso específico.

No presente trabalho será objeto de estudo o exercício da competência administrativa pelas seguintes Agências Reguladoras brasileiras: Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional do Petróleo (ANP), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e Comissão de Valores Mobiliários (CVM)¹⁷.

licenciamento ambiental de empreendimentos imobiliários populares e de atividades de aquicultura. (...) Logo em seguida, passa-se a palavra ao Ministro do Meio Ambiente, que exalta as conquistas obtidas nos dez meses anteriores (...). A sensação é que a reunião será movimentada. Após esses pronunciamentos iniciais, um consultor jurídico do Ministério do Meio Ambiente pede para fazer alguns esclarecimentos. (...) A reunião se estende. Debate-se sobre as consequências ambientais da exploração do petróleo na camada pré-sal, sobre termelétricas e sobre o licenciamento ambiental de rodovias. Preocupada com o horário do almoço, a secretária-executiva do Conselho, responsável pelo andamento dos trabalhos, pede para que os conselheiros sejam breves em suas considerações. (...) É feita a leitura da proposta de resolução. Emendas ao texto original são sugeridas. (...) O relógio marca 16 horas e 15 minutos e os conselheiros, reunidos desde manhã, ainda debatem o artigo 1º da resolução. Surge a questão de saber qual será o órgão responsável por definir o conceito de potencial de impacto ambiental, pois se concluiu, durante os debates, que essa não é a função do CONAMA, incumbido somente de fixar normas mais gerais. (...) Diante do impasse, o assunto é colocado em votação pela secretária-executiva do Conselho, o que parece não empolgar muito os presentes à reunião: 'eu vou submeter à apreciação do plenário. Pode ser assim? Quem concorda que seja o conselho estadual de meio ambiente? Aqueles que estejam a favor, manifestem-se agora. Levantem... Gente, eu sei que está todo mundo com baixa bateria, mas por gentileza'. (...) Analisam-se mais três artigos e o primeiro dia da 53ª reunião extraordinária do CONAMA chega ao fim. A aprovação dos demais artigos da resolução fica para o dia seguinte". Idem, ibidem.

¹⁷ Muito embora a CVM tenha uma trajetória particularizada frente aos demais entes listados, trata-se de efetiva Agência Reguladora, dotada de autonomia e independência frente ao Ministério da Fazenda. O seu regime especial é conferido pela Lei 6.385/76, especialmente após a edição da Lei 10.411/2002, que alterou diversos de seus dispositivos para equiparar a CVM às Agências Reguladoras, no contexto da Reforma do Estado. Nessa linha, o art. 5º da Lei 6.385/76 passou a ter a seguinte redação: “[é] instituída a Comissão de Valores Mobiliários, entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária”. Por essas razões, a CVM será analisada em conjunto com as demais Agências Reguladoras federais.

Apesar de o processo normativo não ser um instrumento limitado à regulação¹⁸ normativa das Agências¹⁹, a preferência por limitar o estudo a esses entes reguladores deve-se fundamentalmente ao valor do processo administrativo em sua criação e funcionamento. Como será analisado no Capítulo II deste trabalho²⁰, a processualização da regulação foi uma diretriz de atuação regulatória²¹ expressamente prevista nas leis de criação das Agências Reguladoras, de onde se extrai a natureza processual da regulação²². Está presente nas Agências Reguladoras federais a ideia de que o processo administrativo

¹⁸ Um ponto sensível da tese de doutorado corresponde à convenção dos termos estruturantes da pesquisa proposta, muitos deles polissêmicos por essência. É o caso da noção de *regulação*, um conceito impreciso no Direito Público brasileiro justamente por conta de suas múltiplas funcionalidades e configurações formais. Cf. FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, **Considerações sobre a “Regulação” no Direito Positivo Brasileiro in Revista de Direito Público da Economia**, 2005, p. 17 e ss. Reconhecendo a falibilidade da proposta de apresentar o conceito “*mais adequado*” à conjuntura na qual a regulação é exercida, o esforço convencional mostra-se imprescindível ao estabelecimento dos termos de análise, de indiscutível utilidade ao reconhecimento das premissas de pesquisa, do regime jurídico aplicável e, principalmente, do alcance das reflexões obtidas a partir do estudo das fontes jurídicas objeto de pesquisa. Segundo MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, “[e]nquanto que o sentido do conceito de ‘regulação’ permanece incerto em direito, ele fornece o substrato sobre o qual se constroem novos corpus unificados de regras. Não se pretende afirmar que tal termo se remete de uma maneira definitiva e completa a esta ou aquela realidade institucional (exercício que seria cansativo e sem resultado), uma vez que, tratando-se de expressão polissêmica por excelência, diversas definições de regulação são admissíveis. Para estes fins, basta que se chegue a um consenso sobre as palavras, dentro de uma visão pragmática da linguagem, ou seja, basta atribuir às palavras um sentido não só para o ter como ponto de referência mas também para se remeter a um conjunto de regras coerentes (o regime jurídico), o que torna a definição eficaz, sem que com isso se pretenda expressar as coisas em si mesmas, em disputas ontológicas tão sem fim quanto se poderia tentar definições incontestáveis”. **Definição do Direito da Regulação Econômica**, 2005, p. 33. O sentido de regulação empregado no trabalho perfilha o apresentado por VITAL MOREIRA, segundo o qual “[o] conceito de regulação deve abranger todas as medidas de condicionamento da actividade econômica, revistam ou não da forma normativa”. **Auto-Regulação Profissional e Administração Pública**, 1997, p. 36. Trata-se de um conceito abrangente, que supera o paradigma da regulamentação no reconhecimento da regulação e, assim, permite inserir nesse panorama até mesmo as figuras consensuais. Assim, o conceito de regulação adotado abrange a edição de normas, a fiscalização, a aplicação de sanções, o arbitramento de interesses, a resolução de conflitos, a celebração de acordos administrativos (substitutivos e integrativos) e outros instrumentos flexíveis de intervenção indireta. Também mais amplo que a regulação econômica, voltada à correção de falhas de mercado, o conceito de regulação adotado na tese tem por finalidade ordenar determinada atividade econômica, qualquer que seja o agente envolvido, para satisfação de finalidades públicas que, por si só, não seriam atendidas. Sobre a sistematização dessas características, cf. BERNARDO STROBEL GUIMARÃES, **Da Regulação como Função de Direito Administrativo**, 2007, p. 76 e ss.

¹⁹ Sobre a análise do processo administrativo normativo no Direito Tributário, cf. ANTONIO CARLOS DE ALMEIDA AMENDOLA, **Participação do Contribuinte na Regulamentação Tributária**, 2011, *passim*. Estudo sobre o exercício do poder normativo no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é apresentado por ANDRÉ JANJÁCOMO ROSILHO, **O Poder Normativo do CNJ e o Sistema de Justiça Brasileiro**, 2010, *passim*. Quanto ao controle do Supremo sobre o exercício do poder normativo pelo CNJ, cf. MARCELA GASPARD PEDRAZZOLI, **Qual Papel o Supremo Tribunal Federal tem Desempenhado no Controle da Dinâmica Normativa do Conselho Nacional de Justiça?**, 2011, *passim*.

²⁰ Cf. item II.3.2.3. deste trabalho.

²¹ É o que pode ser depreendido do relato de LUIZ CARLOS BRESSER-PEREIRA sobre a implantação da Reforma do Estado no Brasil. Cf. **Os Primeiros Passos da Reforma Gerencial do Estado de 1995**, 2008, p. 152 e p. 177.

²² Como um dos vetores de transformação da regulação estatal, como assevera FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, a *processualização* da atividade regulatória das Agências significa o desenvolvimento de mecanismos aptos a efetivar o devido processo legal na regulação. Cf. **Balanco e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil**, 2005, p. 7. Trata-se de um escopo que remonta ao contexto da Reforma do Estado, com a criação das Agências Reguladoras, e ainda hoje perseguido.

consiste em um elemento de fundamental importância para o sucesso da regulação, o que faz do processo uma pauta constante de reflexão institucional. Recentemente, por exemplo, as Agências Reguladoras revisitaram seus Regimentos Internos e normas procedimentais internas²³.

O estudo do processo administrativo normativo pode sugerir uma análise formal centrada no procedimento para edição de atos e apática ao panorama sistêmico no qual é tramitado. Há tempos a teoria geral do processo indica a superação dessa visão autônoma do processo, pois a adequada compreensão de sua funcionalidade passa necessariamente pelo reconhecimento do cenário que o contextualiza. Com esse recorte metodológico, também é possível mapear eventuais políticas governamentais de promoção de instrumentos processuais relativos à atividade administrativa normativa. Assim, serão priorizadas as fontes jurídicas primárias, notadamente normas jurídicas e atos processuais, bem como fontes de gestão pública que permitam melhor compreender o processo regulatório normativo, como relatórios de atividades, planos de gestão e análises governamentais diversas. Fontes secundárias, a exemplo das doutrinas, serão utilizadas de modo instrumental para auxiliar na leitura dos resultados da pesquisa.

Sem prejuízo de outras informações que se mostrarem oportunas para o desenvolvimento da análise empírica proposta, os documentos levantados serão estudados com vistas a extrair as seguintes informações:

- Utilização da *internet* para desenvolvimento do processo administrativo normativo, especialmente para promover a participação administrativa;
- Instrumentos e meios de realização da participação administrativa;
- Modos de formalização do exercício da competência normativa;
- Realização de análises regulatórias, especialmente a avaliação de impacto regulatório;
- Orientação do processo administrativo normativo por prévio planejamento normativo;
- Volume de produção normativa do ente;

²³ Na ANATEL, por exemplo, no ano de 2013 foi editado o novo Regimento Interno da ANATEL (Resolução 612/2013) e o Regulamento de Celebração de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (Resolução 629/2013).

- Análise de eventual política da Agência Reguladora relativa à produção de normas.

Ocorre que a análise da experiência brasileira não se mostraria completa sem levar em consideração a influência do sistema norte-americano no desenvolvimento do processo administrativo normativo das entidades selecionadas para estudo. Esta influência é percebida não apenas nos estudos doutrinários do tema no Direito Administrativo brasileiro, mas principalmente pela conformação do processo regulatório normativo a partir do paradigma do *rulemaking*. Fato é que o *Direito Administrativo Comparado*²⁴ consiste no método de estudo do processo administrativo normativo preferido no Brasil, no qual a experiência norte-americana sobrevalece. Convém, desse modo, apresentar subsídios visando a futuras análises comparadas, assumindo que estudos comparatistas são positivos para aprimoramento do sistema jurídico interno, sem importar em “*transplante*” de soluções internacionais.

Assim, a experiência norte-americana não será apresentada pelo estudo do *rulemaking* em uma específica Agência, nem tampouco se limitará à análise ao *Administrative Procedure Act* (APA), que desde sua edição em 1946 prevê o instituto do *rulemaking*. Pretende-se analisar o processo normativo no sistema jurídico norte-americano por meio de três frentes: (i) narrativa da trajetória do *rulemaking* e a diversidade de políticas endereçadas ao instituto de acordo com a gestão governamental; (ii) exposição das principais pautas de debate sobre o *rulemaking* hoje em curso no Direito Administrativo norte-americano; e (iii) apresentação dos procedimentos de *rulemaking* hoje em uso. Desse modo, a análise depreendida não será puramente positiva, mas sensível às contingências políticas e pragmáticas que informam o processo de elaboração de normas naquele regime. Além da doutrina, *leading cases* jurisprudenciais, normas e documentos governamentais serão objeto de análise.

No Capítulo IV – “*A Dinâmica do Processo Administrativo Normativo*” – será analisado com maior aprofundamento o regime que informa a dinâmica do processo administrativo normativo no Brasil. Devido à multiplicidade de conformações jurídicas que o processo normativo pode assumir na Administração, delimitou-se a análise à esfera

²⁴ Cf. SUSAN ROSE-ACKERMAN e PETER LINDSETH, **Comparative Administrative Law: an introduction**, 2010, p. 1-2.

federal, razão pela qual a Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99) será a base para desenvolvimento do Capítulo. Saliente-se que a análise será geral, sem especificar um particular tipo de processo administrativo normativo. O estudo proposto sobre o instituto do processo administrativo normativo pode ser desenvolvido por variados ângulos de aproximação. Para este trabalho, adotou-se a ordem de valores determinada pela governança pública, dentre os quais as decisões administrativas provisionais e endereçadas ao caso concreto, bem como a interdependência público-privada. Trata-se, na verdade, de uma linha de interpretação normativa dos preceitos normativos que terminam por estabelecer o desenho do processo administrativo normativo na esfera federal.

O principal objetivo do presente trabalho é trazer à tona o tema do processo administrativo normativo no Brasil, ensejando debates sobre a utilização desse instrumento na prática regulamentar da Administração Pública. Com a consolidação da democracia e diante de um cenário de demanda da sociedade civil de participar dos processos decisórios da Administração Pública, não se mostra mais legítimo que atos normativos sejam editados à margem do processo. Some-se a isso o fato de a codificação do processo administrativo no Brasil conferir preceitos normativos que estabelecem o dever de a Administração Pública realizar processo para exercício de suas competências. Apenas com o tratamento teórico e operacional do instituto do processo administrativo normativo será possível afirmar a plena processualização da atividade administrativa no Brasil.

Capítulo I – ATIVIDADE NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A CONSTRUÇÃO DE UM DEBATE

“Todos nosotros estamos inmersos en una tradición de la que no siempre somos conscientes”²⁵.

“L’esprit de la loi est d’être favorable à la liberté, tandis que l’esprit du règlement est d’être à l’autorité”²⁶.

1. Atividade normativa da Administração Pública: a construção de um debate – I.1. Tensões entre Legislativo e Executivo e os primeiros debates sobre a atividade normativa da Administração Pública – I.2. O desenvolvimento constitucional das ideias sobre a atividade normativa da Administração Pública no Direito Administrativo brasileiro – I.3. A prática regulamentar intensificada e o desenvolvimento dos debates teóricos sobre a atividade normativa da Administração Pública – I.3.1. A dinâmica administrativa normativa sob a égide da Constituição de 1937 – I.3.2. Desenvolvimento dos debates sobre a atividade normativa da Administração Pública sob a égide da Constituição de 1946 – I.3.3. O regime de exceção e a consolidação dos dogmas doutrinários sobre a atividade normativa da Administração Pública – I.4. Reforma regulatória e o processo de afirmação da atividade normativa da Administração Pública como pauta teórica no Direito Administrativo brasileiro – I.4.1. A Emenda Constitucional n.º 32/2001: impulso à ampliação da atividade normativa da Administração Pública – I.4.2. Atribuição de competências normativas a autoridades regulatórias independentes; I.5. Atividade normativa da Administração Pública: o debate brasileiro

As tradições guarnecem a cultura jurídica. Em grande medida, o Direito Administrativo é informado por tradições, muitas das quais não somos plenamente conscientes, como afirma EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN na frase que abre o Capítulo. Neste Capítulo sustenta-se a tese de que há uma tradição em torno da atividade normativa da Administração Pública que tem direcionado o modo de analisá-la e, principalmente, de lidar com o exercício do poder normativo pela Administração Pública. Trata-se de uma etapa preliminar, mas imprescindível à melhor compreensão das implicações concretas que uma nova leitura da atividade normativa da Administração Pública pode ensejar. A

²⁵ EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, **Procedures in the European Composite Administration**, 2008, p. 35. Em tradução livre: “[t]odos nós estamos imersos em uma tradição da qual nem sempre somos conscientes”.

²⁶ MAURICE HAURIU, **Précis de Droit Administratif**, 1927, p. 461. Em tradução livre: “[o] espírito da lei é favorável à liberdade enquanto o espírito do regulamento é à autoridade”.

proposta do presente Capítulo consiste em apresentar os contornos dessa tradição e os fatores que influenciaram a sua construção.

I.1. Tensões entre Legislativo e Executivo e os primeiros debates sobre a atividade normativa da Administração Pública

Os primeiros debates sobre a capacidade normativa da Administração Pública no Brasil remontam ao período imperial²⁷, sob a vigência da Constituição de 1824, que trazia preceitos atinentes à edição de normas pelo Poder Público e dispunha sobre o Poder Moderador, quarto Poder ao lado do Executivo, Legislativo e Judiciário²⁸.

Algumas das principais diretrizes estruturantes da teoria do Direito Administrativo, relevantes à compreensão da atividade normativa da Administração Pública, já se apresentavam à época. É o exemplo do *princípio da legalidade*, previsto no art. 179, inc. I, da Constituição de 1824, nos seguintes termos: “[n]enhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de uma Lei”. Contudo, a concentração de poderes públicos nas mãos do monarca, que dispunha de uma instituição emparelhada à sua disposição, o Poder Moderador, determinaria uma dinâmica de exercício do poder normativo bastante particular neste período.

Expressamente previsto no art. 9º da Constituição de 1824²⁹, o princípio da separação de Poderes fazia expressa menção à figura do Poder Moderador como um dos Poderes reconhecidos pela Constituição do Império³⁰ e serviu como fundamento

²⁷ Para análise do tema no período colonial, cf. ITIBERÊ DE OLIVEIRA RODRIGUES, 2005, **Fundamentos Dogmático-Jurídicos da História do Princípio da Legalidade Administrativa no Brasil**, p. 58-60. O autor reporta a vigência do “*Direito Legislativo*” no Brasil-Colônia, em que o monarca detinha legitimidade para editar leis autonomamente sem a elas se sujeitar, bem como conferir “*concessão de privilégio contra a Lei*” e, assim, afastar a incidência das leis que editava. *Idem*, p. 58-59.

²⁸ Cf. art. 10 da Constituição de 1824.

²⁹ É a redação do art. 9º da Constituição de 1824: “*A Divisão e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece*”.

³⁰ Cf. art. 10, Constituição do Império de 1824. Segundo ALMIR DE MELLO DANTAS, “[é] de ressaltar, porém, no caso brasileiro, que a nossa Constituição Imperial, de 1824, consagrou a teoria da separação dos poderes dentro da concepção esposada pelo francês Benjamin Constant, admitindo, pois, além dos três poderes clássicos, o chamado Poder Moderador ou Poder Neutro, considerado ‘a chave de toda organização política do Império’”. **Poder Executivo no Brasil**, 1968, p. 18.

imprescindível à instituição da Justiça Administrativa³¹. Sobre o princípio da separação de Poderes no Império, BILAC PINTO indica a adoção no Brasil da concepção francesa³², refratária ao sistema de intervenção recíproca dos Poderes uns nos outros. Trata-se, portanto, de uma teoria propícia à primazia do Imperador³³.

Apesar de a separação dos Poderes também contemplar a interação entre Executivo e Moderador, este princípio foi endereçado acima de tudo às relações envolvendo o Judiciário. Ocorre que a principal utilidade prática do princípio da separação de Poderes no Império não foi conter a atuação do Imperador, mas sim delimitar a Justiça Administrativa. Em consonância com a centralidade da figura do Imperador marcada pela projeção do Poder Moderador, foi acatada na prática a teoria da insindicabilidade do mérito administrativo, segundo a qual seria defesa a revisão judicial das decisões de oportunidade e conveniência tomadas pela Administração (mérito)³⁴.

Como nos demais regimes monárquicos, a figura do Imperador era central e se sobrepunha aos demais Poderes políticos³⁵. O Conselho de Estado, previsto no art. 137 da

³¹ Cf. PRUDÊNCIO GIRALDES TAVARES DA VEIGA CABRAL, **Direito Administrativo Brasileiro**, 1859, p. 52.

³² Sobre a influência francesa na construção do Direito Administrativo no período do Império, cf. CAIO TÁCITO, **Presença Norte-Americana no Direito Administrativo Brasileiro**, 1997, p. 13-15.

³³ BILAC PINTO relata que na ocasião houve movimentação dos administrativistas no sentido de outorgar ao Judiciário competências para apreciar questões contenciosas da Administração, se “*violadoras do grande princípio da separação dos poderes*”. **Parecer. Separação de poderes – Delegação legislativa – Exercício de funções jurisdicionais por órgãos da Administração – Unidade de jurisdição – Poder regulamentar – Validade das decisões proferidas pela Comissão executiva do Instituto do Açúcar e do Alcool – Estatuto da Lavoura Canavieira – Funcionários de Fato – Coisa julgada**, 1946, p. 251.

³⁴ Resistência à deferência judicial das decisões administrativas é apresentada por ANTONIO JOAQUIM RIBAS, o CONSELHEIRO RIBAS: “*Entendem alguns que esta atribuição não póde caber em vista da nossa lei fundamental senão ao poder judicial, e que só este offerece as necessarias seguranças de imparcialidade e de acerto. Mas nenhum artigo encontramos na Constituição donde se possa deduzir semelhante doutrina. (...) Nem essa doutrina é conciliável com o principio da independencia dos poderes, consagrado pelo art. 98 da Constituição; porquanto, o executivo seria collocado em posição de dependencia e subalternidade em relação ao judicial, desde que os seus actos estivessem sujeitos á revisão e a confirmação deste poder, sempre que approuvesse ás partes interpor recurso delles á pretexto de lesão em seus direitos*”. **Direito Administrativo Brasileiro**, 1866, p. 162-163.

³⁵ A projeção do Imperador sobre os Poderes políticos não pode ser confundida com a centralização de que escreviam os administrativistas da época, por forte influência do tipo de organização administrativa bonapartista francesa, pois que restrita ao âmbito da Administração Pública. Segundo VISCONDE DE URUGUAI, “[n]ão se póde dar organização politica solida e duradoura sem centralisação”. **Direito Administrativo Brasileiro**, 1862, p. 16. Sobre o tema da centralização administrativa, cf. PRUDÊNCIO GIRALDES TAVARES DA VEIGA CABRAL, **Direito Administrativo Brasileiro**, 1859, p. 19-33. O elemento da centralização administrativa seria tão marcante da Administração Pública que o autor assim se posiciona: “[a]inda que pela Constituição o elemento democratico tenha grande importancia no Brasil, e as nossas instituições participem delle, comtudo não excluem, nem podião excluir o principio essencial, e o mais vital da Administração, qual é a Centralização”. *Idem*, p. 18-19.

Constituição de 1824, era praticamente inócuo na contenção da atuação imperial³⁶. Ainda que tivesse de se manifestar sobre todas as medidas gerais da Administração Pública (art. 142, Constituição de 1824), suas apreciações não eram vinculantes e, após sua extinção pelo Ato Adicional de 1834 e recriação pela Lei n.º 234/1841³⁷, passou a ser discricionária a ouvida do Imperador. O Conselho de Estado acumulava as funções do contencioso administrativo, consultiva e de colaboração legislativa em assuntos de interesse da Administração Pública³⁸.

Primeiramente, o Imperador era chefe do Poder Executivo, cujas funções administrativas eram exercidas por intermédio de seus Ministros de Estado, segundo o art. 102 da Constituição de 1824. Na qualidade de chefe do Poder Executivo, o Imperador se encontrava no topo da hierarquia da Administração Pública centralizada. Dentre outras competências, eram suas atribuições “*expedir os Decretos, Instruções, e Regulamentos adequados á boa execução das Leis*” (art. 102, inc. XII, Constituição de 1824)³⁹. Ademais, detinha competência para decretar a aplicação do orçamento público aprovado pelo Legislativo aos órgãos da Administração Pública, o que se aproxima da atual figura do contingenciamento estatal (art. 102, inc. XIII, Constituição de 1824).

São os preceitos constitucionais relativos ao Poder Moderador, porém, que melhor elucidam a concentração dos poderes estatais na figura do monarca. Era o Poder Moderador, a base da organização política do Brasil-Império e também instituição de controle dos demais Poderes para garantia da independência, equilíbrio e harmonia entre

³⁶ A fraca expressão do Conselho de Estado frente aos demais poderes levou à negação da existência de uma “*legítima justiça administrativa*” no Brasil. Cf. LAFAYETE PONDÉ, **A Doutrina e a Jurisprudência na Elaboração do Direito Administrativo**, 1994, p. 86.

³⁷ MÁRIO MASAGÃO indica que a falta do Conselho de Estado na estrutura da Administração Pública foi o fator determinante para o seu regresso em 3 de novembro de 1841. **Curso de Direito Administrativo**, 196-, p. 84. Vale notar que a obra não dispõe de data específica. Cf. http://dedalus.usp.br/F/46JAYFBUIDR3LYY3GH2DGI1XJBIC8SUY5GQJMNMA2SU8CJ15EMM-69706?func=full-set-set&set_number=025676&set_entry=000004&format=999. Acesso em 8 de janeiro de 2014.

³⁸ Cf. THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, **Tratado de Direito Administrativo**, 1955, p. 32.

³⁹ Os atos de caráter normativo editados pelo Imperador podiam adquirir as seguintes formas: Decretos Imperiais, Instruções, Resoluções, Cartas Imperiais, Proclamações e Manifestos. Cf. RUBINO DE OLIVEIRA, **Direito Administrativo Brasileiro**, 1884, p. 87-88. Apartam-se destas figuras os Decretos Gerais ou Regulamentares, que, subordinados à sanção para adquirirem força imperativa, disciplinavam de modo mais minudente as leis oriundas do Parlamento. Cf. CONSELHEIRO RIBAS, **Direito Administrativo Brasileiro**, 1866, p. 218-240.

eles, segundo o art. 98 da Constituição de 1824⁴⁰. Algumas das funções exercidas pelo Imperador mediante o Poder Moderador, tradicionalmente concebidas como competências de gestão pública, foram, segundo ITIBERÊ DE OLIVEIRA RODRIGUES, “*deslocadas para o âmbito do (política e juridicamente irresponsável) ‘Poder Neutro’ [Poder Moderador]*”⁴¹. Assim, dentre outras competências privativas do Imperador, cabia-lhe nomear os Senadores (art. 101, inc. I); sancionar o processo legislativo (art. 102, inc. III); aprovar e suspender as Resoluções dos Conselhos Provinciais (art. 101, inc. IV); e nomear e exonerar livremente os Ministros de Estado (art. 101, inc. VI).

Por fim, cabe salientar que os atos do Imperador não se submetiam a qualquer controle pelos demais Poderes, posto que amparados pelo princípio da irresponsabilidade do Estado (leia-se, Imperador). Trata-se de uma projeção da soberania, que se imporia a todos sem compensação. Nos termos do art. 99 da Constituição de 1824, “*a pessoa do imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma*”. Na verdade, era o Imperador quem detinha competência para rever os atos judiciais por meio do Conselho de Estado, pois, de acordo com o art. 101, inc. VIII, da Constituição de 1824, podia privativamente perdoar ou moderar as penas impostas aos réus sentenciados pelo Poder Judiciário. Ademais, os magistrados poderiam ser suspensos pelo Imperador (art. 101, inc. VII, e art. 154, Constituição de 1824).

Apesar da proeminência do Imperador sobre as demais instituições políticas, a reação no âmbito do Direito Administrativo ficou restrita a um nicho de autores favoráveis à monarquia esclarecida ou mesmo republicanos. A reação doutrinária a este panorama se manifestou pela defesa da consagração do império da lei⁴². Era, assim, um modo de

⁴⁰ É o texto do art. 98 da Constituição de 1824: “*O Poder Moderador é a chave de toda organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos*”.

⁴¹ **Fundamentos Dogmático-Jurídicos da História do Princípio da Legalidade Administrativa no Brasil**, 2005, p. 62. O autor referencia o Poder Moderador como Poder Neutro com lastro na teoria política de BENJAMIN CONSTANT (*teorie du pouvoir neutre*), que influenciara na conformação das bases políticas do Império brasileiro. Este Poder seria considerado “*neutro*” na medida em que teria por exclusivo fim equilibrar e harmonizar os demais Poderes, sem qualquer intervenção direta na sociedade. *Idem*, p. 61. Contudo, “[...]idos os demais dispositivos constitucionais acerca do Poder Moderador, nota-se que ele não era um Poder neutro. Ele foi em verdade o meio através do qual o Imperador não apenas controlava os três outros Poderes como também governava diretamente perante o povo ou nação”. *Idem, ibidem*.

⁴² “*O Poder administrativo está essencialmente subordinado ao legislativo. Os seus actos não tem valor senão emquanto são consequencias, ou estão conformes com as leis que emanão deste ultimo*”. PRUDÊNCIO GIRALDES TAVARES DA VEIGA CABRAL, **Direito Administrativo Brasileiro**, 1859, p. 27.

contenção do amplíssimo poder do Imperador em defesa do Estado de Direito, consagrado na Constituição de 1824 no já mencionado art. 179, inc. I, que previa o princípio da legalidade e a primazia da lei. Também no art. 102, inc. XII, depreende-se o princípio da primazia da lei, pois a edição de atos de caráter normativo pelo Executivo deveria necessariamente se adequar à boa execução das leis. Não por outro motivo o estudo da relação entre Administração Pública, Legislativo, Moderador e Judiciário era uma pauta polêmica de debates que ocupou os administrativistas brasileiros durante esse período, conhecido na teoria do Direito Administrativo como de construção da ciência do Direito Administrativo⁴³.

Logo uma orientação se firmou no sentido de *imprescindibilidade da lei formal* ou *reserva legal total*⁴⁴. Como norma secundária que seria⁴⁵, o regulamento⁴⁶ não poderia ser editado sem prévia lei formal que o conferisse validade, especialmente porque haveria uma estreita relação funcional entre lei e regulamento⁴⁷: enquanto as leis estabeleceriam princípios e normas gerais, os regulamentos cumpririam o papel de suplantarem as lacunas legais e disciplinar especificamente a matéria tratada em lei⁴⁸. Com conteúdo normativo aberto, as leis formais estabeleceriam standards de orientação da produção normativa infralegal.

⁴³ Cf. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, **500 Anos de Direito Administrativo**, 2012, p. 131; VISCONDE DE URUGUAI, **Direito Administrativo Brasileiro**, 1862, p. 45-50; RUBINO DE OLIVEIRA, **Direito Administrativo Brasileiro**, 1884, p. 3-9.

⁴⁴ ITIBERÊ DE OLIVEIRA RODRIGUES, **Fundamentos Dogmático-Jurídicos da História do Princípio da Legalidade Administrativa no Brasil**, 2005, p. 65.

⁴⁵ “O Poder administrativo he portanto secundario e subordinado ao Poder politico. Organiza o pensamento deste e o põe por obra”. PRUDÊNCIO GIRALDES TAVARES DA VEIGA CABRAL, **Direito Administrativo Brasileiro**, 1859, p. 18.

⁴⁶ Na acepção de regulamento prevalente à época: “[os regulamentos] são os actos pelos quaes se manifesta a Autoridade do Chefe do Estado em virtude d’uma delegação especial do Poder Legislativo. Elles tem força obrigatória, como a Lei, e são promulgados e inseridos na Collecção das Leis do Imperio. Mas differem pela sua origem; e se elles se estendem ao futuro pela sua providencia, se abrangem certas generalidades nos seu objeto, com tudo não tem o caracter de permanencia que é próprio da Lei”. VICENTE PEREIRA DO REGO, **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro**, 1860, p. 9-10.

⁴⁷ Para os fins da presente tese, o conceito de regulamento adotado corresponde ao ato administrativo normativo geral e abstrato, com caráter materialmente legislativo. Cf. FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, **Considerações sobre a “Regulação” no Direito Positivo Brasileiro**, 2005, p. 75. Na qualidade de manifestação estatal, o regulamento decorre do exercício do poder normativo atribuído ao Poder Público pela lei oriunda do Parlamento (lei formal). Cf. item IV.1.3.1. deste trabalho.

⁴⁸ “A lei contém sómente o principio, e a origem da acção; a Administração é que lhe imprime movimento (...) O cuidado de executar a lei não se limita ao emprego de forças vitais para converter o direito em facto; não consiste em seguir a letra da lei, e conformar-se materialmente a ella; a Administração está autorizada pelo §12 do artigo 102 da Constituição, para expedir os Regulamentos, e Instrucções necessarias á boa execução das leis”. PRUDÊNCIO GIRALDES TAVARES DA VEIGA CABRAL, **Direito Administrativo Brasileiro**, 1859, p. 28-29.

Esta função “quase-legislativa” da Administração Pública é reconhecida, por exemplo, por RUBINO DE OLIVEIRA, para quem “[a] administração deve preceder, com seus estudos e ensaios sobre matéria nova, na ordem administrativa, a acção do poder legislativo; em consequência, em razão da natureza da sua missão, ella é algumas vezes revestida de attribuições quase legislativas”⁴⁹ ⁵⁰. Desse modo, inclusive, o administrativista considera legítima a edição de regulamentos com fundamento direto na Constituição quando da ausência de lei formal. VEIGA CABRAL registra as seguintes utilidades da atividade normativa da Administração Pública:

“(…) por falta de Decretos, Instrucções, e Regulamentos adequados á boa execução das leis, ellas [leis] acharão entraves na sua execução; além disso, a Administração está mais habilitada para expedir estes actos secundarios, porque esclarecida pela experiencia, e entregue aos cuidados praticos dos negocios publicos, conhece as dificuldades e as exigencias; não lhe é estranho nenhum detalhe, pelo contrario ella sabe prever todas as hypotheses, acautelar a astucia, e conciliar todas as pretenções legitimas”⁵¹.

A forte interação entre Administração Pública e Legislativo, quase que uma “*aliança íntima*” nas palavras de VEIGA CABRAL, levou a outra ordem de problemas bem sintetizada na seguinte questão pelo CONSELHEIRO RIBAS: “[o]nde, porém, cessa o domínio da lei, e começa a tarefa regulamentar da administração?”⁵².

Dentre as principais tentativas de manifestações de harmonização entre os Poderes⁵³, saliente-se o exemplo da proposta de solução apresentada pelo CONSELHEIRO RIBAS:

⁴⁹ **Direito Administrativo Brasileiro**, 1884, p. 42.

⁵⁰ Reconhecendo também a função quase-legislativa dos regulamentos administrativos, cf. CONSELHEIRO RIBAS, **Direito Administrativo Brasileiro**, 1866, p. 67.

⁵¹ **Direito Administrativo Brasileiro**, 1859, p. 29.

⁵² **Direito Administrativo Brasileiro**, 1866, p. 67.

⁵³ “A Lei estatue em termos geraes; ella não póde prevêr nem regular tudo. Para que a sua execução não seja variavel nem arbitraria, e os seus principios sejam desenvolvidos, é mister que entre a Lei que ordena, e o agente que lhe presta o seu braço, se interponha uma autoridade que falle por ella, quando não tenha dito tudo; que decrete os meios secundarios que ella não prescreveu; e que determine a sua vontade, quando a não tenha exprimido claramente. Tal é o officio da Administração que o exerce por meio dos

“[n]a falta porém de limite certo, e de accordo sobre as attribuições respectivas, o principio geral, que deve seguir, deduzindo da natureza, e indole do regimen constitucional, é que o legislador não se recusando tratar de nenhum objecto, não deve comtudo descer aos detalhes da execução; porque estando as questões submetidas a principios geraes, delles emanarão as regras da applicação”^{54 55}.

No entanto, quando o conteúdo normativo versasse sobre relações individuais e recíprocas dos cidadãos que diretamente afetassem “*direitos primordiais*”, a lei formal deveria ser a mais exaustiva possível, na visão do CONSELHEIRO RIBAS⁵⁶. PIMENTA BUENO, por sua vez, defende uma linha divisora entre lei e regulamento mais rígida, pois ao regulamento seria defeso: (i) criar direitos ou obrigações novas não estabelecidos em lei; (ii) ampliar, restringir ou modificar direitos e obrigações; (iii) ordenar ou proibir ações quando não estejam expressamente previstas em lei; (iv) facultar ou proibir diversamente do que a lei estabelecer; e (v) extinguir ou anular direitos e obrigações previstos em lei⁵⁷.

Ressalte-se que a ideia de subordinação estrita da Administração Pública à lei formal – a *legalidade estrita* – não era trabalhada na doutrina de Direito Administrativo da época nem mesmo o texto constitucional condicionava a atuação administrativa aos ditames da lei formal. VISCONDE DE URUGUAI, por exemplo, reconhecia a existência de “*leis de natureza mista*”, das quais participavam o Poder Executivo na definição do seu conteúdo jurídico por meio da edição de regulamentos de complementação das disposições legais:

Regulamentos d'Administração publica e dos Decretos. Diz-se que a Administração é o Substituto do Legislador”. VICENTE PEREIRA DO REGO, **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro**, 1860, p. 9.

⁵⁴ **Direito Administrativo Brasileiro**, 1866, p. 31.

⁵⁵ Por outro lado, o CONSELHEIRO RIBAS indica os motivos pelos quais o Poder Legislativo não poderia se ocupar do espaço do regulamento: “[n]em o poder legislativo, com a solemnidade e a lentidão de suas discussões periodicas, seria proprio para entrar neste estudo longo, minucioso, e sempre a renovar-se; para elle sómente é adptada a administração, cuja acção é perenne e ininterrompida, cujos agentes hierarchicamente distribuidos por todos os pontos do territorio e todos os ramos do publico serviço, podem e devem estudar essas circumstancias locaes e ephemerhas, e de prompto providenciar a respeito delas”. *Idem*, p. 68.

⁵⁶ *Idem*, p. 71.

⁵⁷ **José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente** (organização de Eduardo Kugelmas), 2002, p. 316-317.

“Por quanto ha leis de natureza mixta, cuja applicação, pelo que respeita a questões de propriedade, ou penalidade, he da competencia do Poder judicial, e as quaes comtudo fazem parte do Direito administrativo, pelo que respeitadas ás relações da administração com os administrados. (...) Tal he, por exemplo, a nossa lei n.º 601 de 18 de setembro de 1850, que manda dispôr administrativamente das terras devolutas do Imperio, e autorisa o Governo a comminar, no respectivo Regulamento, penas de prisão, despejo e multa, as quaes são impostas pelo Poder judicial”⁵⁸.

Depreende-se que o espaço do regulamento não era tão circunscrito, tampouco sua função se limitava a especificar o modo de execução da lei formal. Importante salientar, no entanto, o posicionamento de PIMENTA BUENO, que, mais reticente à atuação da Administração Pública e do engrandecimento das funções do Imperador, deposita confiança no Legislativo e, assim, minimiza o papel do regulamento⁵⁹. A atividade normativa da Administração Pública, embora secundária à lei, era imprescindível à delimitação do conteúdo normativo e não raro fazia as vezes da lei, a exemplo dos serviços públicos⁶⁰. Tamanha relevância do regulamento levou à edição da Lei de 4 de dezembro de 1830, cujo art. 3º obrigava a promulgação dos regulamentos da Administração Pública na medida em que são “*appendices da Lei*”. Porém, é necessário indicar casos de hierarquia normativa entre os regulamentos, o que se percebia com a determinação legal de edição de Decretos na forma dos Regulamentos da Administração Pública. Tal decorre de uma concepção acerca da especificidade normativa: enquanto os Regulamentos da Administração Pública versavam sobre matérias que interessam à coletividade, os Decretos eram meros atos ordinários da Autoridade Imperial, expedidos na maioria das vezes por

⁵⁸ **Ensaio sobre o Direito Administrativo**, 1862, p. 13.

⁵⁹ Esta é a definição de regulamento apresentada por PIMENTA BUENO: “[o]s regulamentos são pois atos do poder Executivo, disposições gerais revestidas de certas formas, mandadas observar por decreto imperial, que determinam os detalhes, os meios, as providências necessárias para que as leis tenham fácil execução em toda a extensão do Estado. São instruções metódicas circunscritas, e não arbitrarias, que não podem contrariar o texto, nem as deduções lógicas da lei, que devem proceder de acordo com os seus preceitos e consequências, que não têm por fim senão empregar os expedientes acidentais e variáveis, precisos para remover as dificuldades e facilitar a observância das normas legais. São medidas que regulam a própria ação do poder Executivo, de seus agentes, dos executores, no desempenho de sua missão; são atos, não de legislação, sim de pura execução, e dominados pela lei”. **José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente** (organização de Eduardo Kugelmas), 2002, p. 316.

⁶⁰ VICENTE PEREIRA DO REGO, **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro**, 1860, p. 11.

proposta ministerial. Pela especificidade, esses atos não obrigatoriamente se submetiam à deliberação do Conselho de Estado⁶¹.

Com relação aos modos de exteriorização da atividade regulamentar, VICENTE PEREIRA DO REGO classifica os atos do Governo (regulamentos), manifestados pelas mãos do Imperador, nas seguintes espécies: (i) regulamentos da Administração Pública, ouvido o Conselho de Estado; (ii) regulamentos da Administração Pública, em que se tenha realizada audiência do Conselho de Estado; e (iii) Decretos promulgados pelos Ministros com a rubrica do Imperador, todavia sem o parecer prévio do Conselho de Estado⁶². Por outra classificação, os atos de governo podem ser orgânicos, quando voltados à organização interna da Administração Pública, ou regulamentares, se destinados a disciplinar o modo de execução da lei formal. Apesar das diversas espécies normativas listadas, a prática regulamentar da época se concentrou na edição de regulamentos com prévia manifestação do Conselho do Estado. Em torno desta figura regulamentar se desenvolveram as ideias sobre o exercício do poder normativo pela Administração Pública.

O desenvolvimento das ideias em torno do poder regulamentar da Administração Pública sofreu forte influência da doutrina francesa, o que se nota com a recorrente remissão doutrinária a autores franceses⁶³. Embora a maior aproximação do sistema francês fique mais evidente nos estudos sobre o Conselho de Estado, tendo em vista a tradição da dualidade de jurisdição⁶⁴, pelo menos em dois pontos do debate sobre o poder regulamentar da Administração Pública fica clara a projeção da doutrina francesa. São eles: discussão sobre o espaço da lei e o espaço do regulamento, com o argumento de que os regulamentos são mecanismos secundários à lei, porém complementares, de modo que gozam de significativa margem de disposição para determinação do conteúdo normativo em conjunto com a lei.

A truncada relação entre os Poderes e a projeção do Imperador na dinâmica de produção normativa levou a significativas reflexões sobre o espaço do regulamento. Mas,

⁶¹ *Idem*, p. 11-12.

⁶² *Idem*, p. 9.

⁶³ O trabalho de LAFERRIÈRE, em particular, foi recorrentemente citada nas obras brasileiras de Direito Administrativo publicadas no período imperial. Indique-se também que a Constituição francesa do ano VIII exerceu significativa influência na construção da Constituição de 1824 e, assim, na dinâmica entre os Poderes.

⁶⁴ Cf. item II.1.1.1. deste trabalho.

afinal, até onde seria legítimo o exercício do poder normativo pelo Imperador? Era esta a questão que movimentou os debates doutrinários no incipiente Direito Administrativo brasileiro. Na ponta, o debate doutrinário se firmou no tema da atuação normativa da Administração Pública quanto ao grau de concentração de poderes normativos detidos pelo Imperador. Por esta razão, a reação doutrinária mais incisiva ao amplíssimo exercício de poderes normativos se concentrou na prática da *delegação legislativa*, que, muito embora não estivesse prevista na Constituição de 1824, foi prática recorrente no Império.

Como representativa da crítica à delegação legislativa, indica-se a seguinte passagem de PIMENTA BUENO apresentada no subitem intitulado “*Do Abuso da Subdelegação do Poder Legislativo no Poder Executivo*”:

“[d]o que temos anteriormente exposto, já se manifesta que entendemos ser não só ilegítima, mas também muito nociva a subdelegação, ou antes o manifesto de que tratamos nesta seção, e que desenvolveremos com alguma extensão, por isso mesmo que ele se vai radicando em nosso país, e falseando nosso sistema de governo. É uma aberração que cumpre aniquilar”⁶⁵.

Os primeiros debates sobre a atividade normativa da Administração Pública, ainda em construção, seriam marcados pela plena primazia do Imperador, apesar dos debates evidenciados entre o espaço da lei e do regulamento. Apesar da compreensão de que os regulamentos seriam atos secundários à lei, a prática normativa do Imperador era expressiva, especialmente com as sucessivas previsões de delegação legislativa.

I.2. O desenvolvimento constitucional das ideias sobre a atividade normativa da Administração Pública no Direito Administrativo brasileiro

⁶⁵ José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente (organização de Eduardo Kugelmas), p. 96-97. Em oposição à prática da delegação legislativa, cf. também CONSELHEIRO RIBAS, **Direito Administrativo Brasileiro**, 1866, p. 76.

Apesar de desde o período imperial haver debate sobre a atividade normativa da Administração Pública, os termos motores da análise do tema no Direito Administrativo apenas começaram a ser definidos, durante a vigência da Constituição da Primeira República do Brasil. Promulgada em 1891, a Constituição da Primeira República do Brasil buscou modificar radicalmente a dinâmica da atividade normativa da Administração Pública, enquanto seus preceitos normativos serviram de suporte para a construção das ideias a partir das quais o estudo da atividade normativa da Administração Pública se desenvolveria.

A mais evidente alteração da atividade normativa da Administração Pública decorre da extinção do Poder Moderador e do Conselho de Estado com a Proclamação da República⁶⁶. Como já analisado, no período imperial a atividade normativa era caracterizada pela concentração do poder de produção de normas nas mãos do Imperador em razão, fundamentalmente, do desenho da Constituição Imperial que então atribuía expressivo poder normativo para livre exercício, sem responsabilidade sobre os atos normativos editados, observadas as vagas prescrições legislativas. Com a prática cada vez mais recorrente da delegação legislativa, o protagonismo do chefe do Poder Executivo foi consolidado, acarretando em sensível limitação da expressão do Legislativo. Este panorama seria sensivelmente modificado com o novo regime de governo republicano disciplinado pela Constituição de 1891.

Para melhor compreensão sobre o debate do poder normativo da Administração Pública na República Velha, é necessário analisar o tratamento constitucional conferido aos conceitos basilares de *separação de Poderes e legalidade*.

Sob forte influência do sistema jurídico norte-americano⁶⁷, o art. 15 da Constituição de 1891 estabeleceu uma nova concepção da separação entre os Poderes Legislativo,

⁶⁶ MÁRIO MASAGÃO relata que a extinção do Conselho de Estado pelo Governo Provisório instituído em 1889 decorre do valor simbólico apresentado por esta instituição, a qual era assimilada como um órgão peculiar à monarquia. Em seu lugar foi criado o cargo de Consultor Geral da República. Cf. **Curso de Direito Administrativo**, 196-, p. 84.

⁶⁷ Sobre a influência da doutrina norte-americana na Constituição de 1891, cf. LAFAYETE PONDÉ, **O Direito Administrativo na República**, 1989, p. 27-29. Segundo o autor, a projeção das ideias norte-americanas não ficaram circunscritas ao desenho constitucional, mas alcançaram outros flancos, como a organização da Justiça Federal pelo Decreto n.º 848/1890, que previa: “[o]s estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas da República dos Estados Unidos da América, os casos de common law e equity serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal”. *Idem*, p. 27.

Executivo e Judiciário, harmônicos e independentes entre si⁶⁸. O princípio da separação de Poderes já era previsto na Constituição de 1824, mas adquiriu nova conformação com a Constituição de 1891, que não se limitou apenas à subtração do Poder Moderador da dinâmica entre os Poderes.

Como aponta BILAC PINTO, houve a incorporação da interpretação americana do princípio da separação de Poderes, em oposição à concepção francesa, que, então, prevalecia⁶⁹. No panorama nacional, a consagração do princípio da separação de Poderes, mais do que um arranjo institucional estatal, foi um importante marco na tentativa de delimitação das funções típicas, de modo que o Legislativo efetivamente se incumbiria da produção normativa nacional de modo típico, por meio da atividade legal. Ao Poder Executivo, seria atribuída a função normativa de modo atípico, invariavelmente submetida ao império da lei formal. Mas a separação de Poderes também serviu de grande marco da atividade regulamentar no Brasil, pois apenas com a separação de Poderes é possível desenvolver-se legitimamente a atividade regulamentar.

O *princípio da legalidade* fora novamente consagrado no art. 72, §1º, da Constituição de 1981, pelo qual “ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esta locução seria posteriormente consagrada em todas as Constituições posteriores no Estado brasileiro. E já naquele momento dúvidas se colocaram com relação à locução “lei”: seria uma referência à lei formal ou aos atos materialmente legais?

Uma das principais diferenças entre a Constituição de 1891 e a Constituição do Império de 1824 consiste na valorização do Poder Legislativo, que pode primeiramente ser depreendida na estipulação do rol de competências privativas do Congresso Nacional por

⁶⁸ LAFAYETE PONDÉ apresenta interessante passagem de exposição de motivos do Decreto n.º 848, de 1890, do Ministro da Justiça CAMPOS SALES, que dispunha sobre a organização da Justiça Federal: “(...) É com a vontade absoluta das Assembleias Legislativas que se estingue, nas sociedades modernas, como se hão extinguindo as doutrinas do arbítrio soberano do Poder Executivo. Aí está posta a profunda diversidade de índole que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no regime decaído e aquele que agora se inaugura”. *Idem*, p. 27. Porém, “o nosso Direito Administrativo permaneceu inteiramente no figurino francês”. LAFAYETE PONDÉ, **A Doutrina e a Jurisprudência na Elaboração do Direito Administrativo**, 1994, p. 86.

⁶⁹ **Parecer. Separação de poderes – Delegação legislativa – Exercício de funções jurisdicionais por órgãos da Administração – Unidade de jurisdição – Poder regulamentar – Validade das decisões proferidas pela Comissão executiva do Instituto do Açúcar e do Alcool – Estatuto da Lavoura Canavieira – Funcionários de Fato – Coisa julgada**, 1946, p. 251.

esta, compreendidas na noção de *reserva legal* (art. 34, Constituição de 1891). Outro exemplo de reserva legal corresponde à disciplina do direito de a União e os Estados legislarem sobre viação férrea e navegação interior (art. 13, Constituição de 1891). Por este preceito constitucional, nota-se racionalização do exercício do poder regulamentar pela União e pelos Estados sobre viação férrea e navegação interior, cuja legitimidade e pauta de atuação são determinadas pelo Congresso Nacional.

Pela previsão de matérias regradadas unicamente por leis oriundas do Parlamento com o conceito de reserva de lei, o constituinte republicano estabeleceu interdições aos regulamentos e, conseqüentemente, verdadeira limitação à atividade normativa da Administração Pública. Interessante ressaltar que, nessa linha, assuntos antes passíveis de disciplina por ato do soberano foram subtraídos do Executivo e passaram a ser de competência privativa do Congresso Nacional, como disciplinar os serviços de correio e telégrafos⁷⁰, declarar guerra e fazer a paz⁷¹ e fixar as forças de terra e mar⁷².

Como resultado da valorização nas diversas passagens da Constituição de 1891 do Poder Legislativo e da lei, seu produto típico, a balança pendeu para o campo da legislação em detrimento da regulamentação. Logo se verificou alargamento das manifestações legislativas, notadamente as de origem federal. A esfera regulamentar, por sua vez, restringiu-se. A disciplina constitucional da atividade normativa do Estado era, portanto, favorável à produção Parlamentar e constritora da atividade normativa da Administração Pública.

A previsão mais explícita do poder normativo da Administração Pública na Constituição de 1891 encontra-se no art. 48, §1º, cuja fórmula para dispor sobre o poder normativo detido pelo chefe do Poder Executivo constituiu um modelo normativo adotado, com maior ou menor amplitude, pelas Constituições posteriores. Esta é a redação do preceito:

“Art. 48. Compete privativamente ao Presidente da República:

⁷⁰ Cf. art. 34, inc. XV, Constituição de 1824, e art. 179, inc. XXVII, Constituição de 1824.

⁷¹ Cf. art. 34, inc. XI, Constituição de 1891, e art. 102, inc. IX, Constituição de 1824.

⁷² Cf. art. 34, inc. XVII, Constituição de 1891, e art. 148, Constituição de 1824.

1º) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso; expedir decretos, instruções e regulamentos para sua fiel execução”.

A extensão do poder normativo do chefe do Poder Executivo determinada pelo preceito constitucional é limitadíssima: qualquer produção normativa – decretos, instruções e regulamentos – deve unicamente se destinar à “*fiel execução*” da lei formal. Esta previsão se coaduna com a valorização da função do Legislativo que perpassa toda a Constituição de 1891, limitando sobremaneira a discricionariedade na edição de atos normativos pelo chefe do Poder Executivo.

A Constituição de 1891 dispõe, assim, de preceitos de reação ao modelo de atividade normativa conhecida no Império. Para tanto, buscou valorizar o Poder Legislativo e sua produção normativa – a lei formal – e limitar a atividade regulamentar da Administração Pública pelas sucessivas previsões de reservas legais e pela adstrição da atividade normativa do chefe do Executivo à fiel execução das leis editadas pelo Parlamento. Na prática, porém, a amplitude da atividade normativa da Administração Pública se manteve.

Em pesquisa realizada no campo *Legislação Histórica* disponibilizada eletronicamente pela Casa Civil da Presidência da República⁷³, durante a vigência da Constituição de 1891, foram editadas 13 leis ordinárias pelo Legislativo, ao passo que 140 Decretos foram editados no mesmo período. Ressalvadas as hipóteses de reserva de lei, praticamente todos os demais assuntos foram objeto de delegação legislativa, o que em parte explica a disparidade entre a produção normativa do Legislativo e a produção normativa do Executivo. Uma vez que a Constituição de 1891 não trouxe proibição expressa à delegação legislativa, estabeleceu-se relevante linha de entendimento de que a Constituição haveria autorizado genericamente essas delegações⁷⁴. Trata-se de assunto

⁷³ Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica#content>. Acesso em 27 de janeiro de 2013.

⁷⁴ Cf. VIVEIROS DE CASTRO, **Tratado de Ciência da Administração e do Direito Administrativo**, 2012, 324 e ss.

polêmico, todavia, com linhas doutrinárias em sentido contrário e oscilação da jurisprudência do STF sobre o assunto⁷⁵.

Fato incontestável é que a Administração Pública no período da República Velha editou inúmeras normas de caráter infralegal. Diante de um quadro de desenvolvimento da organização administrativa por meio da criação de autarquias no âmbito da Administração Indireta, a atividade normativa se espraiaria na burocracia pública, sem se concentrar exclusivamente na figura do chefe do Poder Executivo e de seus Ministros e Secretários. Naturalmente, passaram a ser editados decretos autônomos para disciplinar a organização e funcionamento interno das repartições públicas, inclusive no que tange ao regime de pessoal⁷⁶.

Muito embora a Constituição de 1891 tenha buscado conferir ao princípio da separação de Poderes conteúdo mais rígido, de contenção da atividade normativa da Administração Pública, o que se verificou na prática foi exatamente o oposto: ainda os regulamentos eram a principal fonte normativa brasileira. Diante deste panorama, a doutrina de Direito Público da época se voltava a analisar a aplicabilidade dessa então nova disciplina constitucional da atividade normativa à realidade de produção normativa no Brasil, orientada por uma prática diametralmente oposta daquela que a Constituição de 1891 intentara implementar.

Os escritos de ALCIDES CRUZ, por exemplo, denotam uma postura de resistência à ideia de separação de Poderes de leitura norte-americana frente à realidade prática da manifestação da atividade normativa pelo Legislativo e pelo Executivo:

“É opinião vencedora entre os mais recentes doutrinadores do direito público, que a tese de separação de poderes, não encerra em teoria nenhum conteúdo científico. Não tem o carácter de verdade jurídica

⁷⁵ Em pesquisa jurisprudencial, ITIBERÊ DE OLIVEIRA RODRIGUES expõe que a jurisprudência do STF sobre o tema da delegação legislativa desenvolveu-se de modo não uniforme. O Supremo diferenciava as delegações em branco (autorizações genéricas e sem limitações materiais ou temporais para legislar) das delegações com diretrizes. Em qualquer caso, a delegação legislativa seria válida e eficaz mediante posterior ratificação do ato normativo pelo Legislativo. Uma linha jurisprudencial do STF equiparou os regulamentos de execução aos regulamentos delegados, aceitando a amplíssima competência normativa do Executivo, que poderia inovar na ordem jurídica. Por outras vezes, o STF determinou a imprescindibilidade da lei formal para exercício da atividade regulamentar pelo Executivo. **Fundamentos Dogmático-Jurídicos da História do Princípio da Legalidade Administrativa no Brasil**, 2005, p. 71-72.

⁷⁶ *Idem*, p. 72.

pretendida pelas Constituições dos povos que, adoptando-a, veem nella uma panacéa capaz de os salvar em qualquer emergencia. Tamanho é o numero de excepções comportadas pela regra, de tal modo as attribuições de um poder penetram e invadem as de outro, e reciprocamente, que a tendencia geral dos juristas, mesmo partidarios dos poderes separados, é o reconhecimento da impropriedade de uma tal denominação, teorica e praticamente indemonstravel”⁷⁷.

A discrepância entre texto constitucional e prática normativa gerou dúvidas do administrativista sobre a aplicabilidade do texto constitucional na dinâmica de produção normativa. Segundo ALCIDES CRUZ, “[n]o Brasil o mal é immenso. Se em tese a separação de poderes é radical, em concreto ha um notavel baralhamento delles, o que prova a impossibilidade de assigná-la praticamente”⁷⁸.

Outra orientação foi apresentada por JOÃO BARBALHO, cuja linha de análise científico-formal da Constituição de 1891, sem direta relação com a realidade prática, trouxe um reforço teórico à contenção do exercício da atividade normativa da Administração Pública. Segundo o constitucionalista, a leitura da legalidade na atividade normativa da Administração Pública deveria ser de vinculação positiva do ato normativo à lei formal. É de sua autoria⁷⁹ a célebre construção de que

“[a]o indivíduo é reconhecido o direito de fazer tudo quanto a lei não tem prohibido, e não póde elle ser obrigado sinão ao que ella lhe impõe. Com

⁷⁷ **Direito Administrativo Brasileiro**, 1914, p. 41. A impropriedade da consideração da separação de Poderes como uma diretriz motora da dinâmica da atividade normativa no Brasil República Velha também fica evidente nesta elucidativa passagem de ALCIDES CRUZ: “*Costuma-se dizer que o papel do executivo, consiste em executar a vontade do legislativo, unico factor da lei. O exame dos factos entretanto revela que o poder executivo não se circumscreve á acanhada tarefa de simples executor da vontade do poder legislativo: tambem elle não poucas vezes toma a iniciativa de medidas que lhe parecem conformes com o interesse publico, e se, em verdade é o executor da lei, em mais larga esfera de actividade traduz a representação do Estado perante todos, não só no interior como no exterior; ha portanto, fóra da execução das leis, enorme domínio da sua actividade, e mesmo prática actos não previstos na lei; o que não póde é praticar os que ella proíbe*”. *Idem*, p. 42-43.

⁷⁸ *Idem*, p. 44. A conclusão de ALCIDES CRUZ é enfática: “*Como se vê, os legisladores constituintes procuraram manter, por meio de intromissões e compensações, um sistema de equilíbrios á imitação norteamericana, que não melhorou cousa alguma, e deixou os dous poderes rivaes, o executivo e o legislativo, um estado de permanente antagonismo, aquelle forte do seu direito legal, e este forte do seu direito quasi natural, no incisivo conceito de Esmein*”. *Idem*, p. 45.

⁷⁹ ITIBERÊ DE OLIVEIRA RODRIGUES afirma que provavelmente fora de autoria de JOÃO BARBALHO a interpretação do dispositivo constitucional relativo ao princípio da legalidade (art. 72, §1º, da Constituição de 1891) como abrangido pelo princípio da reserva legal geral. **Fundamentos Dogmático-Jurídicos da História do Princípio da Legalidade Administrativa no Brasil**, 2005, p. 70.

*a autoridade, porém, com os funcionarios publicos, dá-se justamente o contrário, só podem fazer, nessa qualidade, o que a lei autoriza*⁸⁰.

Em suma, redigida pelos constituintes como uma quebra do paradigma da dinâmica normativa estabelecida durante o Império, a Constituição de 1891 trouxe preceitos constitucionais de contenção do exercício do poder normativo pela Administração Pública e conseqüente valorização do Legislativo. Para tanto, buscou conferir conteúdo mais rígido do princípio da separação de Poderes, em sintonia com o sistema norte-americano, e consagrar a legalidade como corolário intransponível na prática normativa. No campo operacional, porém, a realidade era notadamente diversa. Apesar da atividade legislativa e das reservas legais fixadas na Constituição, a produção de normas pelo Poder Público era intensa e fortemente influenciada pela prática recorrente desde o período imperial das delegações legislativas. Diante dessa complexa relação entre o texto constitucional e a prática da atividade normativa, a doutrina de Direito Público ao enfrentar esta tensão terminou por definir algumas das ideias que posteriormente se mostrariam centrais ao debate sobre a atividade administrativa normativa.

I.3. A prática regulamentar intensificada e o desenvolvimento dos debates teóricos sobre a atividade normativa da Administração Pública

Uma relevante constatação que pode desde já ser depreendida da construção histórica dos debates sobre o exercício do poder normativo pela Administração Pública corresponde à amplitude deste poder desde a gênese. Apesar da limitação constitucional à atividade normativa da Administração Pública percebida na Constituição de 1891, desde o Império a produção normativa pelo Poder Público é notadamente expressiva, contrariando a demanda constitucional de primazia da lei formal. Porém, é nos períodos ditatoriais que se verifica a intensificação da atividade regulamentar. Devido à conveniência política de a regulamentação ser a principal manifestação da atividade normativa estatal, as Constituições ditatoriais estabeleceram instrumentos constitucionais favoráveis à produção normativa infralegal. Também é nesse período que se desenvolve

⁸⁰ JOÃO BARBALHO, *apud* ITIBERÊ DE OLIVEIRA RODRIGUES. *Idem, ibidem*.

substancialmente a discussão teórica sobre a atividade normativa da Administração Pública no Direito Administrativo brasileiro.

I.3.1. A dinâmica administrativa normativa sob a égide da Constituição de 1937

Ato contínuo à ruptura política promovida por GETÚLIO VARGAS que instituiu o Estado Novo e, assim, o regime ditatorial, fora outorgada a Constituição “*polaca*” em 1937. Se nas Constituições anteriores de 1934⁸¹ e 1891 as diretrizes de redação constitucional eram de valorização da função legislativa – e, logo, do Poder Legislativo – e de racionalização da atividade normativa exercida pelo Poder Público, na Constituição de 1937 o quadro se altera substancialmente, dando lugar à concentração de poderes nas mãos do chefe do Poder Executivo.

A dinâmica de interação entre os Poderes ditada pela Constituição de 1937 é caracterizada pela supremacia absoluta do chefe do Executivo federal. Suprimidos os princípios da separação de Poderes e da legalidade, fórmulas então consagradas na recente tradição constitucional brasileira, a Constituição de 1937 previu um sistema de instrumentos propício a limitar a efetividade das ações parlamentares e judiciais frente ao Poder Executivo.

⁸¹ Nesse período de vácuo constitucional, a atividade normativa esteve inteiramente concentrada nas mãos de GETÚLIO VARGAS, tendo em vista a acumulação de funções administrativas e legislativas no Governo Provisório. O art. 1º do Decreto 19.398, de 11 de novembro de 1930, que registra o golpe getulista e institui o Governo Provisório, é categórico: “*o Governo Provisório exercerá discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembleia Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país*”. Assim como a Constituição de 1891, o regime constitucional da atividade normativa definido pela Constituição de 1934 também prevê a separação de Poderes (art. 4º), o princípio da legalidade (art. 113, §2º) e a expedição de regulamentos pelo Presidente da República para fiel execução da lei (art. 56, §1º). Da leitura do texto constitucional, mostra-se adequado indicar que também a Constituição de 1934 seguiu as premissas de valorização da função legislativa e racionalização da atividade normativa exercida pela Administração Pública. A *valorização da função legislativa* e, por decorrência, do Poder Legislativo fica mais evidente com a introdução da competência do Senado Federal em suspender a execução dos regulamentos expedidos pelo Executivo que colidirem com a lei formal (art. 91, inc. II) e a expressa proibição à prática da delegação legislativa no art. 3º, §1º, da Constituição de 1934. Com relação à *racionalização da atividade normativa* exercida pela Administração Pública, a Constituição de 1934 em diversos preceitos assinalou o *espaço do regulamento* na disciplinar normativa de atividades privadas e serviços públicos, a exemplo do dever de regulamentar o tráfego rodoviário interestadual (art. 5º, inc. IX), o acesso ao magistério oficial (art. 158, *caput*) e a utilização das terras públicas em região de fronteira. Nesta linha da racionalização do exercício da atividade normativa pela Administração Pública, o art. 60, alínea *b*, determina a competência dos Ministros em “*expedir instruções para a boa execução das leis e regulamentos*”.

No que tange ao relacionamento entre Executivo e Legislativo, o art. 11 da Constituição de 1937 estabeleceu que a lei de iniciativa do Parlamento se restringiria a dispor “*apenas sobre a substância e os princípios, a matéria que constitui o seu objeto*”. As *leis parlamentares*, assim compreendidas aquelas cujo processo legislativo tivesse sido iniciado pelo Legislativo⁸², gozariam de espaço marcadamente circunscrito para dispor sobre o conteúdo normativo, correspondente apenas às linhas gerais e ao conteúdo normativo. As minúcias normativas seriam objeto de *reserva de administração*. Tão somente o chefe do Poder Executivo poderia dispor sobre proibições, limitações e conferência de direitos; estabelecimento de deveres; condicionantes para exercício de direitos; procedimentos; organização administrativa, inclusive a criação de órgãos ou entes administrativos vocacionados a normatizar e viabilizar com o objeto da lei parlamentar; e delimitar instrumentos jurídicos hábeis a dotar de efetividade o conteúdo da lei parlamentar. É evidente o desnivelamento entre Legislativo e Executivo na dinâmica de atuação normativa circunscrita pela Constituição de 1937.

A *iniciativa de leis* foi objeto de disciplina específica pela Constituição de 1937 e, na linha de contenção do exercício da função legislativa, foi mais um recurso a garantir a proeminência do Executivo na produção normativa estatal. Segundo o art. 64, *caput*, da Constituição de 1937, a “*iniciativa dos projetos de lei cabe, em princípio, ao Governo*”. Os projetos ou emendas de iniciativa parlamentar foram expressamente vedados de deliberação congressional, salvo se versassem sobre matéria tributária ou resultassem em aumento de despesa das Casas (art. 64, *caput*). Nessa linha, a Constituição de 1937 foi enfática em restringir a iniciativa das leis no âmbito do Poder Legislativo quando afirmou em seu art. 64, §1º, que “*a nenhum membro de qualquer das Câmaras caberá a iniciativa dos projetos de leis*”. A iniciativa de leis poderia ser tomada apenas por um terço dos Deputados ou membros do Conselho Federal, desenho bastante propício à manutenção do poder de agenda nas mãos do chefe do Poder Executivo federal.

Fato é que pela Constituição de 1937 as figuras do Executivo e do Legislativo confundiam-se. Não por outro motivo o art. 38 determinou que

“[o] *Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional com colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da*

⁸² Cf. art. 64, Constituição de 1937.

República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição”. (grifei)

Erigido sob a égide do princípio corporativista, o Conselho da Economia Nacional (CEA) consistia em um órgão colegiado criado pela Constituição de 1937 e composto por representantes de ramos da produção nacional designados por associações profissionais ou sindicatos⁸³ ou pelo Presidente da República⁸⁴. Na prática, porém, o CEA consistia em um órgão de regulação e de intervenção governamental⁸⁵ na produção legislativa trabalhista, com participação de Ministros, Diretores de Ministérios e representantes dos Governos estaduais nas reuniões seccionais, ainda que sem direito a voto⁸⁶. Dentre suas atribuições⁸⁷, uma das mais relevantes consistia no dever de consulta de todos os projetos de lei atinentes à economia popular (art. 65). À atuação do CEA, VICTOR NUNES LEAL reconheceu a natureza regulamentar⁸⁸.

Outros instrumentos significativos de controle do processo legislativo pelo chefe do Poder Executivo federal correspondem ao veto total ou parcial de projeto de lei de iniciativa parlamentar⁸⁹, bem como a suspensão de projeto em tramitação legislativa, de iniciativa parlamentar, por propósito de apresentação de projeto que regule o mesmo assunto pelo Poder Público⁹⁰.

⁸³ Cf. art. 57, Constituição de 1937.

⁸⁴ Cf. art. 59, §1º, Constituição de 1937.

⁸⁵ ERYMA CARNEIRO assim explica o surgimento do Conselho da Economia Nacional: “[i]nterpretando, porém, as tendências do Direito Público moderno, o Chefe do Governo brasileiro reviu essa organização, e na Constituição de 1937 fixou as lindes definitivas da colaboração dos particulares com a administração pública, enquadrando-a dentro do neocorporativismo do Estado Novo, obedecendo a um planteamento uniforme. Daí a criação do Conselho de Economia Nacional, como órgão técnico especializado, representativo das opiniões das forças econômicas nacionais”. **As Autarquias e as Sociedades de Economia Mista no Estado Novo**, 1941, p. 48.

⁸⁶ Cf. art. 59, §2º, Constituição de 1937.

⁸⁷ Cf. art. 61, Constituição de 1937.

⁸⁸ **Lei e Regulamento**, 1997, p. 77.

⁸⁹ “Art. 66. (...) § 1º - Quando o Presidente da República julgar um projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, vetá-lo-á total ou parcialmente, dentro de trinta dias úteis, a contar daquele em que o houver recebido, devolvendo, nesse prazo e com os motivos do veto, o projeto ou a parte vetada à Câmara onde ele se houver iniciado”.

⁹⁰ “Art. 64. (...) § 2º - Qualquer projeto iniciado em uma das Câmaras terá suspenso o seu andamento, desde que o Governo comunique o seu propósito de apresentar projeto que regule o mesmo assunto. Se dentro de trinta dias não chegar à Câmara a que for feita essa comunicação, o projeto do Governo, voltará a constituir objeto de deliberação o iniciado no Parlamento”.

Porém, a inovação jurídica mais relevante na disciplina da atividade normativa pela Constituição de 1937 consiste na introdução do *decreto-lei* como espécie normativa à disposição do Presidente da República⁹¹. O decreto-lei pode ser considerado como a mais relevante espécie normativa na dinâmica da atividade normativa, seja pelo número exponencial de decretos-leis editados pelo chefe do Poder Executivo federal, seja pelas funções a eles conferidas pela Constituição de 1937.

Primeiramente, a *delegação legislativa* passou a ser expressamente legítima, nos termos do art. 12 da Constituição de 1937, que previu o decreto-lei como instrumento de formalização das normas de regulamentação administrativa autorizadas pelo Legislativo. Nessa linha, o decreto-lei também reveste formalmente os *decretos autônomos*, originariamente previstos no art. 14 da Constituição de 1937 e de atribuição exclusiva do Presidente da República, que, nos limites das dotações orçamentárias, “*poderá expedir livremente decretos-leis sobre a organização do Governo e da Administração federal, o comando supremo e a organização das forças armadas*”. O decreto-lei ainda fora previsto como instrumento de formalização das normas editadas pelo Presidente da República cujas matérias fossem de competência legislativa da União, ressalvadas aquelas então listadas no art. 13⁹², nas hipóteses de recesso parlamentar ou de dissolução da Câmara dos Deputados.

Conforme se verifica, a proeminência do Executivo conferida pela Constituição de 1937 é dado histórico inquestionável, o que não se restringe apenas ao relacionamento com o Legislativo. Com relação ao Judiciário, e mais precisamente no tema do controle de constitucionalidade, o art. 96, *caput*, indicava que apenas por maioria absoluta dos votos da totalidade dos juízes os Tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Todavia, a declaração de inconstitucionalidade de lei poderia ser suspensa pelo Presidente da República e submetida novamente à apreciação do Parlamento caso se entendesse que a lei era “*necessária ao bem-estar do povo, à promoção*

⁹¹ Segundo THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, “[o] decreto-lei é um ato emanado do poder executivo com força de lei. Em seu conteúdo encerra todos os elementos intrínsecos inerentes à norma legal, embora não haja passado pelos trâmites normais da elaboração legislativa, pelos meios específicos. Essa função pode ser amplamente exercida sob um regime de exceção ou por delegação do Parlamento, ou dentro de certos limites predeterminados, atendendo à natureza, à matéria”. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, 1945, p. 42.

⁹² As seguintes matérias não poderiam ser disciplinadas por decreto-lei quando do recesso parlamentar ou em razão de dissolução da Câmara dos Deputados por expressa previsão da Constituição de 1937, em seu art. 13: modificações à Constituição; legislação eleitoral; orçamento; impostos; instituição de monopólios; moeda; empréstimos públicos; e alienação ou oneração de bens imóveis da União.

ou defesa de interesse nacional de alta monta” (art. 96, §1º). Se a lei declarada inconstitucional pelo Judiciário fosse confirmada por dois terços de uma das Câmaras, a decisão judicial perderia seus efeitos.

O incremento da atividade normativa da Administração Pública no Estado Novo também tem direta relação com a política de intervenção do Estado no domínio econômico⁹³, que determinou o emparelhamento do Estado no âmbito da Administração Pública Indireta. Se a delegação a particulares era tradição brasileira de prestação dos serviços públicos, quando muito se verificando a prestação direta no âmbito de Ministérios e Secretarias, com o Estado Novo a obra de planificação administrativa do Governo GETÚLIO VARGAS determinou a reorganização dos serviços públicos para além das repartições burocráticas⁹⁴. Foram então criadas autarquias e sociedades de economia mista para tanto prestarem os serviços públicos quanto regulamentarem essas atividades econômicas⁹⁵. O Departamento Nacional do Café foi o primeiro órgão com a exclusiva finalidade de regulação do mercado cafeeiro. Logo seriam criadas na estrutura da Administração Indireta outras autarquias, como eram então consideradas, como o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933), o Instituto do Sal (1940), as autarquias corporativas (como a Ordem dos Advogados do Brasil e o Conselho

⁹³ Toma-se o conceito de intervenção do Estado no domínio econômico como condicionamento ou limitação estatal da iniciativa privada de modo direto ou indireto, nos termos amplos invocados por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, para quem é amplo o rol de instrumentos de que o Estado dispõe para intervir: “(...) *eles vão desde a proibição de uma atividade, passam pela sua monopolização (nas hipóteses constitucionais), pela disciplina normativa, regulação, atuação estatal direta mediante entes empresariais estatais, sujeição da atividade ao regime de serviço público, até chegar às (várias) modalidades de fomento público*”. **O Fomento como Instrumento de Intervenção Estatal na Ordem Econômica**, 2010, p. 1.

⁹⁴ FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO indica que a conjuntura político-econômica que se alinhou à época – a exemplo da passagem da estrutura agrária de produção para a industrial, da crise econômica de 1929 e da desestruturação pós-II Guerra – levou o Estado a um papel de proeminência até então desconhecido no Brasil. O Poder Público passou a ser o grande protagonista na realização de tarefas de interesse geral, com recuo à política de concessão que se afirmaria na República Velha. Este processo se intensificaria com a criação de empresas estatais, especialmente na década de 1940, para atuação em setores antes delegados à iniciativa privada por meio de concessão, embora sem implicar em total e imediato retrocesso das concessões, a qual continuaria a ser empregada, por exemplo, na importante atividade à época de exploração de reservas de petróleo. Cf. **A Concessão como Instituto do Direito Administrativo**, 2013, p. 72 e ss.

⁹⁵ Cf. ERYMA CARNEIRO, **As Autarquias e as Sociedades de Economia Mista no Estado Novo**, 1941, p. 49-50. A motivação política para tanto é sintetizada no discurso pronunciado pelo então Ministro da Fazenda SOUSA COSTA na sessão de 28 de junho da Câmara dos Deputados: “[e]m consequência desse alargamento de atividade (do Estado), iniciou-se, pouco a pouco, na administração pública, uma separação entre administração soberana (exercício do poder soberano) e administração pública em matéria puramente econômica (ou administração industrial do Estado). (...) Para responder a tôdas essas necessidades, surgiu a concepção dos ‘entes autônomos’ ou ‘serviços autônomos’, aos quais incumbe, em diversos países, o serviço referente à administração pública em matéria puramente econômica, atividade que se diferenciou da administração soberana”. *Idem*, p. 50-51.

Federal de Engenharia e Arquitetura), dentre outras⁹⁶. Em comum, todas essas entidades partilhavam a característica de deterem competência normativa, valendo-se, para alcançar a finalidade de disciplinar os correspondentes mercados, de competência normativa.

Nessa linha, Decretos foram editados com a finalidade de conferir competência normativa ao chefe do Poder Executivo (federal) para regulação dos serviços públicos, normas essas que teriam força de lei. Assim se verificou com o Código de Águas (Decreto 24.643/34) e o Código de Mineração (Decreto 24.642/34), ambos editados em 10 de julho de 1934⁹⁷. Tem-se a sofisticação da intervenção do Estado no domínio econômico, a qual passaria a ser promovida também por meio da regulamentação e da correspondente fiscalização estatal dos agentes prestadores de serviço público: no contexto de reordenação da burocracia administrativa, órgãos administrativos seriam criados com a finalidade de editar normas regulamentadoras dos comandos legais editados pelo Parlamento⁹⁸.

Na seara do Direito Administrativo, sob a égide da Constituição de 1937 a doutrina da época aperfeiçoou a leitura da legalidade em perspectiva teórica. Algumas das principais contribuições podem ser atribuídas a JOSÉ GUIMARÃES MENEGALE⁹⁹, um dos precursores na aproximação da atividade normativa da Administração Pública à *teoria da unidade da ordem jurídica* desenvolvida por HANS Kelsen a partir da teoria da identidade substancial do Direito e do Estado de MERKL¹⁰⁰.

De acordo com a teoria da unidade da ordem jurídica, todos os preceitos jurídicos remetem a um centro jurídico originário único, qual seja, a Constituição. Desse modo, o enunciado da *submissão da atividade normativa à Constituição* passou a contar com uma

⁹⁶ Detida análise sobre os mecanismos de intervenção estatal no domínio econômico à época é feita por ALBERTO VENÂNCIO FILHO, que assim contextualiza o influxo de criação das autarquias imbuídas de poderes normativos no contexto do Estado Novo: “[a]s autarquias criadas, desordenadamente, à medida que o Estado expande o âmbito de sua intervenção no campo social e econômico, au fur et à mesure que a necessidade dos serviços públicos vão, exigindo e justificando a sua divisão, não obedecem a um padrão único e ao modelo, figurino ou estrutura uniforme”. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico**, 1998 (originalmente publicado em 1968), p. 410.

⁹⁷ Cf. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, **A Concessão como Instituto do Direito Administrativo**, 2013, p. 130.

⁹⁸ Cf. PEDRO DUTRA, **O Poder Regulamentar dos Órgãos Reguladores**, 2003, p. 76.

⁹⁹ **Direito Administrativo e Ciência da Administração**, 1938.

¹⁰⁰ No que tange ao princípio da separação de Poderes, uma das frentes mais relevantes de análise da legalidade, os principais escritos teóricos, que então passariam a pautar a leitura da dinâmica de interação entre os Poderes, também foram apresentados nesse momento histórico na literatura de direito administrativo, com especial destaque para JOHN LOCKE e MONTESQUIEU. Cf. THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro**, 1938, p. 273.

orientação teórica posteriormente reproduzida em larga escala pela doutrina de direito administrativo¹⁰¹. Como decorrência da afirmação da supremacia da Constituição no desenvolvimento da atividade normativa da Administração Pública, JOSÉ GUIMARÃES MENEGALE, sintetizando a doutrina construída na ocasião, reconhecia os regulamentos autônomos como fonte normativa do Direito Administrativo¹⁰². Ademais, o pressuposto da hierarquia normativa, que lastreia a teoria da unidade da ordem jurídica de HANS KELSEN, subsidiou a orientação do autor de inexistência de diferença material entre lei formal e regulamento: a distinção entre estas espécies normativas seria meramente hierárquica na ordem jurídica¹⁰³.

Ainda que a Constituição de 1937 não previsse a primazia da lei formal, este foi o posicionamento defendido à época. Foram os escritos de FLEINER, LABAND e JELLINEK que fundamentalmente influenciaram a construção de que apenas a lei formal inovaria a ordem jurídica, o que seria defeso aos regulamentos¹⁰⁴.

Apesar da teorização que marcou a doutrina relativa à atividade normativa no Direito Administrativo brasileiro¹⁰⁵, é necessário enfatizar a desconexão dessa produção doutrinária com a realidade da produção normativa estatal. Mesmo os preceitos da Constituição de 1937 foram pouquíssimos explorados na construção da “teoria” da atividade regulamentar administrativa.

¹⁰¹ “Para a teoria do direito administrativo, a identidade do Estado com o direito traz um reforço metodológico inestimável – mais que metodológico, estrutural”. JOSÉ GUIMARÃES MENEGALE, **Direito Administrativo e Ciência da Administração**, 1938, p. 94. “Ahi encontramos, então, gravitando em torno da Constituição, a maior ou menor distancia della, as leis organicas, as leis declaratorias, os regulamentos, as sentenças judiciais, as decisões administrativas...”. *Idem*, p. 94-95.

¹⁰² *Idem*, p. 97.

¹⁰³ *Idem*, p. 96.

¹⁰⁴ “É evidente que permanece o conteúdo da norma jurídica, mas uma nova declaração de direito se opera, e é neste sentido que se deve aceitar a afirmação de FLEINER, de que o legislativo confere á autoridade administrativa a missão de declarar o direito. Não se cria direito novo no regulamento, como explicam LABAND e JELLINEK para caracteriza-lo em face da lei”. *Idem*, *ibidem*.

¹⁰⁵ THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI registra uma guinada no modo de produção acadêmica no Direito Administrativo brasileiro a partir da década de 1930: “(...) depois de 1930, a nossa transformação foi por tudo isso profunda neste setor. A chamada técnica da administração, provocou uma reação nos meios jurídicos e permitiu que se desse novo sentido aos estudos administrativos entre nós, perdendo o direito administrativo o caráter abstrato, doutrinário, apriorístico que caracterizou este ramo do direito e seus primeiros períodos de vida”. **Tratado de Direito Administrativo**, 1955, p. 38. No entanto, não é esse panorama que se depreende no tema da atividade normativa da Administração Pública, cuja teorização e formação doutrinária foi, pelo contrário, consolidada a partir deste período, em oposição à disciplina de caráter mais pragmático e realista que o tema recebia entre os administrativistas do Império.

Destoa desse panorama, porém, THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, cujos escritos a respeito da atividade normativa da Administração Pública demonstram preocupações da ordem do dia. É nessa linha que o autor analisa as diversas espécies normativas que se apresentam no exercício cotidiano do poder normativo e, assim, reconhece a existência de “*normas administrativas complementares*”, assim entendidas as normas expedidas por autoridades administrativas imprescindíveis ao cumprimento das leis formais, a exemplo dos avisos, instruções e portarias¹⁰⁶. Tomando por base o sistema norte-americano¹⁰⁷, em que a delegação legislativa é a regra, a expressividade da prática da atividade normativa da Administração Pública, subordinada aos preceitos substantivos da legislação ordinária, levou o administrativista a reconhecer as normas administrativas complementares subordinadas à lei formal. Não por outra razão o autor alcançaria a seguinte constatação: “[o] *facto é que o poder executivo exerce uma função regulamentar ampla e cada vez maior, como vimos ao examinar os decretos leis*”¹⁰⁸.

Como medida de contenção do exercício da atividade normativa pela Administração Pública, VICTOR NUNES LEAL indica algumas diretrizes fundamentais para orientação da dinâmica normativa no âmbito do Poder Público: (i) subsistência da hierarquia entre lei e regulamento; (ii) dever de autovinculação administrativa, de modo que as autoridades administrativas não poderiam deixar de aplicar regulamentos editados pelo superior hierárquico; e (iii) os regulamentos declarados inconstitucionais pelo Judiciário não poderiam ser “*confirmados*” pelo Poder Público¹⁰⁹. Nessa linha de contestação da força dos regulamentos no panorama normativo brasileiro, é interessante apresentar o posicionamento de SEABRA FAGUNDES, contrário à delegação legislativa indiscriminada de competências do Legislativo ao Executivo, tendo em vista a crise institucional na qual se encontrava aquele Poder¹¹⁰.

¹⁰⁶ **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, 1945, p. 43-44.

¹⁰⁷ “*Nos Estados Unidos tem se praticado largamente êste uso, sob a denominação geral de ‘administrative legislation’, ‘administrative rule making’, ‘delegated legislation’ ou ‘sublegislation’*”. *Idem*, p. 43. Sobre a proeminência da atividade regulamentar no Direito Administrativo norte-americano, THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI enuncia como motivos para tanto: “[a]s lutas sociaes, as necessidades economicas, a crise, levaram a racionalização do poder publico a extremos, e entre as novas medidas impostas pelo interesse publico está a delegação legislativa, sob formas mais ou menos veladas”. **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro**, 1938, p. 397.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 395.

¹⁰⁹ **Lei e Regulamento**, 1997, p. 79-89.

¹¹⁰ “*A delegação indiscriminada e plena não se justifica. É perigosa, podendo conduzir a um amesquinamento do papel do órgão legiferante como regulador do equilíbrio do regime. Desde, porém, que se limite o seu conteúdo (se fôr apenas para complementação de lei de diretrizes gerais, já elaboradas pelo Congresso), ou se deixe condicionado o trabalho do Executivo à ratificação, ou veto global do Parlamento,*

I.3.2. Desenvolvimento dos debates sobre a atividade normativa da Administração Pública sob a égide da Constituição de 1946

Na Constituição democrática de 1946, a cláusula geral de legalidade foi novamente prevista no art. 141, §2º, em sua clássica locução¹¹¹. Também novamente foi prevista a separação de Poderes, que doravante seriam “*independentes e harmônicos entre si*”¹¹², locução esta que esteve presente nos textos constitucionais pela última vez na Constituição de 1891. Como reforço à independência dos Poderes, passou a ser expressamente proibida a delegação de poderes¹¹³, prática usual na atividade regulamentar da Administração Pública regida pela Constituição de 1937. Em um contexto de reação ao sistema anteriormente estabelecido, a proibição de delegação legislativa configurou forte reação ao centralismo da função normativa estatal na figura do Executivo, correspondendo a um dos instrumentos de promoção dos ideais democráticos e de valorização do Poder Legislativo. E o caminho para tanto foi radical: vedação intransponível da prática da delegação legislativa¹¹⁴.

Reações contrárias à total interdição da delegação legislativa foram evidenciadas na doutrina de direito administrativo. Sem adentrar no mérito político, é importante salientar a conotação pragmática que as caracterizava, comum a essas intervenções. O ponto de contestação era a profundidade da limitação ao exercício da delegação legislativa, que

concilia as necessidades do processo de legislar com a preservação da autoridade do Poder Legislativo. Com êsses limites só desandarà em prática abusiva se o Congresso mesmo quiser abdicar da sua relevante missão político-institucional”. **Reformas Essenciais ao Aperfeiçoamento das Instituições Políticas Brasileiras**, 1956, p. 14.

¹¹¹ É o texto do art. 141, §2º, da Constituição de 1946: “[n]inguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

¹¹² Cf. art. 36, Constituição de 1946.

¹¹³ É o texto do art. 36, §2º, da Constituição de 1946: “[é] vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições”.

¹¹⁴ Narra CASTRO NUNES sobre a solução da delegação legislativa adotada no Estado Novo e, porém, rechaçada pela Constituinte de 1946: “*mas a solução constitucional copiava a realidade, traduzia a prática adotada, e era dêsse ponto de vista realista ou pragmático que a justificava o eminente legislador do Estatuto de 1937. (...) Mas aquela fórmula trazia o pecado original de sua adoção na Constituição de 1937... Não seria viável no ambiente de reação liberal de que saiu a Constituição de 1946. E o que vingou, na teoria libertária da nova Carta política foi, como se viu acima, o princípio na sua rigidez dogmática, não obstante algumas vezes autorizadas que, no seio mesmo da Constituinte, se fizeram ouvir, no debate que então se travou*”. **Delegação de Poderes**, 1951, p. 6-7.

poderia tolher o dinamismo da produção normativa necessária à consecução de finalidades públicas, notadamente a prestação de serviços públicos. A preocupação central era, portanto, com a governabilidade, incapaz de ser alcançada com um sistema rígido de produção normativa. A reação de CARLOS MEDEIROS DA SILVA é bastante elucidativa deste cenário:

“No regime de 1891 as delegações legislativas eram uma válvula eficiente para as deficiências do poder regulamentar. Mas elas estão, hoje, formalmente proibidas.

Desta forma, o Brasil, com o regime presidencialista, de separação rígida de poderes, em pleno meado do século vinte, constitui uma singularidade. Não se admite a delegação de poderes e veda ao poder regulamentar a extensão que êle precisa ter, em face das necessidades sempre crescentes do Govêrno, quanto ao provimento do bem público”¹¹⁵.

Tem-se que o tratamento constitucional do tema da delegação legislativa se alinha com o ímpeto que a Constituinte de 1946 claramente apresentou de modificar a realidade político-institucional pela Constituição, com pouca sensibilidade às contingências práticas¹¹⁶. Na prática, porém, o poder normativo da Administração Pública não se restringiu diante da interdição constitucional da delegação legislativa, pelo contrário: a força da atividade administrativa normativa se manteve e passou a contar com o respaldo do Supremo Tribunal Federal que, em sucessivas decisões, terminou por afirmar a espaço do regulamento^{117 118}. É o relato de CASTRO NUNES, Ministro do STF à época: “(...) é

¹¹⁵ **O Poder Regulamentar no Direito Comparado**, 1952, p. 32.

¹¹⁶ Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, **O Constitucionalismo Brasileiro. Evolução institucional**, 2011, p. 73-76.

¹¹⁷ Semelhante foi a conclusão de CARLOS MEDEIROS DA SILVA: “No entanto, as tarefas do Executivo são cada vez maiores, e a produção legislativa do Congresso continua aquém das necessidades reais do país, como a proclamam os seus próprios membros. A consequência dêste impasse é que o Supremo Tribunal já abriu uma brecha no texto fundamental admitindo a delegação no caso do tabelamento dos preços e o próprio Congresso vem convocando o Executivo ao exercício do poder regulamentar, como aconteceu com a reforma do impôsto de renda. O Supremo Tribunal, por sua vez, decidiu que a lei expressamente dependente de regulamentação, não obriga antes desta complementação necessária”. **O Poder Regulamentar no Direito Comparado**, 1952, p. 33.

¹¹⁸ O reconhecimento do espaço do regulamento não impediu, porém, que o Supremo afirmasse a reserva de lei em alguns casos, como na hipótese de criação de cargos públicos, fixação de atribuições e vencimentos, o que seria atribuição exclusiva do Legislativo indelegável. Cf. RMS 3.569, julgado em 1956. Nessa toada, o STF entendeu inconstitucionais as Resoluções editadas pelo Instituto do Açúcar e do Alcool impondo contribuições, pois de natureza tributária. Cf. RMS 6.037 e RMS 5.008, ambos julgados em 1961.

forçoso dilatar o conceito da 'fiel execução' para dar maiores ensanchas ao poder regulamentar do Executivo"¹¹⁹. Basicamente duas orientações foram firmadas pelo STF quanto à relação entre delegação legislativa e atividade normativa da Administração Pública.

A primeira delas corresponde à descaracterização da delegação legislativa no caso concreto em que a lei formal demanda regulamentação administrativa para que suas obrigações sejam exigíveis e seus direitos eficazes. Assim é o que se verificou no *leading case* RE 12.393, julgado em 1952. Na ocasião, dois trabalhadores ajuizaram ação para reclamar acréscimo salarial por insalubridade do local de trabalho com fundamento no art. 6º do Decreto-Lei 2.162/40, que dispunha sobre o salário mínimo. Ocorre que o Decreto-Lei 5.452/43 (CLT) estabelece em seu art. 917 remetia ao Ministério do Trabalho a fixação de prazo para adaptação dos estabelecimentos comerciais às exigências relativas ao Capítulo "*De Higiene e Segurança do Trabalho*"¹²⁰, o que o fez por meio da Portaria 32/45, razão pela qual o pedido dos trabalhadores fora denegado. Em voto de lavra do MIN. LUIZ GALLOTI, afastou-se a ocorrência de delegação legislativa e reconheceu-se a legitimidade do exercício da atividade normativa da Administração Pública nos seguintes termos:

"Restaria examinar se a lei incidiu no vício de delegação inconstitucional de atribuições. Mas nem isso ocorreu. Em primeiro lugar, vigorava a Carta de 1937, que não repetiu o preceito proibitivo de tais delegações contido na Constituição de 1934 (art. 3º) e consagrado na atual (art. 36). Em segundo lugar, não se trata verdadeiramente de delegação, mas de um daqueles casos em que a própria lei, para ser bem executada, necessita deixar certa margem ao Poder Executivo quanto ao prazo para prosseguimento dos requisitos necessários ao seu cumprimento.

(...)

Entendeu o legislador da Consolidação que o Ministério do Trabalho é quem melhor e mais seguramente poderia marcar prazo para adaptação de atuais estabelecimentos às exigências contidas no Capítulo relativo à

¹¹⁹ **Delegação de Poderes**, 1951, p. 8.

¹²⁰ Esta é a redação do art. 917 da CLT: "*O Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio marcará prazo para adaptação dos atuais estabelecimentos às exigências contidas no capítulo 'De Higiene e Segurança do Trabalho'. Compete ainda àquela autoridade fixar os prazos dentro dos quais, em cada Estado, entrará em vigor a obrigatoriedade do uso da Carteira Profissional, para os atuais empregados*".

*Higiene e Segurança do Trabalho (cit. art. 917). E assim dispôs, sem ofender a Constituição*¹²¹.

A mesma *ratio decidendi* foi aplicada em outros casos levados à apreciação do Supremo, que, novamente, afastou a tipicidade da delegação legislativa e reconheceu o espaço do regulamento. Como exemplo colecionado da jurisprudência, pode-se mencionar o RMS 6.380, julgado em 1959, pelo qual ficou sedimentado o entendimento de que a listagem pelo Executivo das atividades perigosas para fins de determinação do direito ao adicional de periculosidade fixado por lei não caracteriza delegação legislativa. Cite-se também o RE 40.816, julgado em 1959, em que se reconheceu a constitucionalidade do exercício do poder normativo pelo Conselho Nacional dos Desportos para disciplinar o direito à nomenclatura de “*Automóveis Clubs*” na medida em que a lei de criação da entidade administrativa lhe garantia “*poder de legislar*” em matéria de sua competência¹²².

A segunda orientação do STF a respeito da relação entre delegação legislativa e atividade normativa da Administração Pública consiste na admissão das delegações legislativas em matéria de Direito Econômico, especialmente na temática do tabelamento de preços. É o que se depreende do RE 54.194, julgado em 1963, no qual o Supremo reconheceu a impossibilidade de majoração de “*taxa*” de água e esgoto pelo Decreto pernambucano 477/57 na medida em que este possui natureza tributária. Segundo

¹²¹ Interessante ressaltar que o entendimento esposado é fundamentado no entendimento de PONTES DE MIRANDA, com base no caso em que a Comissão de Constituição de Justiça da Câmara dos Deputados entendeu não se tratar de delegação legislativa a hipótese o Executivo fixar a quota mínima ou máxima de plantio, industrialização e consumo de determinado produto nacional. Isso porque se o Legislativo fixasse em definitivo a quota, “*isso viria a contrariar a ideia de lei em estudo*”. (grifei). p. 5.

¹²² Saliente-se que o Procurador da República designado à época para apreciar o caso era THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, que defendeu tese contrária à acatada pelo Supremo, no sentido da legalidade estrita. Segundo o administrativista, “[m]as é certo que essas resoluções não podiam exercer a competência que a lei fixou a C.N.D. Essa competência, como vimos não era limitada. Ao contrário, dizia respeito apenas, à organização e administração dos desportos nacionais. Ora, com base nessa autorização, jamais poderia o Conselho invadir a órbita de outras leis, nem poderia revogar os dispositivos destas. O Conselho não podia legislar. Jamais lhe foi dado esse poder. O que o Conselho podia era baixar resoluções para o cumprimento da lei pré existente, resoluções que se haveriam de conter dentro dos termos da lei, tendendo apenas a executá-la e a aplicá-la. Nunca a exorbitar dela, legislando sobre criação e extinção de direitos. E mesmo que, – por absurdo – houvesse tal poder sido conferido ao C.N.D., a legislação que assim o fizesse teria sido revogada pelo art. 36, §2º, da Constituição. O que não se compreende e nem se admite é que no ano de 1952, em plena vigência da Constituição atual, venha pretender o C.N.D. usar contra o recorrente de um poder que nunca teve; e se tivesse tido, já não o teria mais nessa data, porque revogado pela nova Constituição”. p. 46.

entendimento unânime do STF, matéria tributária não pode ser objeto de delegação legislativa. Em matéria econômica, no entanto, é cabível a delegação legislativa¹²³.

Contudo, com a Emenda Constitucional 4/1961, que instituiu o sistema parlamentar de governo, passou a ser prevista a possibilidade de delegação legislativa mediante revogação do §2º do art. 36 da Constituição reformada de 1946. Legitimada estava a figura da lei delegada, posteriormente revogada com a reintrodução do sistema presidencialista de governo por intermédio da Emenda Constitucional 6/1963, que recuperou a eficácia do referido §2º do art. 36 da Constituição de 1946.

Nessa toada foi prevista a figura do “*decreto de urgência*”, já reconhecida pela doutrina de direito administrativo¹²⁴, pelo qual, excepcionalmente e por motivo de urgência, o Chefe do Poder Executivo edita decreto dispondo sobre matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional¹²⁵. De baixa aplicação prática, porém, o decreto de urgência configura mais um reforço à legitimidade da atividade normativa da Administração Pública sob a égide da Constituição de 1946.

Com relação ao exercício do poder normativo pelo Chefe do Executivo, a fórmula clássica já presente na Constituição de 1934 de que “*compete privativamente ao Presidente da República (...) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução*” foi novamente prevista. Apesar da legalidade estrita que o Chefe do Poder Executivo deveria guardar na edição de normas, a prática dos Decretos demonstra exatamente a permanência da tradição de ampla disciplina regulamentar por Decretos.

No campo da teoria do Direito Administrativo, a doutrina pendeu para a limitação da atividade regulamentar da Administração Pública. As expressões constitucionais “*fiel execução das leis*” e “*competência privativa do Presidente da República*” já se faziam presentes no pensamento dos administrativistas e passariam a servir como verdadeiras

¹²³ Cf., nessa linha, RE 29.429, julgado em 1955, pelo STF.

¹²⁴ Cf. MÁRIO MASAGÃO, **Curso de Direito Administrativo**, 196-, p. 172.

¹²⁵ A competência exclusiva do Congresso Nacional vinha prevista no art. 66 da Constituição de 1946, como autorizar o Executivo a declarar guerra e fazer paz, aprovar ou suspender intervenção federal e aprovar resoluções das Assembleias Legislativas estaduais sobre incorporação, subdivisão ou desmembramento de Estados.

diretrizes de contenção do regulamento frente à função legislativa. Representativa é a passagem de MÁRIO MASAGÃO:

“Os regulamentos são normas expedidas pelo poder executivo para facilitar a execução das leis. Sua expedição é da competência privativa do Presidente da República (Constituição Federal, art. 87 nº1). Em países de direito público diverso, principalmente naqueles em que a Constituição admite delegação de poderes, os regulamentos assumem feição mais ampla que a determinada na definição supra”¹²⁶.

Todavia, importa salientar, uma vez mais, o posicionamento singular de THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, cuja análise do poder normativo da Administração Pública parte do pressuposto de que o Executivo foi paulatinamente absorvendo funções notadamente legislativas¹²⁷. Natural, portanto, que o administrativista aproximasse sua leitura à classificação dos atos administrativos normativos proposta por JELLINEK em (i) regulamentos com conteúdo material de lei e (ii) regulamentos administrativos, reconhecendo, portanto, a existência de ambas as figuras jurídicas na prática da produção normativa pelo Poder Público. Inclusive, o autor entende ser legítima a criação de direito novo pelos regulamentos com conteúdo material de lei: “(...) o que importa, portanto, é considerar de preferência o conteúdo do ato, qualquer que seja o poder de que emana, sem consideração de sua forma e do poder que expediu o ato”¹²⁸. A Administração Pública longe estaria, portanto, de ser um braço mecânico do Poder Legislativo¹²⁹.

Posicionamento contrário à criação de direito novo, porém, foi o esposado por MIGUEL SEABRA FAGUNDES, que chegou até mesmo a negar a existência de uma função regulamentar no âmbito da Administração Pública¹³⁰. O exercício da atividade normativa pela Administração Pública estaria compreendido no gênero *funções de execução*, eis que,

¹²⁶ **Curso de Direito Administrativo**, 196-, p. 173.

¹²⁷ **Tratado de Direito Administrativo**, 1955, p. 265.

¹²⁸ *Idem*, p. 266.

¹²⁹ É o que pode ser depreendido com a modulação do caráter executório dos atos normativos que propõe: “[e]ntendemos, de um modo geral, que quanto menos geral a norma, quanto mais restrito o seu campo de aplicação, melhor se define o seu efeito executório”. *Idem*, p. 267. Pelo excerto transcrito, resta claro que THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI não reconhece o caráter executório *a priori* dos regulamentos produzidos pelo Poder Público, os quais assim o terão a depender do conteúdo normativo.

¹³⁰ “Também há quem cogite da existência na vida do Estado de uma função regulamentar. Mas, ainda aqui, todos os atos decorrentes do poder regulamentar se contêm dentro da classificação tríplex. Ou são atos legislativos, ou atos administrativos”. **O Contrôlo dos Atos Administrativos**, 1957, p. 18.

“(…) a Administração tem como finalidade exclusiva os fenômenos de realização do direito; a legislação é formadora do direito, e a administração executora”¹³¹. Para SEABRA FAGUNDES, a função administrativa não concorreria com a legislativa na formação do direito: “os atos administrativos apenas realizam o direito pela individualização das regras gerais e abstratas constitutivas do direito positivo”¹³². Desse conjunto de argumentos, os administrativistas logo extrairiam aquela que seria uma das expressões mais célebres no Direito Administrativo: *administrar é aplicar a lei de ofício*.

Nessa linha de contenção ao poder regulamentar também perfilha FRANCISO CAMPOS, para quem:

*“A lei condiciona estritamente a produção normativa de preceitos ou de regras de caráter jurídico, limitada a sua atividade, no que toca às medidas regulamentares destinadas à execução da lei, a tão-somente editar aqueles preceitos ou aquelas regras jurídicas que tenham por fim tornar executórios os preceitos e as regras legais, mediante dispositivos que, por serem de caráter meramente administrativo, o legislador deixou e podia deixar à prudente discricção do administrador”*¹³³.

O período de desenvolvimento teórico do Direito Administrativo sob a égide da Constituição de 1946 é marcado, no que toca à atividade regulamentar administrativa, pela contradição entre uma Constituição de extraordinária valorização da lei formal frente ao regulamento e a prática administrativista, o que deu conta a jurisprudência do Supremo à época. Também é um período de dissenso doutrinário: autores foram mais favoráveis à atividade administrativa normativa, o que não implica em desprezo à regra da primazia da lei, enquanto outros defenderam a contenção da esfera regulamentar na Administração Pública. Esse é o retrato do cenário típico de construção das ideias sobre a atividade normativa da Administração Pública na tradição brasileira.

¹³¹ *Idem*, p. 20.

¹³² *Idem*, p. 21.

¹³³ **Lei e Regulamento – Direitos Individuais**, 1965, p. 376.

I.3.3. O regime de exceção e a consolidação dos dogmas doutrinários sobre a atividade normativa da Administração Pública

Durante o regime de exceção estabelecido no Brasil em 1964, o Direito Administrativo passou a se envolver diretamente nos debates políticos sobre o funcionamento do Estado ditatorial. O ramo do Direito que disciplina a estrutura e funcionamento da Administração Pública seria, então, conclamado a servir de resistência à ditadura militar por meio de sua produção doutrinária¹³⁴. Particularmente no tema dos regulamentos administrativos, esta doutrina seria voltada à limitação da atividade normativa do Executivo. Logo foram consolidados os *dogmas doutrinários sobre a atividade normativa da Administração Pública* que ainda hoje se apresentam nos debates doutrinários envolvendo a produção de normas pelo Poder Público.

Em comum, as produções doutrinárias sobre a atividade normativa da Administração Pública de maior projeção eram marcadamente abstratas e teóricas. A baixa sinergia da doutrina de direito administrativo com os atos institucionais produzidos à época pode ser lida como uma decorrência do método científico de produção de conhecimento, fundamentalmente voltado à hermenêutica constitucional. No entanto, este dado também pode ser lido como uma manifestação de reação à política vigente, de modo que os administrativistas se incumbiriam de construir os freios jurídicos à produção de normas pelo Executivo¹³⁵. Para bem compreender a literatura de direito administrativo produzida neste período é fundamental ter em mente a arena de combate que se construiu em que, de um lado, a produção normativa se fortificaria cada vez mais e, de outro lado, os escritos de direito administrativo seriam cada vez mais restritivos ao exercício de competências normativas.

¹³⁴ Este é o balanço feito por CARLOS ARI SUNDFELD, para quem os publicistas adotaram a estratégia de contenção dos poderes exercidos pela Administração Pública nos períodos de ditadura o desenvolvimento de argumentos. Em alusão aos doutrinadores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e pela perspectiva de ADILSON DALLARI, o autor narra que “(...) a censura ao autoritarismo do regime militar adotaria, na ‘Turma de Perdizes’ a forma de defesa da ordem constitucional desse mesmo regime. Afinal – lembra Adilson –, ‘o único ponto de referência e segurança durante a Ditadura era a Constituição’. Descobrir e denunciar inconstitucionalidades – nos decretos-leis, leis e atos administrativos editados a cada dia – seria um meio, ao mesmo tempo, viável, seguro e conveniente de oposição”. **A Ordem dos Publicistas in Direito Administrativo para Céticos**, 2012, p. 118-119.

¹³⁵ Sobre a ampliação do exercício do poder normativo pelo Executivo em períodos de exceção política, cf. CARLOS ARI SUNDFELD, **Direito Administrativo Ordenador**, p. 33-34.

Diversos foram os instrumentos que corroboraram para a fortificação da atividade normativa da Administração Pública. Primeiramente, o Ato Institucional 2, de 1965, reintroduziu a figura jurídica do decreto-lei e, na sequência, o Ato Institucional 4, de 1966, ampliou o alcance do decreto-lei: originalmente destinado a disciplinar assuntos de “*segurança nacional*”, o decreto-lei também se voltaria a regular matérias de natureza financeira e administrativa¹³⁶. Com a Constituição de 1967, seria ainda mais evidente o fortalecimento do Executivo frente ao Legislativo quanto à produção normativa.

Fórmulas consagradas na tradição constitucional brasileira se apresentaram novamente na Constituição de 1967, a exemplo do princípio da separação de Poderes (art. 6º, *caput*)¹³⁷, da capacidade normativa do Chefe do Poder Executivo (art. 83, inc. II)¹³⁸ e do princípio da legalidade (art. 150, §2º)¹³⁹. Apesar disso, outras fórmulas foram resgatadas ou aprimoradas para conferir mãos fortes ao regime de exceção. Nessa linha, a delegação legislativa foi novamente admitida, porém somente nos casos expressos na Constituição, pois o correspondente art. 6º, *parágrafo único*, não admitiu a cláusula geral de delegação legislativa. Os artigos 55 e 56 da Constituição de 1967 previram a delegação interna, em que o Congresso Nacional delega função legislativa à Comissão sua ou a qualquer uma de suas Casas, ao passo que a delegação externa, em que o Congresso autoriza a prática de função legislativa pelo Chefe do Poder Executivo, foi disciplinada pelos artigos 55 e 57 da Constituição¹⁴⁰.

Some-se ao quadro a figura do decreto-lei, tratado no art. 58 da Constituição de 1967 para ser expedido em “*casos de urgência ou de interesse público relevante*”, desde que não resulte aumento de despesa, pelo Chefe do Poder Executivo em matérias de

¹³⁶ ITIBERÊ DE OLIVEIRA RODRIGUES, **Fundamentos Dogmático-Jurídicos da História do Princípio da Legalidade Administrativa no Brasil**, 2005, p. 83. Dentre os fatores de enfraquecimento do Legislativo nesse período, o autor ainda lembra o sistema de delegação interna, introduzido no Brasil pela Emenda Constitucional 17/1965 à então vigente Constituição de 1946, pela qual as Comissões Especiais do Congresso poderiam ser autorizadas a legislar em nome pleno do Congresso. *Idem, ibidem*.

¹³⁷ Esta é a redação do art. 6º, *caput*, da Constituição de 1967: “[s]ão Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

¹³⁸ Esta é a redação do art. 83, inc. II, da Constituição de 1967: “[c]ompete privativamente ao Presidente: (...) II – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução”.

¹³⁹ Esta é a redação do art. 150, §2º, da Constituição de 1967: “[n]inguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

¹⁴⁰ Em ambos os casos, nos termos do art. 55, *parágrafo único*, não poderiam ser objeto de delegação legislativa a organização judiciária e as garantias da magistratura; a nacionalidade, a cidadania, os direitos políticos, direito eleitoral, direito civil e o direito penal; e o sistema monetário e de medidas.

segurança nacional, finanças públicas e de direito tributário¹⁴¹. Assim como no Estado Novo, o decreto-lei terminou por servir como o meio ordinário de legislação a serviço do Executivo: com força de lei, nos termos do art. 58 da Constituição, firmou-se entendimento segundo o qual os decretos-leis poderiam derogar ou revogar lei parlamentar anterior¹⁴². Segundo levantamento de CAIO TÁCITO, até 3 de outubro de 1988 foram editados 2.481 decretos-leis ao todo¹⁴³.

Esse era o panorama jurídico-institucional no qual os administrativistas da época se inseriram e construíram os dogmas doutrinários sobre a atividade normativa da Administração Pública. A originalidade da construção teórica no Direito Administrativo brasileiro sobre a atividade normativa da Administração Pública deve-se ao trabalho de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO¹⁴⁴, cujo modo de conceber a atividade administrativa normativa pautaria a construção acadêmica sobre o tema. Digno de nota, os primorosos escritos de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO se caracterizam pelo raro rigor científico. Conceitos teóricos foram erigidos com fundamento doutrinário de direito comparado, classificações se desenvolveram racionalmente e, assim, foi construído o arcabouço doutrinário para analisar os preceitos constitucionais relativos à atividade normativa da Administração Pública e denunciar a dinâmica de produção de normas pelo Poder Público¹⁴⁵.

¹⁴¹ Esta matéria passou a constar no rol de temas passíveis de figurarem como objeto de decreto-lei por meio da Emenda Constitucional 1/69, endereçada a encerrar divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a distinção entre normas de direito financeiro e normas de direito tributário. Cf. ITIBERÊ DE OLIVEIRA RODRIGUES, **Fundamentos Dogmático-Jurídicos da História do Princípio da Legalidade Administrativa no Brasil**, 2005, p. 85.

¹⁴² *Idem*, p. 88. O autor ainda atenta como mecanismo de enfraquecimento do Legislativo frente ao Executivo a aprovação tácita dos projetos de lei do Executivo que o Presidente da República tenha solicitado apreciação no prazo de 45 dias caso o Congresso Nacional não delibere nesse prazo (art. 54, Constituição de 1967).

¹⁴³ **A Medida Provisória: ontem, hoje e amanhã**, 1999, p. 2.

¹⁴⁴ Cf. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, 1969, p. 303 e ss.

¹⁴⁵ Nessa linha pode-se situar GERALDO ATALIBA, que veementemente se opôs ao exercício da atividade normativa da Administração Pública. No artigo **Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro**, o publicista pontua na conclusão considerações sobre o assunto cujo conjunto informa efetivas restrições à edição de regulamentos pela Administração Pública. Trata-se de um artigo de luta. Em razão da representatividade do texto na construção histórica dos debates sobre o exercício do poder normativo pela Administração Pública, parte da conclusão é transcrita: “1. O regulamento, no Brasil, é veiculado por decreto normativo, do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República; Governador do Estado e Prefeito do Município). 2. O regulamento é ato administrativo normativo, de natureza infra-legal. 3. No Brasil, não há regulamento autônomo; deve ser lida com cautela a doutrina alienígena sobre a matéria, em razão desta essencial diversidade. 4. O regulamento só é válido quando serve à fiel execução das leis. 5. É inconstitucional e nulo o regulamento ultra e extra legem. 6. A faculdade regulamentar, prevista no inciso II, do art. 83, da Carta Constitucional vigente – que não convém chamar de ‘poder’ regulamentar, como cabe alhures – não é plena e incondicionada, mas, sistematicamente limitada. 7. Para que o regulamento seja válido, é preciso que haja previamente uma lei e 8. que esta lei comporte regulamentação. Se a lei for auto-

Trata-se de uma linha doutrinária de contenção da atividade normativa desenvolvida no âmbito da Administração Pública ditatorial, autoritária por essência, que encontrou na lei o argumento de resistência à edição de normas pelo Poder Público¹⁴⁶. Sacralização da lei formal, legalidade estrita, negação da capacidade de inovação dos regulamentos e equiparação da Administração Pública a um braço mecânico do Legislativo (a concepção monista, na visão de CARLOS ARI SUNDFELD)¹⁴⁷ logo seria o panorama de construção teórica da atividade normativa da Administração Pública por esta vertente da doutrina.

Ao analisar os “*regulamentos no direito pátrio*”, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO desenvolve leitura formal da competência normativa do Chefe do Poder Executivo disposta no art. 83, inc. II, da Constituição de 1967 para afirmar que ao Executivo seria apenas autorizado emitir regulamentos¹⁴⁸ *secundum legem*¹⁴⁹, pois destinados à “*simples execução da lei*”¹⁵⁰. Subordinados à lei formal, os regulamentos terminariam por estabelecer com ela vínculo de conformidade¹⁵¹, portanto, não criariam, modificariam ou extinguiriam direitos; não adiarão a execução da lei nem suspenderiam seus efeitos; não prescreveriam penas; não estabeleceriam restrições à igualdade, liberdade e à propriedade; não preveriam tributos ou encargos de qualquer natureza; não criariam cargos nem novas

executável, o regulamento é abusivo e nulo. 9. O regulamento não inova a ordem jurídica; vale dizer: nada cria de novo; apenas dá disposições administrativas, tendentes à fiel execução da lei; não erige norma nova; apenas adequa os órgãos administrativos para bem cumprirem ou permitirem o cumprimento da lei. (...). 1969, p. 67-68.

¹⁴⁶ “*O exercício do poder regulamentar, por órgãos administrativos de diferentes níveis hierárquicos, traz o vinco autoritário que marca, como herança da experiência política, a administração pública brasileira; em consequência, a atenção aos limites que tais normas devem guardar em relação à Lei, converteu-se em uma questão recorrente no direito brasileiro*”. PEDRO DUTRA, **O Poder Regulamentar dos Órgãos Reguladores**, 2003, p. 75.

¹⁴⁷ Cf. **Administrar é Criar?** in **Direito Administrativo para Céticos**, 2012, p. 83-87.

¹⁴⁸ Para o autor, regulamentos “*são regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, em desenvolvimento da lei, referentes à organização e ação do Estado, enquanto poder público*”. *Idem*, p. 303. Os regulamentos são classificados em regulamentos executivos, delegados ou autônomos, estes verdadeiras leis na visão do administrativista. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, 1969, p. 303-306.

¹⁴⁹ Tampouco os regulamentos autorizados poderiam ser elaborados *praeter legem* no entendimento de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, pois o seu campo de atuação teria sido limitado pela Constituição de 1967 à mera execução da lei. *Idem*, p. 314.

¹⁵⁰ *Idem*, p. 314.

¹⁵¹ Os regulamentos internos administrativos tomariam apenas aparentemente caráter *praeter legem*. Esses regulamentos organizam os órgãos administrativos em conformidade com as verbas orçamentárias, sem implicar em criação de cargos, fixação de vencimentos ou atribuição de competências distintas àquelas estabelecidas em lei formal. O autor reconhece, nesse caso, delegação implícita decorrente da criação legal de serviço, todavia a sua eficácia ficaria restrita ao âmbito interno do Poder Público (*inter legem*). *Idem*, p. 314-315.

competências; não ampliariam poderes jurídicos fixados na lei¹⁵². Afinal, na visão do autor, os regulamentos não inovam originariamente a norma jurídica, conclusão essa depreendida da teoria kelseniana: na medida em que a formação do direito processa-se em graus, o regulamento corresponderia à etapa de execução imediata da lei¹⁵³.

Outro aspecto relevante da doutrina de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO com relação à atividade normativa da Administração Pública corresponde à centralidade dessa manifestação na figura do Chefe do Poder Executivo¹⁵⁴, o que caracteriza a visão de Administração Pública piramidal adotada pelo autor em contraposição à Administração Pública policêntrica. Quanto à regulamentação das autarquias ou estabelecimentos públicos, o autor admite a edição de regulamentos internos administrativos, apenas, pois os regulamentos executivos seriam de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, sem possibilidade de delegação interna¹⁵⁵.

Mas esta transformação dos escritos de direito administrativo como “*armas de luta*” não pode ser indicada como característica comum aos administrativistas que vivenciaram o regime de exceção. HELY LOPES MEIRELLES, principal administrativista que conferiu suporte teórico à dinâmica normativa do Executivo ditatorial, por exemplo, apresenta uma definição de poder regulamentar marcadamente ampliativa: “*faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda que não disciplinada por lei*”¹⁵⁶.

A diferença de orientação sobre a atividade normativa da Administração Pública entre OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO e HELY LOPES MEIRELLES é notória. Para

¹⁵² *Idem*, p. 319.

¹⁵³ *Idem*, p. 317. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO entende que apenas os regulamentos autônomos inovam originariamente a ordem jurídica. No entanto, como constituem verdadeiras leis, o administrativista mantém a máxima de que apenas as leis inovam originariamente a ordem jurídica. *Idem*, p. 316.

¹⁵⁴ “Segundo o art. 83, II, da Constituição de 1967, compete privativamente ao Presidente da República expedir regulamentos para a fiel execução da lei. Por conseguinte, pelo Direito Constitucional pátrio, ao Executivo só se admite os regulamentos externos executivos, secundum legem e os regulamentos externos autorizados ou delegados, intralegem. E promulgados pelo próprio Presidente da República e contra-assinados pelo Ministro a cujo Ministério interessar a matéria tratada, na conformidade do art. 87, I, da Constituição. Os Ministros de Estado só têm competência para baixar instruções como preceitua o art. 87, II, da Constituição”. *Idem*, p. 313.

¹⁵⁵ *Idem*, p. 315-316.

¹⁵⁶ **Direito Administrativo Brasileiro**, 1976, p. 100.

este administrativista, regulamentos não seriam destinados à simples execução da lei, mas também de “*prover situações não previstas pelo legislador, mas correntes na prática administrativista*”¹⁵⁷. É interessante notar que locuções consagradas à limitação da atividade normativa da Administração Pública mudam a roupagem: “*aplicar a lei de ofício para sua fiel execução*” apresenta-se como “*explicar a lei para sua correta execução*”. Ademais, o conceito de decreto autônomo é subjacente à noção de poder regulamentar. Isso porque “*a faculdade normativa, embora caiba predominantemente ao Legislativo, nele não se exaure, remanescendo boa parte para o Executivo, que expede regulamentos e outros atos de caráter geral e efeitos externos*”¹⁵⁸. Desde que respeitadas as reservas de lei, de onde se extrai a atuação *praeter legem*¹⁵⁹, o exercício da atividade normativa pela Administração Pública seria amplíssimo.

Com visão mais pragmática sobre o exercício da atividade normativa da Administração Pública, CAIO TÁCITO reconhece nos regulamentos a capacidade de inovar na ordem jurídica, tais quais leis formais, não compartilhando da tese da execução meramente mecânica das leis pelo Poder Público:

*“Seja pelo predomínio na iniciativa das leis, ou pela extensão do poder regulamentar, certo é que o processo legislativo moderno prestigia a presença do Executivo, na criação do direito. Quando, portanto, o Presidente da República exercita o poder regulamentar, não se limita a mecânica execução das leis, não produz, em suma, um mero ato administrativo. Os seus encargos, embora sujeitos à supremacia da lei, têm o mesmo sentido de inovação da ordem jurídica que são peculiares à norma legal”*¹⁶⁰.

¹⁵⁷ *Idem*, p. 101.

¹⁵⁸ *Idem*, *ibidem*.

¹⁵⁹ “A doutrina aceita esses provimentos administrativos *praeter legem* [regulamentos autônomos ou independentes] para suprir a omissão do legislador, desde que não invadam as reservas de lei, isto é, as matérias que só poder lei podem ser reguladas. Advirta-se, todavia, que os decretos autônomos ou independentes não substituem definitivamente a lei: suprem, apenas, a sua ausência, naquilo que pode ser provido por ato do Executivo, até que a lei disponha a respeito. Promulgada a lei, fica superado o decreto”. *Idem*, p. 149.

¹⁶⁰ **Lei e Regulamento**, 1997, p. 480.

1.4. Reforma regulatória e o processo de afirmação da atividade normativa da Administração Pública como pauta teórica do Direito Administrativo brasileiro

Símbolo da redemocratização foi a promulgação da nova Carta Constitucional em 1988, a *Constituição Cidadã*, como esperançosamente seria consagrada. Diversos foram os preceitos de direito administrativo constitucionalizados. Por um lado, direitos e garantias dos particulares foram assegurados na Constituição, conferindo aos administrados legítimos direitos oponíveis ao Poder Público¹⁶¹. Outro fator de explicação da vasta previsão de normas de direito administrativo no texto da Constituição de 1988, com a inédita criação de um Capítulo inteiramente voltado à Administração Pública¹⁶², corresponde à constitucionalização de preceitos voltados a assegurar posições de poder a corporações e organismos estatais ou paraestatais¹⁶³, o que justificaria a quantidade de

¹⁶¹ A característica garantista da Constituição de 1988 é evidenciada pela extensão previsão de direitos das pessoas físicas e jurídicas ao mesmo tempo em que estabelece mais sujeições à Administração do que prerrogativas, razão pela qual ODETE MEDAUAR afirmou ser a Constituição de 1988 catalisadora da evolução do Direito Administrativo e, também, de práticas administrativas em favor dos administrados. Assim, a Constituição Federal incentivou mudanças em concepções tradicionais no Direito Administrativo e práticas estabelecidas na Administração Pública, muitas delas galgadas na ideia de prerrogativas públicas. Cf. **Constituição de 1988: catalisadora da evolução do Direito Administrativo?**, p. 100-107.

¹⁶² Trata-se do *Capítulo VII – Da Administração Pública*, inserido no *Título III – Da Organização do Estado*, formado por sete extensos artigos ao longo de quatro Seções (*Seção I – Disposições gerais, Seção II – Dos Servidores Públicos, Seção III – Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e Seção IV – Das Regiões*). As normas constitucionais aí dispostas, especialmente aquelas previstas no art. 37 da Constituição, correspondem a ideias consagradas na doutrina de direito administrativo e terminam por conformar os preceitos de observância obrigatória quando da estruturação administrativa ou do exercício da função administrativa. Tendo o *caput* do art. 37 aplicabilidade sobre toda a máquina administrativa – a redação constitucional é clara nesse sentido: “[a] administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (...)” –, aduz-se que suas obrigações constituem o *regime administrativo mínimo*, comum a qualquer órgão ou ente administrativo, quer sobre o regime de direito público, quer sobre o regime de direito privado. Dentre os deveres constitucionais abrangidos no conceito de regime administrativo mínimo, saliente-se o dever de realizar concurso público, ressalvados os cargos em comissão (art. 37, inc. II, c/c art. 37, inc. V), vedação à acumulação de cargos, ressalvadas as exceções constitucionais (art. 37, inc. XVI), e o dever de licitar (art. 37, inc. XXI).

¹⁶³ CARLOS ARI SUNDFELD, Cf. **Que Constituição? In Direito Administrativo para Céticos**, 2012, p. 55. O autor denomina este movimento de *constitucionalismo chapa-branca* e assim o descreve: “[a] Assembleia Constituinte se desenvolveu sob um governo fraco, cujo projeto de Constituição (feito por uma chamada Comissão de Notáveis) acabou sumariamente ignorado. Abriu-se a porta para o lobby das organizações estatais ou paraestatais mais articuladas, que acorreram com suas reivindicações de poder. Por isso, a parte mais original da Constituição, que se derrama, é o resultado do arranjo político que dividiu o poder e os recursos públicos entre organizações concretas, com interesses concretos: órgãos do ensino público básico, universidades públicas, órgãos e entes estatais da saúde, INSS, FUNAI, INCRA, administração fazendária, Banco Central, órgãos e entes ambientais, ministério e secretarias de cultura, forças armadas, Tribunais de Contas, dezenas de Tribunais, Procuradorias, Defensorias, empresas estatais da época (Telebrás, Vale do Rio Doce, Petrobrás, Comgás...), OAB, CBF, Sistema S, sindicatos, etc. Assim, p.ex., a garantia do direito dos cidadãos à saúde (art. 196) é um prefácio do principal: atender às reivindicações das corporações públicas de saúde por recursos e por um certo tipo de organização, o sistema único (art. 197 e seguintes). Em suma, os cidadãos que tiveram a atenção primária da Constituição foram policiais, fiscais tributários, militares, juízes, membros do ministério público, advogados públicos, defensores, professores de universidades oficiais, profissionais de saúde pública, e assim por diante”. *Idem*,

privilégios constitucionais ao longo do texto constitucional com efeito concreto de limitar reformas legislativas que imprimissem diferentes modos de organização administrativa, com supressão de carreiras, por exemplo, limitação de verbas orçamentárias ou supressão de vantagens aos servidores públicos destes órgãos ou categorias que tiveram voz-ativa no processo de formação da Constituição Federal.

Todas essas características tornam a Constituição brasileira peculiar frente aos demais sistemas jurídicos e terminam por estabelecer uma sistemática de relacionamento jurídico-administrativo orientada também pelos preceitos constitucionais que disciplinam a organização e funcionamento da Administração Pública, notadamente os princípios constitucionais.

Apesar dos debates nas audiências públicas e sessões da Constituinte, basicamente as locuções consagradas na tradição constitucional brasileira sobre o exercício da função normativa pelo Poder Público foram reproduzidas.

Assim como nas Constituições democráticas anteriores, a cláusula geral de legalidade foi prevista no art. 5º, inc. II, da Constituição de 1988¹⁶⁴. Porém, esta passou a figurar dentre os demais direitos fundamentais no *Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, consagrada como cláusula pétreia. Pode-se argumentar sobre o valor simbólico de considerar a norma geral de legalidade como preceito fundamental e estruturante da República Federal brasileira e, de fato, como se indicará, a Constituição de 1988 pendeu para a função legislativa em sua versão original. Eis a garantia do império da lei.

A separação de Poderes fora novamente prevista no art. 2º da Constituição de 1988¹⁶⁵ segundo a acepção das Constituições democráticas anteriores. Por sua vez, a previsão constitucional do poder regulamentar da Administração Pública seguiu o formato

ibidem. Como resultado, CARLOS ARI SUNDFELD reconhece a Constituição como uma *Lei Maior de Organização Administrativa*, de diretrizes orçamentárias e também de vantagens a servidores. *Idem, ibidem*.

¹⁶⁴ Eis a redação do art. 5º, inc. II, da Constituição de 1988: “[n]inguem será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

¹⁶⁵ Art. 2ª, Constituição de 1988. “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

originalmente delineado com a Constituição de 1891¹⁶⁶ e posteriormente reproduzido nas Constituições posteriores no art. 84, inc. IV, da Constituição de 1988:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

De acordo com esta previsão constitucional, o chefe do Poder Executivo dispõe de competência para editar regulamentos de execução, assim compreendidos os regulamentos de estrita complementação à lei formal com a finalidade última de viabilizar a aplicabilidade do conteúdo legislativo. Os regulamentos de execução são, assim, caracterizados por não inovarem a ordem jurídica.

Porém, a previsão constitucional da função pública regulamentar não se esgota apenas no referido art. 84, inc. IV, da Constituição, o que demonstra ser a atividade normativa da Administração Pública mais abrangente que a edição de regulamentos de execução. Nessa linha, o art. 87, *parágrafo único*, inc. II, da Constituição determina dentre as atribuições dos Ministros de Estado *“expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos”*. Ademais, o art. 49, inc. V, estabelece ser de competência exclusiva do Congresso Nacional *“sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”*. Da leitura de ambos os preceitos, depreende-se que a atividade normativa extravasa os limites de atuação do chefe do Poder Executivo, tendo em vista que o art. 49, inc. V, expressamente prevê competência normativa estendida para o Executivo como um todo¹⁶⁷.

Outro preceito relevante à compreensão da disciplina constitucional do exercício da função regulamentar pelo Poder Público corresponde ao art. 174 da Constituição de 1988, pelo qual *“[c]omo agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado*

¹⁶⁶ Esta é a redação do preceito da atividade regulamentar na Constituição de 1891: *“Art. 48. Compete privativamente ao Presidente da República: 1º) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso; expedir decretos, instruções e regulamentos para sua fiel execução”*. Cf. item 1.1.2. deste Capítulo 1.

¹⁶⁷ Nessa linha, o art. 76 da Constituição Federal determina que *“o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado”*.

exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (...)”. Nesta linha, a Constituição imputou tanto ao Legislativo quanto ao Executivo o papel de regulador e agente normativo da ordem econômica, razão pela qual se mostra adequada a interpretação de que a Constituição reputa como legítima a atribuição original de competências materiais e normativas a uma estrutura estatal especializada, bem como a delegação de competências para tais estruturas.

Uma mudança simbólica da transição democrática corresponde à supressão no texto constitucional de 1988 da figura do decreto-lei, então largamente utilizada durante o ainda recente regime de exceção ditatorial. Em seu lugar foi introduzido o instrumento da *medida provisória*¹⁶⁸ no art. 62 para emprego do Poder Executivo em caso de relevância e urgência¹⁶⁹.

Com relação à delegação legislativa, esta não foi simplesmente proibida pelo texto da Constituição de 1988, solução radical esta adotada na Constituição de 1946, mas racionalizada. Segundo o art. 68 da Constituição, os limites da delegação legislativa são estabelecidos por resolução do Congresso Nacional, que deve especificar o conteúdo e os termos de seu exercício. Não podem ser objeto de delegação legislativa os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional; os atos de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; matéria reservada à lei complementar; legislação sobre organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, assim como suas carreiras e garantias de seus membros; legislação sobre nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; e definição dos planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos¹⁷⁰. Apesar da cautelosa disciplina constitucional da legitimação e limites à edição de leis delegadas, autênticas espécies legislativas¹⁷¹, a lei delegada cairia em desuso frente à medida provisória. Desde a promulgação da Constituição Federal, apenas duas leis delegadas foram editadas¹⁷².

¹⁶⁸ Compreende-se por medida provisória o ato normativo primário, com força de lei, emitido pelo Presidente da República em casos de relevância e urgência, que se submetem ao crivo do Poder Legislativo quando de sua edição. A disciplina procedimental da medida provisória é definida pelo art. 62 da Constituição Federal, com redação dada pela EC 32/2001.

¹⁶⁹ Cf. item I.4.1. deste trabalho.

¹⁷⁰ Cf. art. 68, §1º, da Constituição de 1988.

¹⁷¹ Cf. art. 59 da Constituição de 1988.

¹⁷² Trata-se da Lei Delegada 12, de 1992, que dispõe sobre a função de gratificação de atividade militar para servidores militares federais das Forças Armadas, e da Lei Delegada 13, de 1992, que institui gratificações de atividade para os servidores civis do Poder Executivo e revê vantagens a eles conferidas.

Como se pode depreender dos preceitos expostos, a redação original da Constituição de 1988 tem um tratamento vigoroso da atividade normativa estatal, mas sem maiores inovações frente às Constituições anteriores.

Novamente como na última Constituição democrática que então o Brasil conhecia, a de 1946, o Constituinte buscou estabelecer um movimento de interação entre os Poderes e exercício da atividade normativa estatal com base em fórmulas tradicionais, porém com pouca atenção à realidade prática que se tornara mais intensa e sofisticada. Fato é que a produção de atos normativos pelo Executivo já era uma prática consagrada com exemplos recolhidos em diversos órgãos e autarquias, inclusive em autarquias com significativa autonomia frente à Administração Direta. Sem atenção a este cenário de intensa produção normativa, o tratamento do tema foi relativamente simplista, pois que centrado em fórmulas tradicionais construídas ainda na virada do século XIX.

Todas essas normas constitucionais conferem os parâmetros contemporâneos da *legalidade administrativa*. Os diversos preceitos relativos ao tema fragmentam-se no texto constitucional e, em torno deles, intensos debates doutrinários foram construídos sobre a interpretação e a abrangência desses que seriam verdadeiros postulados sobre a atividade normativa da Administração Pública. Muitos desses debates, para não dizer a totalidade deles, decorrem da visão subjetiva dos autores a respeito do Direito Administrativo e de sua efetivação, o que passa pelo posicionamento sobre o papel da Administração Pública e o papel do Legislativo, o que há tanto já ocupa significativo espaço da agenda de debates administrativistas.

Para elucidar o exposto, tomam-se duas frentes de interpretação da legalidade administrativa como exemplo, quais sejam: a *corrente da legalidade estrita*, ou o *legalismo*¹⁷³, e a *corrente neoconstitucionalista*, ou simplesmente *neoconstitucionalismo*¹⁷⁴.

¹⁷³ Esta expressão é adotada originalmente por CARLOS ARI SUNDFELD.

¹⁷⁴ O legalismo e o neoconstitucionalismo são dois modos de interpretar os preceitos constitucionais relativos à atividade normativa da Administração Pública tomados aqui como exemplificativos de um debate rico em interpretações e posicionamentos, razão pela qual não encerram as leituras da legalidade administrativa hoje no Brasil. Por certo que a legalidade administrativa pode ser tomada como algo mais abrangente que a legalidade estrita e, ainda, não acatar como característica estruturante dessa dinâmica a filtragem constitucional, o que se aproxima da leitura de legalidade adotada nesta tese.

Chama-se de corrente da legalidade estrita o modo de compreender a relação de legalidade estabelecida pela Administração Pública a partir da sacralização da lei, que determina a estrita conformidade das ações administrativas à lei (atuação *secundum legem*).

A chave de compreensão da legalidade administrativa, para este modo de interpretação, é a lei formal. Ao mesmo tempo em que a lei se apresenta como fundamento jurídico da organização e atuação administrativa, também é a lei que fixa os interesses públicos e os meios de satisfazê-los, condicionando por completo o exercício da função pública pela Administração. Assim, “o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis”¹⁷⁵. A relação de legalidade no âmbito do Direito Administrativo logo seria compreendida como uma relação de conformidade, pois que, ao contrário do mundo privado em que prevalece a autonomia da vontade, a Administração tem por função satisfazer os interesses públicos fixados na lei formal, sob pena de incorrer em disponibilidade do interesse público. Não por outra razão a defesa de que a Administração Pública apenas pode atuar *secundum legem*, e não *contra legem* ou *praeter legem*.

Conforme se evidencia da síntese da corrente da legalidade estrita, algumas das mais relevantes dicotomias da teoria do Direito Administrativo são tomadas como premissas de partida: dicotomia Direito Público vs. Direito Privado; interesses públicos vs. interesses privados; e autonomia da vontade vs. função. Por outro lado, dogmas seculares respaldam a construção do legalismo: a Administração Pública pode fazer apenas aquilo que a lei (formal) expressamente lhe autoriza, ao contrário dos particulares, que se encontram legitimados a realizar tudo aquilo que a lei não lhes proíba. No exercício da função administrativa, a Administração Pública tem tão somente, e por função, concretizar os comandos legais para satisfazer os interesses públicos que a lei determina, e nisso se encerra: a Administração é um mero braço mecânico do Legislador. Por detrás da afirmação de que “a Administração não pode inovar originariamente a ordem jurídica” está o repúdio a qualquer capacidade criativa do Poder Público, cujas manifestações seriam, portanto, limitadíssimas frente ao Legislativo.

¹⁷⁵ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 2012, p. 92.

Quando da interpretação dos preceitos constitucionais relativos à legalidade administrativa, os administrativistas que perfilham essa corrente extraem do conjunto normativo constitucional significativa constrição à Administração Pública, com limitada margem de atuação¹⁷⁶. Desse modo, nos termos do art. 5º, inc. II, da Constituição de 1988, ninguém estaria obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei formal, e não de regulamento. A atividade regulamentar disciplinada constitucionalmente no art. 84, IV, seria monopólio do chefe do Poder Executivo voltada unicamente à “*fidel execução da lei*”. Com um posicionamento favorável à maior constrição da atividade normativa da Administração Pública, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO sustenta que “[n]o direito brasileiro, a Constituição de 1988 limitou consideravelmente o poder regulamentar, não deixando espaço para os regulamentos autônomos, a não ser a partir da Emenda Constitucional n.º 32/01”¹⁷⁷.

Autores filiados ao neoconstitucionalismo, por sua vez, compreendem o fenômeno constitucional, o papel da lei e, conseqüentemente, a disciplina da atividade normativa da Administração Pública de modo diametralmente oposto. Ao invés da *sacralização da lei formal*, evidencia-se a *sacralização da Constituição Federal*, tendo em vista o reconhecimento do movimento de *constitucionalização do Direito Administrativo*, apesar dos múltiplos sentidos que a locução pode apresentar. De certo modo, a constitucionalização do Direito é sintetizada como o “*efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa por todo o sistema jurídico*”¹⁷⁸. Algumas relevantes decorrências à compreensão da legalidade administrativa decorrem deste esquema de raciocínio.

Primeiramente, a Constituição passa a figurar no centro do ordenamento jurídico. No caso brasileiro, este fenômeno teria iniciado tardiamente, apenas com a promulgação da Constituição de 1988, mas cujos efeitos seriam incontestáveis: os preceitos constitucionais teriam efetivo valor normativo e a Constituição seria uma norma suprema dentre as demais fontes normativas (supremacia da Constituição). Em segundo lugar, o

¹⁷⁶ É o posicionamento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, para quem “[e]stes dispositivos atribuem ao princípio em causa [legalidade] uma compostura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões”. *Idem*, p. 93.

¹⁷⁷ **Direito Administrativo**, 2011, p. 91.

¹⁷⁸ Cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, **A Constitucionalização do Direito e suas Repercussões no Âmbito Administrativo**, 2008, p. 31.

neoconstitucionalismo conferiria uma nova perspectiva de compreensão e operacionalização do Direito, pois a ordem jurídica passaria a ser sintetizada a partir da Constituição, de modo que a aplicação do Direito implicaria, na ponta, em aplicação direta ou indireta dos princípios e preceitos constitucionais (filtragem constitucional)¹⁷⁹. Por fim, o movimento de constitucionalização do Direito determinaria que a principiologia constitucional e a ordem de valores enfeixada na Constituição passaria a direcionar a realização do Direito como um todo, inclusive a atuação administrativa desde a elaboração de sofisticadas políticas públicas até a edição de atos administrativos comezinhos¹⁸⁰.

A legalidade para o neoconstitucionalismo não se encerraria em um dever de conformidade entre a Administração Pública e a lei formal, tal qual formulado pelo legalismo. Pelo contrário, “o princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem”¹⁸¹.

Com o posicionamento da Constituição na centralidade no Direito Administrativo, o neoconstitucionalismo reconhece a validade jurídica dos atos administrativos que deixam de aplicar o conteúdo de uma lei formalmente válida e eficaz por entendê-la inconstitucional. Pela chamada *juridicidade contra legem*, lei administrativa reputada inconstitucional pode ser afastada mediante motivação com fundamento imediato na Constituição, independentemente de pronunciamento judicial prévio, uma vez que a Administração Pública é uma das intérpretes constitucionais¹⁸². GUSTAVO BINENBOJM indica as razões que levam ao reconhecimento da juridicidade *contra legem* com

¹⁷⁹ *Idem*, p. 43.

¹⁸⁰ Mesmo certos administrativistas que não perfilham a linha do neoconstitucionalismo compartilham da ideia de incorporação na chave da legalidade valores e princípios, especialmente aqueles de assento constitucional, na conformação da relação jurídico-administrativa. Nessa linha, cf. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, **500 Anos de Direito Administrativo**, p. 142-143.

¹⁸¹ LUÍS ROBERTO BARROSO, **A Constitucionalização do Direito e suas Repercussões no Âmbito Administrativo**, 2008, p. 50. Outras decorrências da constitucionalização do Direito Administrativo para o autor são a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado para o matriz da ponderação, possibilidade de controle judicial do mérito administrativo com aplicação imediata dos princípios constitucionais e aproximação dos institutos que tradicionalmente eram compreendidos de direito público ou de direito privado. *Idem*, p. 49-50.

¹⁸² Cf. GUSTAVO BINENBOJM, **Uma Teoria do Direito Administrativo**, p. 174-176. A legitimação da juridicidade é apontada como uma decorrência da constitucionalização do Direito no tocante à Administração Pública. Segundo o constitucionalista: “[a constitucionalização do Direito] *além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário*”. *Idem*, p. 32-33.

fundamento direto na Constituição pelos neoconstitucionalistas: (i) a Administração Pública vincula-se direta e primariamente à Constituição; (ii) incumbe à Administração Pública, ao lado dos demais Poderes, a garantia da supremacia da Constituição; (iii) embora seja do Supremo Tribunal Federal a competência de interpretação final da Constituição, ele não detém monopólio sobre a interpretação constitucional; (iv) por questão de igualdade entre as esferas administrativas e equilíbrio de Poderes, a juridicidade *contra legem* se espraia por todo o Poder Público; e (v) a atual disciplina da ação declaratória de constitucionalidade determinada pela Emenda Constitucional 3/93 torna clara a possibilidade de descumprimento da lei interpretada como inconstitucional pelos órgãos administrativos desde que inexistente pronunciamento do Supremo sobre o assunto em questão¹⁸³.

O debate acima narrado envolvendo os preceitos constitucionais relativos à atividade normativa da Administração Pública elucida o argumento sustentado na presente tese de que visões de mundo ensejam diferentes interpretações sobre o grau de extensão da competência normativa do Poder Público. Assim como nos primeiros anos de construção da teoria do Direito Administrativo, o tema do exercício do poder normativo pelo Poder Público é ainda altamente controverso, trazendo à tona conflitos de interesses, diferentes ordens de preocupações, compreensões de instituições e dinâmicas de movimentação política dentre tantos outros fatores. O que torna o debate ainda mais interessante é a coexistência de linhas de interpretação tão díspares sobre a atividade normativa da Administração Pública. Há dissensos sobre o fundamento da conferência de poderes normativos à Administração Pública, a extensão do exercício da atividade normativa, os mecanismos de manifestação normativa e os objetivos almejados com a edição de normas pelo Poder Público.

Todas essas visões hoje se põem no debate sobre a atividade normativa da Administração Pública e o tornam verdadeiramente rico e repleto de significados. Duas transformações no Direito Público brasileiro, porém, catalisaram os debates sobre a atividade normativa da Administração Pública ao mesmo tempo em que serviram de substrato para a atual conformação do cenário de desenvolvimento da atividade normativa pelo Poder Público. São elas: a edição da Emenda Constitucional 32, em 2001, que

¹⁸³ *Idem*, p. 176.

reavivou a existência de regulamentos autônomos no Direito Administrativo brasileiro e endereçou solução jurídica à prática das medidas provisórias, e a criação de Agências Reguladoras, autoridades independentes com capacidade normativa.

I.4.1. A Emenda Constitucional n.º 32/2001: impulso à ampliação da atividade normativa da Administração Pública

Sem se alinhar ao neoconstitucionalismo, é inquestionável a intensidade da disciplina constitucional do exercício da atividade normativa pela Administração Pública, o que não se limita apenas a esta temática. Praticamente todos os grandes temas de direito administrativo encontram expressa previsão no texto constitucional. No tema dos servidores públicos, a pujança é ainda mais notável: são tantos os preceitos que estruturam as carreiras públicas e que conferem garantias e privilégios aos seus ocupantes que CARLOS ARI SUNDFELD referenciou a Constituição de 1988 como “*Constituição Chapa-Branca*”¹⁸⁴. Em razão da forte *constitucionalização do Direito Administrativo*, invariavelmente as reformas de direito administrativo são acompanhadas por emendas constitucionais, a exemplo da EC 19/98 (Reforma do Estado), da EC 8/95 (Reforma Regulatória e Reforma das Telecomunicações) e da EC 32/2001 (Reforma da Produção Normativa da Administração Pública).

Em um contexto de forte reação à dinâmica de edição de medidas provisórias pelo chefe do Poder Executivo federal, então o Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, a EC 32/2001 foi endereçada à interdição das sucessivas reedições das medidas provisórias e a dispor sobre limites à edição desta espécie de ato normativo primário pelo Presidente da República¹⁸⁵. No entanto, a EC n.º 32/2001 suscitou mais pautas de debate que apenas a operacionalização da medida provisória: a questão que realmente estava em discussão

¹⁸⁴ Cf. **Que Constituição?** in **Direito Administrativo para Céticos**, 2012, p. 55.

¹⁸⁵ A Emenda Constitucional 32/2001 alterou significativamente a disciplina da medida provisória originalmente prevista no art. 62 da Constituição nos seguintes termos: “[e]m 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, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes”.

correspondia à legitimidade da intensificação da atividade normativa da Administração Pública. Houve apenas materialização na figura da medida provisória.

É indubitável o poder de agenda do Executivo sobre a função parlamentar no cenário político atual¹⁸⁶, determinando a ordem das propostas que serão apreciadas pelo Legislativo. A medida provisória pode ser apontada como componente imprescindível à conformação do poder de agenda do Executivo¹⁸⁷ – ao qual se juntam outros elementos como a prevalência da iniciativa de leis do Executivo –, pois, nos termos do §6º incluído no art. 62 pela EC 32/2001, a medida provisória entra em regime de urgência se não for apreciada em até 45 dias, ficando sobrestadas todas as demais deliberações legislativas até a sua votação. A medida provisória¹⁸⁸ seria empregada como talvez o principal instrumento de governabilidade durante anos do Governo FERNANDO HENRIQUE CARDOSO. Em um presidencialismo de coalizão que à época se apresentou, a fortíssima influência do Executivo no Legislativo seria um fato.

No âmbito do Direito Administrativo, o questionamento sobre o uso da medida provisória como mecanismo de atividade normativa se colocou principalmente quanto à compatibilidade deste emprego com o princípio da legalidade, tendo como pano de fundo o princípio da separação dos Poderes. A seguinte passagem de CAIO TÁCITO elucida esta preocupação dos administrativistas:

“A Medida Provisória, ontem admitida na Constituição como remédio excepcional de emergência e de limitada vida temporal, atinge hoje, na prática institucional, papel paralelo à legislação emanada do Congresso, com a agravante de que sua reedição, mês a mês, nem sempre idêntica, torna difícil, mesmo para especialistas, o pleno domínio das normas em vigor em determinada data, e sobre todas as matérias. Abalado, desse modo, o princípio essencial da segurança jurídica, também se torna de

¹⁸⁶ Cf. ARGELINA CHEIBUB FIGUEIREDO e FERNANDO LIMONGI, **Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional**, 1999, p. 73.

¹⁸⁷ Sobre a relação entre medida provisória e poder de agenda, cf. MARCO AURÉLIO SAMPAIO, **A Medida Provisória no Presidencialismo Brasileiro**, 2007, p. 131-134.

¹⁸⁸ Sobre a aproximação da medida provisória ao regime dos decretos-leis, cf. CAIO TÁCITO, **As Medidas Provisórias na Constituição de 1988**, 1989, p. 2-3. Na visão do autor, a Constituição de 1988 extinguiu o regime dos decretos-leis e criou como procedimento substitutivo a medida provisória por razões pragmáticas: “[c]ontudo, a realidade política e social não comporta o retorno ao monopólio da função legislativa pelo Congresso, conforme a posição clássica da rígida separação dos poderes”. *Idem*, p. 2. Sobre as diferenças entre o decreto-lei e a medida provisória, cf. CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, **Atividade Legislativa do Poder Executivo**, 2000, p. 157-159.

*certa forma precário o correlato princípio de que a ninguém é dado ignorar a lei, na medida em que esta fica sujeita a inesperadas variações mensais*¹⁸⁹.

A EC 32/2001 pode ser apontada como a *Emenda da Reforma da Atividade Normativa*, inobstante tenha ganhado fama por reformular a dinâmica da medida provisória. Na verdade, a nova redação do art. 62 da Constituição Federal para dispor sobre o funcionamento da medida provisória¹⁹⁰ é apenas uma parte da Emenda Constitucional 32/2001. Também foram modificados preceitos constitucionais com a finalidade última de fortificar o poder de agenda do Executivo no processo legislativo. São os casos do art. 64, §2º, da Constituição – que determinou o sobrestamento das deliberações das Casas Congressuais caso projeto de lei de iniciativa do Presidente da República, em que se tenha solicitado urgência, não tenha sido apreciado em até 45 dias¹⁹¹ – e do art. 66, §6º, pelo qual veto do Presidente da República deve ser colocado na ordem do dia da sessão imediata caso não seja apreciado dentro do prazo constitucional de 30 dias pelo Congresso Nacional. Para os fins da presente tese, a modificação mais significativa trazida pela Emenda Constitucional 32/2001 é pertinente à atividade normativa da Administração Pública.

Como visto, há uma tradição histórica de as Constituições democráticas preverem a competência privativa do chefe do Poder Executivo de expedir decretos e regulamentos para a execução da lei. Nessa toada, a Constituição de 1988 estabeleceu em seu art. 84, inc.

¹⁸⁹ **A Medida Provisória: ontem, hoje e amanhã**, p. 4.

¹⁹⁰ Para fins de adequação ao novo teor da Emenda Constitucional 32/2001, também foram alterados o art. 57, §7º e §8º, e o art. 246 da Constituição de 1988. Pelo art. 57, §8º, incluído pela mesma: “[h]avendo medidas provisórias em vigor na data de convocação extraordinária do Congresso Nacional, serão elas automaticamente incluídas na pauta de convocação”. Segue que o §7º do referido preceito constitucional foi ajustado para prever dentre as pautas de deliberação das sessões legislativas extraordinárias, além da matéria para a qual se fez a convocação, as medidas provisórias em vigor na data da convocação extraordinária. Atualmente o art. 57, §7º, tem redação dada pela Emenda Constitucional 50/2006, extinguindo o pagamento de verba indenizatória então devida pela sessão extraordinária. Por sua vez, o art. 246 da Constituição Federal traça mais um limite à edição de medida provisória ao vedar o uso da medida provisória como mecanismo de regulamentação de preceito da Constituição Federal cuja redação tenha sido alterada por Emenda Constitucional promulgada entre 1º de janeiro de 1995 e a promulgação da Emenda Constitucional 32/2001.

¹⁹¹ Este é o teor do art. 64, §2º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 32/2001: “[s]e, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação”.

IV, dentre as atribuições privativas ao Presidente da República, “*sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*”. Em sua redação original também se evidencia dentre as competências privativas “*dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei*” (inc. VI). A Emenda Constitucional 32/2001 modificou o teor do art. 84, inc. IV, da Constituição que passou a ter a seguinte redação:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

A mudança do texto do preceito constitucional é expressiva¹⁹², exatamente pela supressão da locução “*na forma da lei*”. Não por outro motivo a alteração constitucional repercutiu na doutrina do Direito Administrativo brasileiro. Afinal, o exercício da atividade normativa pela Administração Pública estaria, doravante, não apenas circunscrito à legalidade estrita? Seriam legítimos meios de edição de regulamento com fundamento direto e imediato na Constituição Federal, e não apenas na lei formal? Estariam recepcionados os *regulamentos autônomos*¹⁹³ no Direito Público brasileiro?

Novamente tomando como referência de análise a orientação do legalismo, depreende-se profunda compreensão sobre o impacto deste novo preceito sobre o exercício

¹⁹² Para fins de adequação do texto constitucional à nova redação imprimida pela Emenda Constitucional 32/2001 ao art. 84, inc. VI, da Constituição, os seguintes preceitos foram modificados também pela referida emenda: art. 48, inc. X e XI [*“cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: (...) X – criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b; XI – criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública”*]; art. 61, §1º [*“são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...) II – disponham sobre: (...) e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI*]; e art. 88 [*“a lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública”*].

¹⁹³ Os regulamentos autônomos são compreendidos na presente tese como os atos administrativos normativos editados que retiram o fundamento de validade imediata e diretamente da Constituição Federal, sem a intermediação de lei formal na criação de direitos e obrigações à própria Administração Pública e a particulares.

da atividade normativa pela Administração Pública brasileira. Os autores partidários do legalismo resistem à recepção da figura dos regulamentos autônomos e buscam aproximá-la aos regulamentos de execução, então única manifestação legítima da atividade normativa da Administração Pública. Segundo esta visão, a administração seria “*atividade subalterna à lei; que se subjuga inteiramente a ela; que está completamente atrelada à lei; que sua função é tão só a de fazer cumprir lei preexistente, e, pois, que regulamentos independentes, autônomos ou autorizados são visceralmente incompatíveis com o Direito brasileiro*”¹⁹⁴.

Outra corrente, porém, entende que a partir da Emenda Constitucional 32/2001 o regulamento autônomo passa a figurar como legítima fonte do Direito Administrativo, ainda que limitado a apenas os casos previstos no art. 84, inc. VI, da Constituição¹⁹⁵.

No que tange à disciplina da organização e funcionamento da Administração Pública, desenvolveu-se entendimento de que essas seriam matérias objeto de reserva de administração com a edição da Emenda Constitucional 32/2001. Esta é a orientação sustentada pelo próprio Supremo Tribunal Federal¹⁹⁶. O entendimento do Supremo é assim sintetizado pelo Min. JOAQUIM BARBOSA na ADI 2.707/2006:

¹⁹⁴ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, 2012, p. 106.

¹⁹⁵ ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, que denomina o regulamento autônomo previsto no art. 84, inc. VI, da Constituição como “*regulamento autônomo organizacional*”, perfilha essa linha de entendimento. Cf. **Curso de Direito Administrativo**, 2012, p. 35.

¹⁹⁶ Construiu-se jurisprudência no STF favorável à existência de decretos autônomos que instituem direitos e obrigações, bem como benefícios fiscais (cf. ADI 4.152/2011, ADI 2.439/2002 e ADI 3.664/2011) e disciplina da exploração de atividades econômicas (na ADI 3.183/2006, por exemplo, em que se discutiu a constitucionalidade de decreto-autônomo voltado à disciplina jurídica de lotéricas e bingos). Inclusive, tem o Supremo reconhecido o caráter autônomo de Decreto que se auto intitula “*de execução*”, pois que regulamentaria lei formal existente, mas termina por definir direitos e obrigações aos particulares (cf. ADI 2.387/2001). Cite-se, ademais, a ADI 2.564/2003, em que o decreto autônomo foi expressamente reconhecido nos termos do voto da Min. ELLEN GRACIE: “[p]or outro lado, nenhuma ofensa houve ao princípio da reserva legal. Como bem exposto nas informações, o inciso VI do art. 84 da Constituição recebeu da Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001, uma nova redação, que permite expressamente ao Presidente da República dispor, por decreto, sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando isso não implicar aumento de despesa ou criação de órgãos públicos, exceções que não se aplicam ao Decreto atacado [Decreto 4.010/2001, que determina ser de competência do MPOG processa folha de pagamento dos servidores da Administração Direta e Autárquica após aprovação do recurso de custeio]”. O desenvolvimento da jurisprudência constitucional sobre o decreto-autônomo se deu fundamentalmente quando da análise da natureza de decretos questionados em via concentrada junto ao Supremo para determinar o cabimento, ou não, de ação direta de inconstitucionalidade contra decreto autônomo. Apesar da inicial divergência jurisprudencial, o recente entendimento do Supremo é pelo cabimento de ação direta de inconstitucionalidade contra decreto autônomo, consolidado após a Emenda Constitucional n.º 32/2001. Cf. ADI 3.664/2011 e ADI 4.152/2011.

“[c]om efeito, se se considerar que a criação de Comissão Executiva não gera aumento de despesa, a Assembleia Legislativa terá atuado em área de cuja regulamentação o Poder Executivo possui completa autonomia para tratar, inclusive por decreto. Se, ao contrário, se considerar que a criação de Comissão gera aumento de despesa, aplica-se ao caso a reserva de iniciativa. Noutras palavras, os dispositivos atacados são inconstitucionais, seja por aplicação do art. 84, VI, seja por aplicação do art. 61, §1º, II, e, ambos da Constituição de 1988”.

Embora houvesse no Direito Público brasileiro histórico debate sobre a tipologia dos regulamentos, no qual se incluíam os regulamentos autônomos¹⁹⁷, o ímpeto da reforma da atividade normativa foi marcadamente pragmático, voltado à racionalização da medida provisória. Trata-se de duas faces de uma mesma moeda: se por um lado o mecanismo de governabilidade do Poder Público seria limitado, por outro a atividade normativa da Administração Pública foi reforçada naquelas matérias que eram sistematicamente versadas pelas medidas provisórias¹⁹⁸. O ponto aqui sustentado é que a legitimação de disciplina da organização e funcionamento da Administração Pública por decreto autônomo funcionou como relativa válvula de escape às limitações determinadas pela Emenda Constitucional 32/2001 às medidas provisórias. Desse modo, não é possível dissociar o contexto de reestabelecimento dos decretos autônomos no Brasil da sistemática das medidas provisórias.

A Emenda Constitucional 32/2001 se contextualiza no movimento de ampliação da atividade normativa da Administração Pública, sendo um dos relevantes instrumentos de

¹⁹⁷ Os debates de direito administrativo sobre os decretos autônomos inserem-se no campo da classificação da atividade regulamentar da Administração Pública ao lado dos regulamentos independentes (atos normativos com fundamento legal, mas que gozam independência para disciplinar originariamente aspectos do conteúdo da lei), regulamentos de necessidade (editados pelo Executivo originariamente para posterior convalidação do Legislativo) e dos regulamentos de execução. Cf. FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, **Atos Administrativos Normativos: algumas questões**, 2011, 225 e ss.

¹⁹⁸ Diversas medidas provisórias versaram sobre o que poderia ser enquadrado na “*organização e funcionamento da Administração Pública*”, sem implicar em aumento de despesa ou em criação de órgão público. Cf., por exemplo, a MP 813/95, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios; MP 1.723/98, que dispõe sobre regras gerais de organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos; e MP 1.815/99, que suspende a concessão de promoções e progressões funcionais aos servidores da Administração federal Direta e Autárquica. Importante salientar que, embora os decretos autônomos sirvam de válvula de escape às limitações trazidas pela Emenda Constitucional 32/2001 às medidas provisórias, tal não significa substituição de medida provisória por decreto autônomo. De fato, temáticas outras que foram objeto de medidas provisórias não estão abrangidas nas hipóteses do art. 84, inc. VI, da Constituição Federal.

valorização dos atos administrativos normativos frente aos atos legislativos. Para o Direito Administrativo, a alteração do art. 84, inc. VI, da Constituição é simbólica de um período de reflexão sobre o papel da lei formal na conformação da atuação administrativa. Na ponta, é a própria concepção clássica de legalidade, largamente discutida no âmbito doutrinário, que se encontra desafiada, ensejando diferentes compreensões do exercício da competência normativa da Administração Pública. Os debates que seguiram foram pautados por esta agenda de debates.

1.4.2. O debate sobre a atividade normativa da Administração Pública com a criação de autoridades administrativas independentes com poder normativo

A partir da década de 1990, as *Agências Reguladoras* passaram a figurar na estrutura da Administração Pública brasileira. Foram criadas autoridades administrativas independentes, com função regulatória para disciplinar mercados até então monopolizados por empresas estatais (que acumulavam a função de prestadoras de serviços públicos e reguladoras), submetidas a processo de desestatização¹⁹⁹. Segundo a justificativa governamental, com a liberalização de determinados mercados colocou-se a necessidade de estruturar um modelo de intervenção regulatória estatal para disciplina e controle da prestação indireta de serviços públicos. Sob influência do *common law*²⁰⁰, em clara demonstração do quadro de confluência dos sistema de direito administrativo, foram erigidas as Agências Reguladoras.

Para os comentadores da política de criação das Agências Reguladoras no Brasil, a proposta vai além da constituição de uma instituição sólida com capacidade de gestão hábil

¹⁹⁹ Nem todos os autores contextualizam as Agências Reguladoras na Reforma do Estado. ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO, por exemplo, sustenta a tese de que o Brasil já tinha recepcionado o modelo de Agências Reguladoras ainda no início do século XX, quando já se encontravam na estrutura da Administração Pública entidades cujos dirigentes exerciam mandato. Assim, as Agências Reguladoras não deveriam ser contextualizadas no movimento de desestatização. Sem reconhecer como necessária a relação entre o modelo de agência reguladora e desestatização, a contemporânea criação dessas entidades seria resultado da insurgência contra a “*administração pública automatizada*”. Cf. **Agências Reguladoras: algumas perplexidades e desmistificações**, 2008, p. 1.

²⁰⁰ Este é o posicionamento governamental da época, que reconheceu a influência do direito anglo-saxão na introdução das Agências Reguladoras na estrutura administrativa brasileira. Cf. PEDRO DUTRA, **Órgãos Reguladoras: social-democracia ou neogetulismo**, p. 25. Todavia, CARLOS ARI SUNDFELD reconhece que o processo de implantação dos órgãos reguladores no Brasil se aproxima mais ao vivenciado pela Europa que propriamente ao *common law*. **Introdução às Agências Reguladoras**, p. 23.

a transpor disfuncionalidades do modelo de gestão burocrática e, assim, disciplinar setores privatizados. A criação de órgãos reguladores autônomos sinalizaria segurança jurídica no cenário regulatório brasileiro devido à blindagem política, que garantiria a manutenção dos contratos e viabilizariam previsibilidade sobre as normas jurídicas (compromisso regulatório com as regras do jogo)²⁰¹. Esta era uma forte preocupação quando da criação das Agências Reguladoras, as quais serviriam como instrumento de atração de investimentos externos ao Brasil, cuja economia se encontrava solapada pela crise fiscal. Mas também as Agências Reguladoras seriam o resultado material do movimento de mudança dos métodos de intervenção do Estado no domínio econômico, do poder de polícia para a regulação, razão pela qual terminariam por internalizar eixos de transformação do método de regulação estatal: (i) alteração dos objetivos da regulação (foco da regulação); (ii) deslocamento do eixo da regulação para o plano horizontal (eixo da regulação); (iii) procedimentalização, transparência e especialidade da regulação (transformações metodológicas); e (iv) introdução de técnicas regulatórias inovadoras (instrumentos jurídicos e administrativos)²⁰².

Pode-se afirmar que os debates sobre o exercício de competências normativas pela Administração Pública ganhou força com a criação das Agências Reguladoras. Já era da praxe do direito administrativo, porém, o exercício de competências normativas por autoridades administrativas independentes, bastando retomar os exemplos das autarquias constituídas sob a égide da Constituição de 1937 e as sucessivas delegações de competências normativas internas para que órgãos e entes administrativos específicos as exercessem²⁰³. Também estavam em pleno funcionamento autarquias administrativas regulatórias de mercado, como o BACEN e a CVM, que, muito embora não sejam denominadas “agências” e não tenham explicitadas em suas leis de regência as notas do regime especial com as locuções típicas²⁰⁴, sempre exerceram com grande margem de

²⁰¹ Cf. DIOGO ROSENTHAL COUTINHO, **Regulação e Redistribuição: a experiência brasileira de universalização das telecomunicações**, 2003, p. 140.

²⁰² FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, **Balanco e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil**, 2007, p. 9.

²⁰³ Cf. item I.3.1. deste trabalho.

²⁰⁴ Não é o caso de analisar a natureza jurídica destas entidades com a finalidade de verificar se são, ou não, efetivas Agências Reguladoras. Não se reconhece maiores utilidades em desenvolver trabalho com tal propósito eis que o cenário de fragmentação normativa e de especialização do regime em cada autoridade regulatória coloca o foco de análise, propriamente, nas normas que orientam sua estruturação e funcionamento para delas depreender as características peculiares a cada instituição. Importa, para os fins da presente tese, verificar que essas entidades de longa data previstas no Direito Administrativo brasileiro exercem poder normativo com significativa autonomia frente ao Ministério da Fazenda. Todavia, há

independência competências normativas. A discussão doutrinária sobre o exercício de competências normativas por autoridades administrativas independentes, no entanto, apenas se afirmaria como efetiva pauta de debates teóricos no Direito Administrativo brasileiro com a criação das agências reguladoras²⁰⁵.

Um dos modos de conceber a ampliação da atividade normativa da Administração Pública frente à atuação do Legislativo é pela lente da *deslegalização*. Esta perspectiva toma como pressuposto de análise a crise da lei formal na disciplina jurídica dos fenômenos sociais e econômicos. Diante do vácuo normativo ensejado pelo Legislativo – e as características da produção normativa pelo Executivo, verdadeiras válvulas de escape às disfuncionalidades da atividade legislativa que culminam na crise da lei –, o regulamento passaria a assumir papel de proeminência na atividade normativa estatal. Assim, no campo prático do direito público, a deslegalização seria reconhecida pela via de mão dupla menor produção legislativa *vs.* intensificação da atividade normativa da Administração Pública²⁰⁶.

discussão doutrinária sobre a viabilidade em reconhecer as autoridades reguladoras do mercado financeiro e de capitais como Agências Reguladoras. Favoravelmente à natureza de agência reguladora imprimida a essas entidades, cf. posicionamento de ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO, **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, 2006, p. 45, e CONRADO HÜBNER MENDES, **Reforma do Estado e Agências Reguladoras**, 2000, p. 128-130. Em sentido contrário, cf. EGON BOCKMANN MOREIRA, **Agências Administrativas, Poder Regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional**, 1999, p. 100.

²⁰⁵ O que não significa que inexistissem estudos sobre o exercício de poder normativo pelas autoridades administrativas independentes do Sistema Financeiro Nacional. Cf., dentre outros, CAIO TÁCITO, **Comissão de Valores Mobiliários. Poder Regulamentar**, 1997, *passim*; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **O Poder Regulamentar da Comissão de Valores Mobiliários**, *passim*; GERALDO ATALIBA, **Delegação Normativa (limites às competências do CMN e BACEN)**, 1991, *passim*; EGON BOCKMANN MOREIRA, **Agências Administrativas, Poder Regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional**, 1999, *passim*; e MARIA EDUARDA FLECK DA ROSA, **O Poder Normativo da Comissão de Valores Mobiliários**, 2012, p. 81 e ss. O ponto aqui sustentado é que a doutrina do direito administrativo não se abriu efetivamente ao debate sobre a atuação normativa pela Administração Pública a partir da experiência colhida do mercado financeiro e de capitais. Uma possível justificativa a superação deste quase que menoscabo doutrinário ao tema da atuação administrativa normativa seja o fato de ela passar, com a criação das Agências Reguladoras, a estar diretamente relacionada com o clássico tema dos serviços públicos, o que despertou, por fim, a atenção dos administrativistas brasileiros. Para estudo aprofundado sobre a dinâmica regulatória do sistema bancário nacional, a partir da análise do exercício de competências normativas pelo BACEN e CMN, cf. BRUNO MEYERHOF SALAMA, **Como Interpretar as Normas Emitidas pelo Bacen e CMN? Uma resposta a partir da evolução do modelo de Estado brasileiro**, 2009, *passim*.

²⁰⁶ VERA CRISTINA CASPARI MONTEIRO apresenta outras teses para justificar o aprofundamento da atuação normativa da Administração Pública: “a) o surgimento de um novo tipo de discricionariedade (pautado pelos objetivos definidos na lei para serem implementados no setor regulado); b) o reconhecimento de uma função normativa por delegação da lei instituidora; c) a ampliação da função regulamentar (admitindo-se a existência de outros regulamentos em nosso sistema que não apenas os meramente executivos); d) a deslegalização (delegação de matéria ao Executivo, por opção do legislador); e e) o aprofundamento dos conceitos de sujeição geral x sujeição especial”. **Princípio da Legalidade e os Poderes Normativo e Regulamentar da Administração Pública**, 2007, p. 4.

Na qualidade de autoridades regulatórias independentes, às agências reguladoras foi conferida significativa autonomia – amplamente reconhecida como *independência das agências reguladoras* – com relação à Administração Direta que sistematicamente suas leis de criação²⁰⁷ traduziram como autonomia política dos dirigentes, autonomia técnica e decisória, autonomia orçamentária e financeira, autonomia de gestão e autonomia normativa. São, portanto, *autarquias de regime especial*, regime especial este variável conforme o conjunto normativo das agências. Porém, em que medida seria juridicamente viável a atribuição de competências normativas a entidades administrativas independentes? Era essa a pergunta de vez nos debates de Direito Administrativo.

O debate em torno da competência normativa das agências reguladoras no direito administrativo brasileiro pode ser sintetizado em três perguntas: (i) pode a lei conferir poderes normativos às agências reguladoras?; (ii) os atos normativos editados por agências reguladoras podem inovar a ordem jurídica?; e (iii) qual o limite e a abrangência das normas editadas pelas agências reguladoras?²⁰⁸

²⁰⁷ A política de criação das Agências Reguladoras no contexto da Reforma do Estado é bem descrito por REGINA PACHECO. Segundo a autora, trata-se de um processo fundamentalmente conduzido no âmbito da Casa Civil, ressalvado o caso da ANATEL, cuja arena de discussão se concentrou no âmbito do Ministério das Comunicações, mas com relevante participação do Legislativo, outro relevante ator na criação das Agências Reguladoras. Sustenta-se no estudo que as Agências Reguladoras seguiram uma roupagem uniforme: “*apesar das distinções presentes na literatura, o mesmo modelo organizacional foi adotado, no Brasil, tanto para a área de infra-estrutura quanto para a área social, concedendo autonomia às agências de ambas as áreas e o respeito aos direitos dos usuários*”. **Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle**, 2006, p. 531. Cf., ainda, PEDRO DUTRA, **Órgãos Reguladores: social-democracia ou neogetulismo**, 2003, p. 23-26. Sobre o contexto histórico de criação da Anatel, cf. CARLOS ARI SUNDFELD, **Meu Depoimento e Avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações**, 2007, *passim*.

²⁰⁸ Outro interessante debate se coloca com relação ao impacto do art. 25 do ADCT sobre a dinâmica da atividade normativa praticada pela Administração Pública. Esta é a redação do mencionado preceito constitucional: “[f]icam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I – ação normativa”. Uma tese sustentada, a partir do conteúdo normativo do art. 25 do ADCT, consiste na vedação pela Constituição Federal ao exercício de atividade normativa por entes administrativos, que não regulamentos de execução, tendo em vista que revogação destas leis de delegação que significaria, na ponta, a confirmação de que foram inúmeros os abusos cometidos na história da dinâmica regulamentar e proibição de doravante se reproduzirem. Esta tese foi corroborada principalmente pelos administrativistas partidários do legalismo. Cf. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **Lei e Regulamento – A Chamada “Reserva de Lei” – As Delegações Legislativas Disfarçadas**, 2005, p. 14. Sobre o debate no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, em crítica a esta leitura, cf. JEAN-PAUL CABRAL VEIGA DA ROCHA, **Direito Público e Política Econômica: a jurisprudência constitucional sobre o poder normativo do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central**, 2005, p. 16 e ss.

Primeira divergência se coloca com relação à própria legitimidade de exercício de competências normativas pelas agências reguladoras²⁰⁹. Encontra-se na doutrina de direito administrativo entendimento de constitucionalidade de agências reguladoras com poderes normativos somente nas hipóteses em que a Constituição expressamente fizer referência ao “*órgão regulador*” responsável por disciplinar a prestação dos correspondentes serviços públicos. São os casos dos serviços de telecomunicação (art. 21, inc. XI)²¹⁰ e dos serviços relacionados ao setor de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos²¹¹ (art. 177, §2º, inc. III)^{212 213}.

Há posicionamento no sentido de inconstitucionalidade da edição de normas gerais e abstratas pelas Agências Reguladoras, pois o art. 84, inc. VI, da Constituição Federal teria limitado a competência regulamentar exclusivamente ao chefe do Poder Executivo²¹⁴.

²⁰⁹ Esta questão pode ser inserida em um panorama de reflexão maior, que se propõe a verificar se haveria um *déficit democrático* das Agências Reguladoras em razão da autonomia decisórias que as caracteriza. Sob a expressão “*déficit democrático*” estavam submergidas preocupações de primeira ordem para legitimação das Agências Reguladoras no panorama institucional do Estado brasileiro, notadamente sobre temas sensíveis como a tripartição de poderes, a legalidade e o controle da regulação praticada pelas agências. Os seguintes autores buscaram tomar posicionamento acerca desta indagação: MARÇAL JUSTEN FILHO, **Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”?**, 2003, *passim*; PAULO TODESCAN LESSA MATTOS, **Autonomia Decisória, Discricionariedade Administrativa e Legitimidade da Função Reguladora do Estado no Debate Jurídico Brasileiro**, 2005, *passim*; EGON BOCKMANN MOREIRA, **Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a “Elaboração Processual de Normas”**, 2003, *passim*. O tema foi, inclusive, objeto de debates em evento coordenado por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, em maio de 2003, contando com a presença de vários publicistas para discutir se haveria, ou não, um déficit democrático das Agências Reguladoras que tinham acabado de surgir. Dentre os pontos de reflexão suscitados para defesa da legitimação das Agências Reguladoras, os seguintes foram explorados no evento: necessidade de reorganização da separação de Poderes; legitimação pelo procedimento prévio à edição de atos regulatórios; compreensão do pluralismo institucional no âmbito da Administração Pública; legitimação advinda do controle das Agências Reguladoras pelos outros Poderes; legitimação pela participação administrativa; transparência na tomada de decisões regulatórias; respeito às diretrizes constitucionalmente estabelecidas; e valor do controle judicial na legitimação das Agências Reguladoras. O debate foi transcrito e ajustado para sua publicação na *Revista de Direito Público da Economia* (vol. 5) sob a sugestiva denominação **Há um Déficit Democrático nas Agências Reguladoras?**, 2004, p. 163 e ss. Parece-me que a pergunta mais instigante, e mesmo relevante à teoria do Direito Administrativo, não é saber se há, ou não, um *déficit democrático* das Agências Reguladoras, mas sim o por quê de esta pergunta ter ocupado tanto espaço na doutrina, um objeto central de preocupação dos juristas favoráveis ao modelo de Agências Reguladoras no Estado brasileiro.

²¹⁰ “Art. 21. Compete à União: (...) XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicação, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”. A redação do preceito foi dada pela Emenda Constitucional n.º 8/95.

²¹¹ Nessa linha, cf. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, **Curso de Direito Administrativo**, 2001, p. 154.

²¹² “Art. 177, §2º. A lei a que se refere o §1º disporá sobre: (...) III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União”. A redação do preceito foi dada pela Emenda Constitucional n.º 9/95.

²¹³ Nessa linha, cf. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, **Direito Administrativo**, p. 465.

²¹⁴ Este é o posicionamento adotado por ALEXANDRE MAZZA, para quem “é vedado às agências reguladoras – sob pena de flagrante inconstitucionalidade – editar normas administrativas gerais e

De tão extremado, o posicionamento torna inócua a previsão legal de competência normativa às agências reguladoras.

Sobre o segundo ponto de questionamento – atos normativos editados por agências reguladoras podem inovar a ordem jurídica? –, é possível verificar dois grandes entendimentos na doutrina de direito administrativo. Especialmente os autores partidários do legalismo se opõem à inovação da ordem jurídica na medida em que apenas à lei caberia inovar originariamente a ordem jurídica; do contrário, estar-se-ia diante de flagrante caso de usurpação de função legislativa pela Administração Pública²¹⁵. Outra vertente, porém, entende legítimo que regulamentos criem direitos e obrigações desde que mediante expressa autorização legislativa²¹⁶.

Com relação ao terceiro tópico de debate sobre a atribuição de poder normativo às agências reguladoras – qual o limite e a abrangência das normas editadas pelas agências reguladoras? –, as orientações doutrinárias variam diametralmente de acordo com a visão do autor sobre o fenômeno do direito administrativo e a orientação adotada com relação aos limites e à abrangência da regulação normativa praticada pelas agências reguladoras. O legalismo, por exemplo, tende a minimizar ao máximo o conteúdo das normas emanadas pelas agências reguladoras. Os autores partidários dessa linha de orientação sustentam que as determinações normativas das agências reguladoras devem se limitar a aspectos estritamente técnicos²¹⁷, pois apenas a lei formal pode criar obrigações aos administrados.

abstratas, já que a função regulamentar, entre nós, foi conferida com exclusividade aos Chefes do Executivo”. **Agências Reguladoras**, 2005, p. 180-181.

²¹⁵ Não é debate novo, inaugurado com a criação das Agências Reguladoras, a questão da possibilidade de regulamentos inovarem na ordem jurídica. No contexto da reforma regulatória do Estado, esta questão passou a ser trabalhada no tema das Agências Reguladoras, especialmente pelos autores partidários do legalismo para defesa da supremacia da lei formal. Nessa linha contemporânea, cf., dentre outros: ALEXANDRE MAZZA, **Agências Reguladoras**, 2005, p. 176-177; MARCELO FIGUEIREDO, **As Agências Reguladoras**, 2005, p. 282; e CLÉMERSON MERLIN CLÈVE, **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**, 2000, p. 251.

²¹⁶ “Contudo, é possível aos regulamentos gerar deveres, direitos e obrigações, desde que expressa e previamente autorizados em lei (ainda que de forma abstrata). Não somente na condição de atos executivos, mas criando prescrições legalmente autorizadas. A lei fixa o estandar genérico, outorgando com precisão, para autoridade administrativa específica, o título competencial básico, que a autorize a criar”. EGON BOCKMANN MOREIRA, **Agências Administrativas, Poder Regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional**, 1999, p. 106.

²¹⁷ Cf. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, **Curso de Direito Administrativo**, 2008, p. 154.

Tampouco, em tese, poderia a lei conferir poder normativo em sentido estrito às agências reguladoras porque elas se incumbem tão somente da disciplina normativa técnica²¹⁸.

Por outro lado, sustenta-se que a atividade normativa das agências reguladoras não se encerra em disciplina técnica²¹⁹. Porém, nesta mesma orientação ampliativa da atividade normativa das agências reguladoras são diversas as soluções jurídicas à definição dos limites à regulação normativa.

Como se depreende, a linha do legalismo enseja o reconhecimento de legitimidade das agências reguladoras no direito administrativo brasileiro apenas nas hipóteses constitucionais explícitas. Some-se a isso a vedação da delegação disfarçada²²⁰, ou seja, a edição de leis marcadamente abertas a serem preenchidas via regulamentação, que, no caso das agências reguladoras, leva à contestação da dinâmica de edição de leis-quadro (estruturadas em *standards*) para posterior regulação pela autoridade técnica independente. O exercício do poder normativo é, nesta visão, minimizado: às agências reguladoras é defeso inovar a ordem jurídica, podendo apenas dispor sobre assuntos de natureza técnica. Com base nesta visão limitadíssima do poder normativo das agências reguladoras, são as agências por vezes equiparadas a autarquias que nada inovam no direito administrativo, pois a história recente do Direito Administrativo é marcada por exemplos de entes administrativos com poderes normativos²²¹.

²¹⁸ “Dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente a ordem jurídica, resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades não de se cifrar a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem, na forma da lei, provir de providências subalternas”. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, 2012, p. 176-177. Nessa linha de entendimento, LETÍCIA QUEIROZ ANDRADE, que atribui a natureza de regulamento de complementação aos atos normativos editados pelas Agências Reguladoras, indica ser o caráter técnico o critério de diferenciação entre estes e os regulamentos de execução. **Poder Normativo das Agências Reguladoras (legitimação, extensão e controle)**, 2008, p. 9-10. Devido à natureza técnica dos regulamentos de complementação editados pelas Agências Reguladoras, a autora indica a imprescindibilidade de que os atos sejam produto de competência técnica expressamente atribuída por lei e que sejam exercidos no âmbito da discricionariedade técnica. *Idem*, p. 11-12.

²¹⁹ Cf. EGON BOCKMANN MOREIRA, **Agências Administrativas, Poder Regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional**, 1999, p. 106;

²²⁰ Cf. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **Lei e Regulamento – A Chamada “Reserva de Lei” – As Delegações Legislativas Disfarçadas**, 2005, p. 11-14.

²²¹ Cf. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, **Direito Administrativo**, 2011, p. 479. Segundo a autora, “(...) no direito brasileiro, existem, desde longa data, entidades com função reguladora, ainda que sem a denominação de agências. (...) Além desses, podem ser mencionados outros exemplos, como o Banco Central, o Conselho Monetário Nacional, a Comissão de Valores Mobiliários e tantos outros órgãos com funções normativas e de fiscalização. Assim, a inovação maior é o próprio vocábulo agência, antes raramente utilizado para designar entes da Administração Pública”. *Idem, ibidem*. Reconhecendo a existência de estruturas análogas às Agências Reguladoras na recente história do Direito Administrativo brasileiro, a exemplo dos órgãos reguladores que surgiram a partir da ditadura Vargas, de 1930 até 1962,

A previsão de poderes normativos às Agências Reguladoras não resulta de um simples transplante institucional, a importação de uma solução estrangeira que não se coaduna com o Direito Administrativo brasileiro. A influência do sistema norte-americano na construção das Agências Reguladoras é inquestionável, mas é aí que o argumento cessa. Não é lógica ou empiricamente fundada a afirmação de que a conferência de poderes normativos às Agências Reguladoras foi uma solução de providência por importação, sem decorrer da “*evolução do Direito Administrativo*”. O direito administrativo estava maduro o suficiente para tomar contato com soluções de *common law*, cotejá-las à luz da Constituição e apresentar soluções jurídicas consentâneas com o Direito Administrativo nacional. É tudo uma questão de ponto de vista e de corrente interpretativa.

No âmbito da jurisdição constitucional, de longa data o Supremo reconhece a conferência de poderes normativos a autoridades administrativas que não apenas o chefe do Poder Executivo e seus Ministros, ou Secretários, para edição de regulamentos administrativos. O mais interessante desse levantamento empírico é que a jurisprudência do Supremo sobre o exercício de poderes normativos pela Administração Pública foi desenvolvida a partir da análise de casos envolvendo órgãos e entes administrativos não qualificados como “*independentes*”²²². Embora não se pudesse afirmar de maneira certa que o exercício de poderes normativos pelas Agências Reguladoras independentes seria interpretado como constitucional pelo Supremo, o cenário era propício para tanto²²³.

PEDRO DUTRA indica ser o componente da independência o grande diferencial das Agências Reguladoras criadas no contexto da Reforma do Estado e todas as demais autoridades regulatórias já amparadas na burocracia estatal: “[a] *tradição jurídica brasileira revela, portanto, a presença, há mais de meio século, de órgãos reguladores. Mas revela também a celebração do mando pessoal na condução da administração pública cuja afirmação na ditadura getulista impregnou a cultura política nativa com traços de indelibilidade, ao contrário da experiência verificada nas economias democráticas*”. **Órgãos Reguladoras: social-democracia ou neogetulismo**, 2003, p. 26.

²²² Cf. item I.3. deste trabalho.

²²³ É esta conclusão também alcançada por EGON BOCKMANN MOREIRA e HELOISA CONRADO CAGGIANO: “[a] *partir da análise destes julgados, constata-se a construção de um conceito amplo de legalidade pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não se limita à concepção clássica originariamente adotada, nem à dita legalidade estrita. (...) Este novo sentido amplo atribuído ao princípio da legalidade pelo Supremo Tribunal Federal (que, conforme demonstrado, já vem sendo abordado pela doutrina), configura sério indício de verdadeira mutação constitucional em face da concepção clássica propagada, e aplica-se com perfeição à questão do poder normativo conferido às agências reguladoras, órgãos da Administração Pública indireta que visam à regulação de setores da economia, como forma de assegurar o bom desempenho das funções regulatórias, sem perder de vista os limites, standards, previstos em lei*”. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras na Jurisprudência do STF – mutação constitucional do princípio da legalidade?** 2013, p. 13-14.

Com relação à doutrina, o Direito Administrativo já dispunha de trabalhos que viriam a servir de fundamentação teórica para a atribuição de competências normativas às autoridades reguladoras independentes.

Na obra *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, EROS ROBERTO GRAU apresenta crítica à leitura que se faz da teoria da separação de Poderes forjada por MONTESQUIEU, que, segundo o autor, “*não passa de um mito*”²²⁴. MONTESQUIEU, na verdade, nunca teria cogitado uma efetiva separação de Poderes, mas tão somente a moderação entre eles²²⁵. A partir desse pressuposto teórico, EROS GRAU desenvolve sua *crítica à separação de Poderes*, que serviria de substrato ao desenvolvimento teórico da atividade normativa praticada pelas Agências Reguladoras²²⁶. Partindo do pressuposto de que o poder estatal congrega várias funções, a função normativa (de produção de normas jurídicas)²²⁷ figuraria no Legislativo, Executivo e Judiciário e corresponderia à enunciação de normas primárias (que inovam a ordem jurídica) contendo preceitos abstratos e genéricos²²⁸. Com base em RENATO ALESSI, sustenta que o exercício de função regulamentar, pelo Executivo, não decorre de uma delegação de função legislativa e tampouco tem o Legislativo monopólio da função normativa, mas apenas uma parcela desta, a função legislativa²²⁹.

²²⁴ 2011, p. 230.

²²⁵ Recente manifestação nesse sentido é feita por JEAN-PAUL VEIGA DA ROCHA, **A Capacidade Normativa de Conjuntura no Direito Econômico: o déficit democrático da regulação financeira**, 2004, p. 75 e ss.

²²⁶ É notável verificar a referência aos escritos de EROS GRAU feita pelos publicistas nos escritos sobre o exercício do poder normativo pelas Agências Reguladoras. O Capítulo X do livro **O Direito Posto e o Direito Pressuposto** (*Crítica da Separação dos Poderes: as funções estatais, os regulamentos e a legalidade no direito brasileiro, as leis-medidas*) logo seria um texto de leitura obrigatória àqueles que quisessem versar sobre o tema. Fundamentalmente, o prestígio à obra se deve ao afinamento da leitura do panorama normativo feita pelo autor ao contexto político de afirmação da atividade normativa ampla revigorada com a criação das Agências Reguladoras. Aliado ao prestígio do autor, o texto seria incessantemente retomado para conferir conformação teórica ao exercício da função normativa pelas Agências Reguladoras e terminaria por contribuir valiosamente à fundamentação desta prática regulatória.

²²⁷ Eis o conceito de norma jurídica enunciado por EROS GRAU e que adoto neste trabalho: “*preceito, abstrato, genérico e inovador – tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados – que integra no ordenamento jurídico*”. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**, 2011, p. 235.

²²⁸ *Idem*, p. 236.

²²⁹ “*Resta evidenciado, desta sorte, não importar ofensa ao princípio da legalidade inclusive a imposição, veiculada por regulamento, de que alguém faça ou deixe de fazer algo, desde que isso decorra, isto é, venha, em virtude de lei. (...) Logo, quando o Executivo e o Judiciário emanam atos normativos de caráter não legislativo – regulamentos e regimentos, respectivamente, não o fazem no exercício de função legislativa, mas sim no desenvolvimento de função normativa. (...) Daí por que, evidenciadamente, o exercício da função regulamentar e da função regimental não decorre de delegação de função legislativa, não envolvendo, portanto, derrogação do princípio da separação de Poderes*”. *Idem*, p. 243-244.

Outro trabalho que serviu à “*preparação de terreno*” para a atribuição de poderes normativos a entidades administrativas autônomas corresponde à obra *Direito Administrativo Ordenador*, de autoria de CARLOS ARI SUNDFELD. Diante do “*timbre autoritário*” da noção de poder de polícia, poderes administrativos seriam admitidos quase que naturalmente ainda que não previstos em lei, em descompasso com a legalidade, pois que “*supostos na competência para cuidar da boa ordem da coisa pública*”²³⁰. A solução proposta pelo autor é substituir a noção de poder de polícia pela de administração ordenadora²³¹, que parte de uma ordem de raciocínio marcadamente diferente do poder de polícia, pois que galgada na legalidade. Com relação ao exercício do poder normativo, defende o autor mais densa regulamentação pelo Executivo²³².

Fato é que a atuação normativa da Administração Pública ganhou espaço institucional frente ao Legislativo nunca antes conhecido pelo direito administrativo brasileiro na vigência de uma Constituição democrática. Teses foram, assim, sustentadas pelos administrativistas para justificar no plano teórico a ampliação da atividade normativa da Administração Pública, tendo em vista a inaplicabilidade prática do legalismo. O impulso para o desenvolvimento dessas teorias foi, inquestionavelmente, a criação de agências reguladoras na estrutura da Administração Pública.

I.5. Atividade normativa da Administração Pública: contornos do debate brasileiro

A atividade normativa da Administração Pública pode ser assinalada como um dos tópicos cuja discussão ao longo das Constituições corroborou significativamente para o desenvolvimento do Direito Administrativo brasileiro. A afirmação sustentada de que o Direito Administrativo brasileiro se desenvolveu tendo em vista os debates sobre a atividade normativa desempenhada pela Administração Pública, ainda que não

²³⁰ CARLOS ARI SUNDFELD, *Direito Administrativo Ordenador*, 1997, p. 11.

²³¹ “*Administração ordenadora é a parcela da função administrativa, desenvolvida com uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhe é próprio*”. *Idem*, p. 20.

²³² “*É certo que a sociedade moderna exige uma mais densa regulamentação dos comportamentos dos indivíduos, a ensejar constantes flutuações nas normas. O Poder Legislativo tem sido impotente para acompanhar a velocidade das mudanças. Daí o Executivo assumir o papel de agente normativo da vida social*”. *Idem*, p. 34.

exclusivamente, deve-se não apenas à tradição doutrinária de versar sobre uma prática que sempre esteve (muito) presente, ainda que para contestá-la. Pelo estudo da atividade normativa da Administração Pública é possível depreender as características de estrutura e funcionamento da Administração Pública em um determinado contexto histórico. A isto se deve o valor da análise da atividade normativa praticada pelos órgãos e entes reguladores, capaz de indicar um debate genuinamente brasileiro.

No Brasil, o exercício da atividade normativa pela Administração Pública se fortifica em períodos ditatoriais, de 1930 a 1945, com GETÚLIO VARGAS, e de 1964 a 1984, durante a ditadura militar. Mesmo sob a égide das Constituições ditas democráticas, os regulamentos foram editados pelo Poder Público de modo unilateral, que garantiria expressiva margem de atuação normativa pela Administração, inobstante os destinatários finais. Isto trouxe implicações na construção doutrinária do Direito Administrativo, quando a atividade normativa foi configurada como *poder normativo*, a exemplo de todos os demais poderes que guarneciam a Administração Pública ditatorial à época. A atividade normativa da Administração seria uma autêntica prerrogativa pública, um *privilégio* à disposição do Poder Público para satisfazer o interesse público, ou, mais ajustado à época, as garantias da moral e dos bons costumes²³³.

Nesse ponto é possível evidenciar a influência francesa na construção teórica da atividade administrativa normativa. Todavia, o *common law* também participou do substrato teórico dos debates sobre o exercício de competência normativa pelo Poder Público com a referência ao sistema feito por alguns administrativistas, como THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI²³⁴. Sem ser expressamente indicada, a influência do sistema do *common law* sobre a atividade normativa pode ser depreendida da dinâmica dos serviços públicos: tal qual o funcionamento dos serviços públicos no *common law*, que predicava a regulação estatal, a maior intervenção do Estado no domínio econômico determinou o incremento da produção de regras pelo Poder Público a ponto de CAIO TÁCITO afirmar ser o fenômeno característico do processo intervencionista do Estado responsável pela partilha da função legislativa entre o Parlamento e o Executivo²³⁵.

²³³ A colocação é forte, mas inteiramente consentânea ao papel histórico desenvolvido pela doutrina de legitimação da atividade administrativa normativa desempenhada aos excessos nos períodos de exceção política com o enquadramento da mesma como *poder público*.

²³⁴ **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro**, 1938, p. 397.

²³⁵ CAIO TÁCITO, **Lei e Regulamento**, 1997, p. 479.

Elucidativa é a seguinte passagem de ALFREDO VALLADÃO apresentada no anteprojeto do Código de Águas de 1934, de sua autoria, Código este considerado um marco até hoje na disciplina da prestação de serviços públicos no Brasil:

“[o] controle do poder público sobre as empresas hidrelétricas, eu estabeleci nos termos os mais amplos, no projeto remodelado; isto é, nos termos da regulamentação dos serviços de utilidade pública pela Comissão Administrativa, como se pratica nos Estados Unidos”²³⁶.

É de se registrar que o debate doutrinário que se construiu acerca da atividade normativa da Administração Pública foi orientado por, basicamente, duas frentes de análise: o *realismo* e o *abstracionismo*.

O tema foi estudado de modo realista especialmente pelos autores do então incipiente Direito Administrativo, no período imperial e na primeira república, em que a realidade da produção normativa foi o foco de análise desses autores. Tinham eles a preocupação comum de registrar a intensidade dos regulamentos editados pelo Poder Público e os modos de trabalho com a finalidade de aprimoramento do sistema, seja pela crítica ao desenvolvimento desta competência normativa, seja pelo diálogo a respeito da contingência da edição de normas pela Administração tendo em vista o contexto político-social então vigente. A razão de tais leituras serem consideradas realistas deve-se ao ponto de partida operacional da atividade normativa pela Administração Pública: a doutrina de direito administrativo terminaria por estabelecer um diálogo com a Administração Pública pelo viés da competência normativa, razão pela qual a compreensão da prática se fazia necessária.

Mas também o debate sobre a atividade normativa da Administração Pública foi desenvolvido pelo trabalho de autores que imprimiram uma ordem de análise marcadamente abstrata, ou seja, por meio de teorizações e tipos ideais. Não que o exercício da atividade normativa pelo Poder Público fosse negado. Pelo contrário. Porém, a aproximação com o tema não se dava, a exemplo dos realistas, pelo contato com a realidade da produção normativa pela Administração; esta simplesmente não era a fonte de

²³⁶ Apud CAIO TÁCITO, *Presença Norte-Americana no Direito Administrativo*, 1997, p. 18.

análise primária desses autores. Trata-se de uma análise abstrata, feita a partir do *mundo do dever-ser*, em que a doutrina se retroalimentava em análises sobre as normas constitucionais que cunhavam o modelo de atividade normativa pela Administração, a despeito do cenário concreto. Este formato de leitura do tema, marcadamente formal, levou esses autores a contestar interpretações e mesmo práticas pontuais que não se coadunavam com o tipo ideal de exercício da competência normativa pela Administração Pública.

A tradição brasileira é de legitimação da atividade normativa desempenhada pela Administração a partir da leitura rígida de separação de Poderes, valendo-se, para tanto, dos escritos de MONTESQUIEU²³⁷ e LOCKE. Com esta fundamentação teórica, diversos autores defenderam a contenção da atividade normativa administrativa, pois que, em um quadro de separação rígida entre os Poderes, a função legislativa de inovar a ordem jurídica seria típica do Poder Legislativo e intransponível ao Executivo²³⁸. Elucidativa é a passagem de CARLOS MEDEIROS SILVA, um dos parlamentares da Constituinte de 1946:

“A tripartição dos Poderes do Estado é idéia de John Locke, no seu livro famoso (Essay on Civil Government, 1690), como réplica ao Leviathan de Hobbes, em apologia ao absolutismo. Montesquieu na sua obra clássica De l’Esprit des Lois, editada em 1748, deu contornos mais nítidos ao plano de Locke. A Constituição dos Estados Unidos, de 1787,

²³⁷ SEABRA FAGUNDES adverte, acertadamente, que se trata de uma má leitura da renomada obra *O Espírito das Leis*, de MONTESQUIEU, que jamais teria proposto um modelo de rígida separação entre os Poderes, de modo que o exercício de um pelo outro incorreria em inadvertida usurpação de Poderes. “A MONTESQUIEU se deve o ter precisado a classificação das funções de Estado mostrando, igualmente, o fim de tal classificação (BARTHÉLEMY e DUEZ, *ob. cit.*, pág. 40). A divisão das funções estatais, correspondentes à existência de três órgãos, é hoje adotada por quase todas as organizações políticas. Com frequência se recrimina o publicista do Espírito das Leis, à vista dos defeitos que a divisão de poderes (como observa DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. II, pág. 664, *êle jamais usou a expressão ‘separação de poderes’*), convertida em separação irracional tem acarretado. Também é corrente se lhe negar a prioridade da teoria universalmente aceita. Mas é de justiça reconhecer-lhe o mérito de ter sido o primeiro sistematizador e o de mais autoridade, dessa distinção de funções e órgãos de Estado. Embora visando à demonstração da necessidade de três órgãos distintos no Estado para uma real tutela do indivíduo, situou, de modo sistemático e convincente, a questão das funções estatais”. **O Contrôlo dos Atos Administrativos**, 1957, p. 17-18.

²³⁸ “É esta preocupação que está abrigada nos diversos preceptivos constitucionais referidos. O desiderato deles é, pois, o de impedir que, sob o rótulo regulamentar ou a título de normatizar, seja por que instrumento for, o Executivo, por si ou por seus desdobramentos personalizados, expeça disposições de índole legislativa – vale dizer, normas constitutivas, modificativas ou extintivas de direitos e obrigações (imposições de fazer ou não fazer) – não previstas em lei. Dessarte, com tais preceitos firma-se o cânone basilar do nosso direito público – oposto ao da autonomia da vontade –, segundo o qual o que, por lei, não está antecipadamente permitido à Administração está, ipso facto, proibido”. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **Lei e Regulamento – A Chamada “Reserva de Lei” – As Delegações Legislativas Disfarçadas**, 2005, p. 8-9. A passagem transcrita denota a consequência prática da leitura que se depreendeu da ideia de separação (rígida) de Poderes atribuída a MONTESQUIEU, pela qual “aquele que as executa [leis] não faça as leis e nem julgue”. *Idem*, p. 8.

*incorporou em seu texto os ensinamentos daqueles pensadores e nela fomos buscar, com o advento do regime republicano, em 1891, os traços essenciais do presidencialismo, fugindo ao regime parlamentar vigente no tempo do Império*²³⁹.

Apenas em um cenário mais recente, a partir da redemocratização do Estado brasileiro pós-ditadura militar, foram apresentadas contestações a este modo de legitimação da atividade normativa da Administração Pública e suas correspondentes alternativas, a exemplo da legitimação pelo processo administrativo.

Outro ponto marcante do debate sobre a atividade normativa da Administração Pública é a influência dos escritos de HANS KELSEN sobre a formulação teórica do tema. Com lastro na ideia de que a formação do direito processa-se por graus, o regulamento foi interpretado por como ato jurídico inferior de execução imediata da lei, o que ensejou a enunciação de parâmetros, quase dogmas, sobre a produção de normas pelo Poder Público: a Administração é braço mecânico do Legislador; os regulamentos são emitidos para fiel execução das leis; e a Administração não pode inovar originariamente a ordem jurídica.

Importante ressaltar que não apenas os escritos teóricos conferiram os contornos do debate sobre a atividade normativa da Administração Pública. Trata-se de um debate marcadamente constitucional, tendo em vista o protagonismo da Constituição nessa ordem de análise. Além de as Constituições do Brasil, por tradição, disporem de preceitos endereçados à produção normativa pela Administração Pública, o estudo constitucional se impôs devido às peculiaridades deste debate, que remetem à separação de Poderes e à legalidade de assento constitucional. De fato, a depender do desenho dados pelas normas constitucionais, a função normativa exercida pela Administração Pública pode ser ampliada ou contida. No caso brasileiro, as Constituições dos períodos ditatoriais – quais sejam, Constituição de 1937 e Constituição de 1967 – determinaram um modelo de atividade normativa da Administração Pública alargado, com previsão de instrumentos de reforço da projeção da Administração sobre a produção normativa estatal, a exemplo dos decretos-leis e das leis delegadas.

²³⁹

As Atribuições Constitucionais do Poder Executivo, 1953, p. 2.

Porém, também por tradição, as Constituições do Brasil adotaram a mesma estrutura de disciplina da atividade normativa da Administração Pública e alguns dispositivos transitaram incólumes à trajetória constitucional brasileira. É assim, por exemplo, a regra de competência de edição de regulamentos de execução atribuída ao chefe do Poder Executivo para expedir decretos e regulamentos para fiel execução das leis²⁴⁰. Também são os exemplos da legalidade²⁴¹ e da separação de Poderes²⁴², preceitos estes de grande relevância para o debate sobre o exercício de atividades normativas pela Administração Pública que também transitaram com a mesma estrutura normativa em quase todas as Constituições brasileiras. O principal efeito dessa permanência de disciplina constitucional da atividade normativa da Administração Pública consiste na perpetuação de algumas ideias clássicas, ainda hoje fortes, como a rígida separação de Poderes ou a destinação única dos regulamentos para fiel execução da lei²⁴³, que não resumem a prática

²⁴⁰ A competência constitucional para edição de regulamentos de execução pelo chefe do Poder Executivo pode ser assinalada como um preceito normativo tradicional no debate sobre a atividade normativa da Administração Pública, presente em quase todas as Constituições brasileiras, com variações pontuais (mas não irrelevantes: esses detalhes são determinantes para determinar uma função normativa mais ampla ou mais constricta). Na **Constituição de 1824**, o comando assumiu a seguinte redação: “Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado. São suas principaes attribuições: XII. Expedir os Decretos, Instruções, e Regulamentos adequados á boa execução das Leis”; **Constituição de 1891**, “Art. 48 - Compete privativamente ao Presidente da República: 1º sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso; expedir decretos, instruções e regulamentos para sua fiel execução”; **Constituição de 1934**, “Art. 56 - Compete privativamente ao Presidente da República: § 1º) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução”; **Constituição de 1937**, “Art. 74 - Compete privativamente ao Presidente da República: a) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua execução”; **Constituição de 1946**, “Art. 87 - Compete privativamente ao Presidente da República: I - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução”; **Constituição de 1967**, “Art. 83 - Compete privativamente ao Presidente: (...) II - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução”; **Constituição de 1988**, “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

²⁴¹ Essas são as redações conferidas ao princípio da legalidade nas sucessivas Constituições brasileiras: **Constituição de 1891**, “Art. 72, §1º - Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; **Constituição de 1934**, “Art. 113. 2) Ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”; **Constituição de 1946**, “Art. 141, § 2º Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; **Constituição de 1967**, “Art. 150, § 2º - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; **Constituição de 1988**, “Art. 5º, inc. II. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

²⁴² Essas são as redações conferidas ao princípio da legalidade nas sucessivas Constituições brasileiras: **Constituição de 1891**, “Art. 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”; **Constituição de 1934**, “Art. 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”; **Constituição de 1946**, “Art. 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”; **Constituição de 1967**, “Art. 6º - São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”; **Constituição de 1988**, “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

²⁴³ “Ressalte-se que são uma constante em nossa história constitucional republicana (com exceção da Carta da Ditadura de 1937) os dispositivos afiançadores seja da independência dos Poderes e correlatas

de edição de normas pelo Poder Público. Ademais, os debates são pautados por “*uma nota só*” e, em torno dos mesmos preceitos constitucionais, entendimentos diametralmente opostos são construídos.

Desse modo, conflitos de entendimentos sobre a atividade normativa exercida pela Administração Pública sempre estiveram presentes. Os primeiros debates sobre a atividade normativa da Administração Pública foram movimentados por tensões entre manifestações de apoio ao modo pelo qual o Poder Público produzia seus regulamentos e vorazes resistências ao exercício do poder normativo pela Administração. Era o oposicionismo de VEIGA CABRAL, que aceitava como característica da dinâmica normativa estatal a existência de uma “*aliança íntima*” entre Legislativo e Executivo, e PIMENTA BUENO, que dedicou um item por completo em seu *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império* para analisar a dinâmica de produção normativa pelo Executivo com o sugestivo título “*Do Abuso da Subdelegação do Poder Legislativo no Poder Executivo*”. Era a rivalidade entre os *centralizadores* e os *descentralizadores* do Estado brasileiro²⁴⁴. Outro exemplo de diversidade de entendimentos, mais recente, é aquele colocado entre *legalistas* e *neoconstitucionalistas*, como analisado.

Nunca houve homogeneidade de entendimento a respeito do exercício do poder normativo pela Administração Pública. Mais ou menos regulamentos, limites à função normativa e o papel da lei foram pautas do debate efetivamente travado na doutrina do Direito Administrativo. Sustentar uma “*evolução*” do Direito Administrativo no sentido da legalidade formal e estrita é inadvertido frente à riqueza das discussões sobre o

funções, seja da subalternidade dos atos do Executivo à legalidade – bem expressa na posição do regulamento face à lei –, seja da necessidade de lei para obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. (...) Para verificar a inobjetével procedência do que se vem a dizer, mais não é necessário que uma simples inspeção visual da Constituição de 1891, em seus arts. 15, 48 n. 1, e 72; da Constituição de 1934, nos arts. 3º, 56, §1º, e 113, n. 2; da Constituição de 1946, arts. 36, §2º, 87, I, e 141, §2º; e, finalmente, da Carta de 1969, dita Emenda 1 à Carta de 1967, arts. 6º, 83, II, e 150, §2º, contêm os mesmíssimos preceitos hoje evidentes, respectivamente, nos arts. 2º, 84, IV, e 5º, II, da CF de 1988. Neles está clara a enunciação de que Legislativo, Executivo e Judiciário são Poderes independentes e harmônicos entre si, como também está explícita a inserção de que os atos mais conspícuos do Executivo – isto é, os regulamentos – existem unicamente para fiel execução das leis; e, outrossim, esta declarado, entre os direitos e garantias individuais, que a ‘inviolabilidade da propriedade’ está garantida, nos seguintes termos: ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. **Lei e Regulamento – A Chamada “Reserva de Lei” – As Delegações Legislativas Disfarçadas**, 2005, p. 14-15.

²⁴⁴ “A promulgação da Independência exigiu melhor organização dos serviços públicos, para satisfação dos diversos encargos atribuídos ao novo Estado. Começam a aparecer os primeiros doutrinadores, e as correntes centralizadoras e descentralizadoras entram em campo, pugnando pelo melhor sistema administrativo do país”. ERYMA CARNEIRO, *As Autarquias e as Sociedades de Economia Mista no Estado Novo*, 1941, p. 24.

reconhecimento e a extensão da atividade normativa da Administração Pública. Ocorre que este debate não veio escancarado nos livros nem os seus autores revelavam suas preocupações, orientações políticas, interesses e modos de pensar. São nos institutos em que estas pautas de debates são mais facilmente visíveis que se pode constatar o quão conflitante foi a experiência da atividade normativa da Administração Pública mesmo antes da edição da Emenda Constitucional 19/98, que viria a legitimar constitucionalmente a Reforma do Estado²⁴⁵.

E o principal “*instituto sensível*” que perpassaria a história do Direito Administrativo, verdadeiro ator coadjuvante nas sucessivas Constituições encenadas, seria a *delegação legislativa*. Essa é a síntese do debate segundo THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI:

“Ora, taes delegações [legislativas] teem sido admittidas apezar de intolerantes se terem mostrado os autores em reconhecer a legitimidade das delegações, desde PIMENTA BUENO, JOÃO RAMALHO, CARLOS MAXIMILIANO, e a quasi totalidade, senão a totalidade dos jurados dos nossos Tribunaes. RUY BARBOSA, embora condemnasse taes delegações, quando de competencia privativa, admittia, porém, as autorisações legislativas quando não fossem, como no caso do estado de sitio, de attribuições e competencia exclusivas. O facto é que a pratica tem admittido grande numero de autorisações legislativas para organização e regulamentação dos mais importantes serviços públicos”²⁴⁶.

O contraponto é apresentado por CARLOS MEDEIROS SILVA, que se opôs à proibição da delegação legislativa prevista na Constituição de 1946 nos seguintes termos:

“Rui Barbosa, o arauto da autonomia do Legislativo e do Judiciário, não impugnava as delegações legislativas nem a extensão do poder regulamentar. Disse, em 1900, que a noção de que ‘os regulamentos se formulam para executar unicamente as leis, ficou reduzida a uma ficção’. (...) O objetivo desta ligeira palestra é convocar os nossos juristas a uma

²⁴⁵ Cf. item II.3.2.3. deste trabalho.

²⁴⁶ **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro**, 1938, p. 400.

revisão do conceito de poder regulamentar de forma a ampliá-lo convenientemente, ou, então, o que seria de melhor técnica, a advogar a revisão do texto constitucional para permitir as delegações legislativas. Caso contrário, premido pela realidade, o Executivo terá que enfrentar os problemas emergentes com fracos recursos que possui, ou invadir a esfera privativa do Legislativo, ensejando conflitos que só o Judiciário poderá estancar”²⁴⁷.

Semelhante debate foi reavivado, nos mesmos parâmetros, com relação à prática das medidas provisórias e a Emenda Constitucional 32/2001, com a finalidade de, por um lado, conter a edição de medidas provisórias pelo Executivo e, por outro, reforçar a atividade normativa da Administração Pública. O ponto aqui sustentado é que inexiste, no Direito Administrativo brasileiro, uma “*teoria dos regulamentos*”. O debate sobre a atividade normativa da Administração Pública é catalisado por influxos diversos, pontos de vista variados, interesses múltiplos e contextos econômico-sociais que modelam as teses argumentativas.

O Brasil é o país dos regulamentos. Este é um fato da realidade que o debate sobre a atividade administrativa normativa invariavelmente teve de considerar, qualquer que seja o entendimento sustentado. A produção normativa pela Administração Pública sempre foi amplíssima: o Brasil nasceu como Império preocupado com a centralização da Nação, vivenciou amplos períodos ditatoriais e se configura como um Estado intervencionista. Ainda que sejam invocados argumentos de resistência à edição de normas pelo Poder Público que inovem a ordem jurídica, a Administração já o faz – há tempos. Acredito que o debate mais adequado sobre a atividade normativa da Administração Pública hoje não seja quanto à viabilidade jurídica, mas sim quanto ao modo de produção dessas normas e seus limites. O que significa a atividade normativa praticada pela Administração Pública hoje? Como ela é desenvolvida? Essas são questões que guiarão os próximos Capítulos da tese.

²⁴⁷

O Poder Regulamentar no Direito Comparado, 1952, p. 33.

Capítulo II – PROCESSUALIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL: UMA TAREFA INACABADA

“Contencioso administrativo, contencioso judicial, dois instrumentos de separação das autoridades, separação, aliás, que, a rigor, nunca houve”²⁴⁸

II. Processualização da atividade administrativa no Brasil: uma tarefa inacabada – II.1. Antecedentes da processualidade administrativa – II.1.1. – Uma orfandade precoce: o Direito Administrativo no Brasil sem Conselho de Estado – II.1.2. O ato administrativo complexo como uma manifestação rudimentar da processualidade administrativa – II.1.3. A construção da processualidade administrativa no Brasil – II.2. Constitucionalização do processo administrativo e o papel do Supremo Tribunal Federal – II.2.1. Início da constitucionalização do processo administrativo no Brasil – II.2.2. O processo administrativo nas Constituições e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – II.2.2.1. Constituição de 1946 – II.2.2.2. Constituição de 1967 e a Emenda n.º 1 (Constituição de 1969) – II.2.2.3. Constituição de 1988 – II.2.2.3.1. A construção das garantias constitucionais relativas a processo administrativo – II.2.2.3.2. A jurisprudência constitucional sobre processo administrativo na Constituição de 1988 – II.2.3. O papel do Supremo Tribunal Federal de regulador do processo administrativo – II.3. A codificação do processo administrativo no Brasil – II.3.1. O movimento de edição de leis gerais de processo administrativo no Brasil – II.3.1.1. Codificação do processo administrativo na esfera federal: a Lei Federal de Processo Administrativo – II.3.1.2. Leis estaduais e municipais de processo administrativo – II.3.2. Fatores de influência da codificação do processo administrativo no Brasil – II.3.2.1. O contexto democrático como cenário propício ao surgimento das leis de processo administrativo – II.3.2.2. Do ato ao processo: valorização do processo administrativo nos debates teóricos – II.3.2.3. Reforma regulatória brasileira e o debate sobre a confluência dos sistemas de *civil law* e de *common law* – II.3.2.3.1. A construção do modelo regulatório no Brasil e o processo administrativo – II.3.2.3.2. Regulação e processo nos Estados Unidos e no Brasil – II.3.3. Tendência à codificação do processo administrativo no Brasil vs. Disciplina especial: contraposição ou coexistência? – II.4. Processualização da atividade administrativa no Brasil: uma tarefa inacabada.

Este Capítulo discute a construção da ideia de processualidade administrativa²⁴⁹ no Brasil. É notável a valorização do processo administrativo na teoria do Direito Administrativo brasileiro, hoje consensualmente reconhecido entre os administrativistas

²⁴⁸ LAFAYETE PONDÉ, **O Direito Administrativo na República**, 1989, p. 36.

²⁴⁹ Tomo o termo “*processualidade administrativa*” de acordo com ODETE MEDAUAR na obra **A Processualidade no Direito Administrativo**, 2008, p. 22 e ss.

como um dos mais relevantes instrumentos de garantia dos direitos dos cidadãos frente ao Poder Público. Mas nem sempre foi assim. Na obra *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, o processo administrativo só não foi completamente ignorado porque VISCONDE DE URUGUAI fez a seguinte referência ao tema: “(...) não é este o lugar próprio para entrar em desenvolvimento sobre esta matéria, que os requer minuciosos. Reservo para outro trabalho a exposição e exame do **nosso ainda incompleto processo administrativo**”²⁵⁰. O mencionado estudo sobre processo administrativo nunca foi finalizado e, ao que parece, não fez falta. Afinal, sem Conselho de Estado na estrutura administrativa brasileira, qual a importância da análise do processo administrativo?

Como coadjuvante da dinâmica do contencioso administrativo e do ato administrativo complexo, a noção de processo administrativo passou a figurar no vernáculo do Direito Administrativo brasileiro. Apenas com a edição do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, em 1939, o processo administrativo voltaria a ser objeto de estudo dos administrativistas, mas agora no capítulo correspondente a servidores públicos. E por muito tempo o processo administrativo foi compreendido como o processo dos servidores públicos, com clara limitação de escopo e alcance da processualidade administrativa. É a síntese de MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO: “o processo administrativo no Brasil corresponde ao processo administrativo disciplinar”²⁵¹. Na verdade, o processo administrativo se construiu no Brasil de modo bastante fragmentado, de acordo com as leis especiais que também dispunham sobre processo administrativo: o processo disciplinar; o processo expropriatório; o processo fiscal; a licitação; e o concurso público.

A construção da ideia de processualidade administrativa no Brasil se estabeleceu em dois foros: o doutrinário, com o engajamento de administrativistas brasileiros na luta pela compreensão do processo administrativo no sistema de garantias individuais, e o jurisprudencial, com especial destaque para o Supremo Tribunal Federal, cujas sucessivas decisões de afirmação dos direitos constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal resultaram no alargamento da noção de processualidade administrativa. Com o movimento de codificação do processo administrativo, leis gerais de

²⁵⁰ **Ensaio sobre o Direito Administrativo**, 1862, p. 198.

²⁵¹ **Introdução ao Direito Processual Administrativo**, 1971, p. 56.

processo administrativo foram editadas, dentre elas a Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99).

No entanto, como se discutirá, a processualização da atividade administrativa no Brasil é uma atividade inacabada: o dever de realizar processo ainda não se firmou como uma regra da atuação administrativa, de modo que para toda ação administrativa haja um necessário processo administrativo que lhe seja correspondente. Essa constatação é sobressalente na atividade normativa da Administração Pública, tendo em vista que normas são editadas pelo Poder Público na maior parte das vezes fora do âmbito do processo administrativo. Mais do que uma expressão de eventual ineficiência pública ou capricho do gestor público, tenta-se indicar que esta é uma manifestação de raízes históricas na teoria do Direito Administrativo. Em um Estado marcado por ondas antidemocráticas, natural seria o atraso na consagração da prática do processo administrativo. No que tange à atividade normativa estatal, a processualidade ainda está por vir.

Este Capítulo discute o movimento de processualização da atividade administrativa no Brasil, uma etapa de análise relevante ao estudo do processo administrativo normativo. Pelo relato que será apresentado sobre o desenvolvimento do processo administrativo no Brasil, coloca-se interessante oportunidade para delimitar conceitos fundamentais à tese. A diferença, porém, é que estes conceitos não serão apresentados no modo de um glossário, mas dentro de seu contexto de debate.

II.1. Antecedentes da processualidade administrativa

O tema do processo administrativo não figura dentre os institutos estruturantes do Direito Administrativo brasileiro. Muito embora o Brasil dispusesse de Conselho de Estado quando dos primeiros escritos sobre Direito Administrativo, a noção de “*processo administrativo*” é nova, sendo muitas vezes tomada como indicativo de mudança de perspectiva da ação administrativa, menos voltada ao exercício de prerrogativas públicas e mais consentânea aos direitos individuais. Recentemente, diversos estudos foram publicados para demonstrar a abertura do Direito Administrativo à noção de processo

administrativo, fazendo uso da sugestiva expressão “*do ato ao processo*”²⁵². Mas este panorama doutrinário não é o que se verificava até bem pouco tempo atrás.

II.1.1. Uma orfandade precoce: o Direito Administrativo no Brasil sem Conselho de Estado

Uma das contradições históricas do Direito Administrativo brasileiro reside na constatação de que terminamos por não adotar a dualidade de jurisdição²⁵³. Apesar da forte influência da doutrina francesa de direito administrativo em quase todos os tópicos da teoria do Direito Administrativo brasileiro, fato é que o *contentieux administratif*²⁵⁴ (contencioso administrativo) não nos serviu. É o Judiciário autoridade máxima de controle, cabendo-lhe decidir por último, e em definitivo, sobre divergências atinentes ao Poder Público que lhe sejam endereçadas. Com o modelo de unidade de jurisdição adotado pelas Constituições republicanas, o Conselho de Estado nada mais é hoje do que um episódio histórico do Direito Administrativo brasileiro que denota a projeção da mentalidade francesa.

²⁵² Cf. item II.3.2.2. desta tese.

²⁵³ No sistema de dualidade de jurisdição, coexistem a jurisdição comum e a jurisdição administrativa, autônomas e independentes entre si. Com função judicante, a Administração goza da prerrogativa de fazer coisa julgada em matéria albergada pela competência da jurisdição administrativa, que geralmente tem em sua cúpula um órgão julgador soberano notoriamente conhecido como *Conselho de Estado*. Relata a história oficial que a França é o berço do contencioso administrativo. Já tendo nascido o Direito Administrativo na França com a luta contra o *Ancien Régime*, o marco da dualidade de jurisdição – igualmente da autonomia do Direito Administrativo frente ao Direito Privado – corresponde ao julgamento do *arrêt Blanco* em 1782 pelo *Tribunal des Conflicts*. Cf. SABINO CASSESE, **Las Bases del Derecho Administrativo**, 1994, p. 54-57. A positivação do contencioso administrativo na França se deu com a edição da Lei n.º 16, de 1790, cujo art. 13 assim dispunha: “[a]s funções judiciárias são distintas e ficarão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, por qualquer forma, as operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivo das funções que estes exercem”. Sobre esta passagem histórica, cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, **O Contencioso Administrativo na Emenda n. 7, de 1977**, 2012, p. 456-457. Segundo JEAN RIVERO, “[l]a jurisdiction administrative est née d’un princepe, interprété à la lumière d’une tradition” (**Droit Administratif**, 1990, p. 173): o princípio da separação de Poderes, diretor das relações entre Judiciário e Executivo, seria lido a partir da opção dos “*hommes du 1789*” de interditar a apreciação de litígios administrativos pelo Poder Judiciário.

²⁵⁴ Dentre as principais características do *contentieux administratif* francês, a presença de um aparato institucional, no âmbito do qual se desenvolve a jurisdição administrativa, é fundamental à afirmação da dualidade de jurisdição, sendo o Conselho de Estado símbolo da afirmação do Direito Administrativo na França. Cf. BERNARD PACTEAU, **Le Conseil D’État et la Fondation de la Justice Administrative Française au XIXe Siècle**, 2003, p. 6-9. Sem a presença de semelhante instituição na organização administrativa brasileira, o distanciamento do processo administrativo do modelo francês seria natural.

Ainda no ano de 1821 fora constituído Conselho de Procuradores por meio da edição do Decreto de 18 de fevereiro de 1821, por D. João VI, com a finalidade de redigir uma Constituição que fosse adequada ao Brasil²⁵⁵. Este Conselho de Procuradores seria o embrião do Conselho de Estado e consistia em uma tentativa de neutralizar os movimentos liberais inspirados na Revolução do Porto, de 1820. Todavia, com a assinatura do Decreto de 24 de fevereiro de 1821, que determinou a aplicação da Constituição em elaboração no Reino e Portugal no Brasil, o Conselho de Procuradores perdeu seu objeto²⁵⁶. Novo Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil foi estabelecido por meio do Decreto de 16 de fevereiro de 1822 com a finalidade de orientar o jovem Príncipe Regente em suas atribuições de governo.

De inspiração francesa, e leitura teórica de BENJAMIN CONSTANT, o Conselho de Estado foi criado pela Constituição do Império de 1824, com função meramente consultiva. Com turbulento início, por meio do Ato Adicional de 1834 o Conselho de Estado foi extinto, mas novamente restabelecido por D. Pedro II pela Lei n.º 234, de 23 de novembro de 1841. A regulamentação de suas atribuições pela Lei n.º 124, de 5 de fevereiro de 1842, conferiu-lhe função jurisdicional, embora limitada²⁵⁷. Posteriormente, com a reorganização do Tribunal do Tesouro Nacional em 1850 pelo Decreto 736, foram-lhe atribuídas funções jurisdicionais e o Decreto 2.343, de 1859, previu força de decisão judicial às decisões do Ministro da Fazenda²⁵⁸.

Sem nunca ter se apresentado como um efetivo controlador da atuação imperial, sendo-lhe conferidas apenas competências consultivas (*justice retenue*), que levou LAFAYETE PONDÉ a inclusive duvidar da existência de uma legítima justiça administrativa no Brasil²⁵⁹, esta postura colaborativa do Conselho de Estado às decisões do Imperador fez com que o mesmo fosse visualizado como uma instituição típica da Monarquia. Assim, o

²⁵⁵ Em rigoroso trabalho de pesquisa das coletâneas de leis brasileiras do século XIX, DALMO DE ABREU DALLARI recuperou a trajetória do Conselho de Estado antes do advento da Constituição de 1824, que o alcunharia como órgão constitucional. Todas as considerações históricas que passam a ser apresentadas foram extraídas do artigo **O Conselho de Estado e o Contencioso Administrativo no Brasil**, 2012 (originalmente publicado em 1970), p. 33-44.

²⁵⁶ *Idem*, p. 34.

²⁵⁷ Segundo DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, interpretando o art. 24 da Lei n.º 124/1841, a função jurisdicional do Conselho de Estado se manifestava em casos de conflito negativo, quando lhe incumbiria deliberar entre a jurisdição voluntária e o autocontrole. **Contencioso Administrativo**, 1977, p. 17.

²⁵⁸ Cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, **O Contencioso Administrativo na Emenda n. 7, de 1977**, 2012, p. 458-459.

²⁵⁹ Cf. **A Doutrina e a Jurisprudência na Elaboração do Direito Administrativo**, 1994, p. 86.

Conselho de Estado foi extinto com a proclamação da República, em 1889, fundamentalmente por se tratar de uma das mais simbólicas instituições do Império, e não propriamente devido à influência norte-americana na leitura da separação de Poderes. É o que narra a história oficial²⁶⁰. A trajetória da jurisdição administrativa no Brasil seria, então, selada com a promulgação da Constituição de 1891, que veio a estabelecer a unidade de jurisdição no Brasil²⁶¹. Apesar da forte influência do Direito Administrativo francês na construção teórica do Direito Administrativo brasileiro, a partir deste marco ficou definido que o processo administrativo no Brasil não se desenvolveria à semelhança do sistema francês, uma possível orfandade teórica precoce deste instituto.

E, certamente, a doutrina ressentiria a carência do contencioso administrativo no Brasil²⁶². Na tradição metodológica dos administrativistas no limiar dos séculos XIX – XX de estudo de Direito Administrativo comparado, a partir do paradigma do sistema francês, houve sistematicamente exposição da ausência da dualidade de jurisdição²⁶³, quase que

²⁶⁰ Cf. MÁRIO MASAGÃO, **Curso de Direito Administrativo**, 196-, p. 84. Resta a reflexão, porém, se realmente o valor simbólico do Conselho do Estado como instituição peculiar à Monarquia foi o fator determinante para sua extinção, notadamente tendo em vista a baixa expressão da instituição na dinâmica da política imperial brasileira. A leitura dos fatos pode sugerir o receio dos republicanos em serem controlados por uma instituição cunhada na Monarquia, pondo em risco a governabilidade do Executivo republicano. Se a solução da burguesia para garantir o sucesso da Revolução Francesa foi proibir que os juízes provenientes da nobreza interviessem nas decisões da Administração Pública (cf. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, **Curso de Derecho Administrativo**, 2008, p. 574-575) e empoderar o Conselho de Estado para estabelecer em definitivo a justiça administrativa, no caso brasileiro a proposta foi extinguir o Conselho de Estado deferente à Monarquia. Submeter as decisões administrativas republicanas ao crivo do Conselho de Estado de origem monárquica poderia levar, quando menos, a impasses. Na prática, ter-se-ia efetivo empecilho ao funcionamento do Executivo pelo controle praticado pelo Conselho de Estado de orientação política distinta da situação. Some-se a isso o fato de que a República estabelecida no Brasil era de matriz ditatorial, com concentração de poder nos Marechais, que comandaram com mãos fortes a República Velha. Pode-se depreender, nessa linha, receio de mais um controle externo ao lado do Judiciário, com fragmentação do poder entre outras instituições políticas. Ainda que praticamente inexpressivo durante o período imperial, o Conselho de Estado poderia se agigantar e representar uma ameaça ao funcionamento administrativo do então novo Executivo Republicano. Mas são todas essas considerações colocadas para ensejar dúvidas legítimas e trabalhos empíricos de averiguação das ideias lançadas.

²⁶¹ Séria tentativa de criação do Conselho de Estado relatada por DALMO DE ABREU DALLARI corresponde ao projeto de Lei 357, de 1910, apresentada pelo deputado paulista ARNOLFO AZEVEDO, sob a denominação de Conselho Federal da República. Cf. **O Conselho de Estado e o Contencioso Administrativo no Brasil**, 2012 (originalmente publicado em 1970), p. 512.

²⁶² “A abolição do Contencioso Administrativo, em vigor no Império, e sua substituição pelo sistema de controle de legalidade das atividades da Administração por órgãos da Justiça Comum, aproximou-nos do modelo anglo-norte-americano e distanciou-nos dos modelos europeus continentais. Afastado, assim, no tempo e no espaço, do tradicional instituto, ficou o Brasil à margem da evolução que veio ele a experimentar nos centros de adiantada cultura, como Alemanha, França, Itália, entre outros”. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, **Contencioso Administrativo**, 1977, p. IX.

²⁶³ É nessa linha a seguinte passagem de FRANCISCO CAMPOS: “[s]erá verdade que tivéssemos organizado essa jurisdição contenciosa administrativa na vigência do regime constitucional? Não, não a tínhamos, nem poderíamos ter. Confiando ao Poder Judiciário o processo e o julgamento de tôdas as causas propostas contra a União ou a sua Fazenda, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo govêrno, evidente é que, sendo tais causas

uma justificativa pela qual o Direito Administrativo brasileiro seria, nesse tema, tão diferente do modelo francês. Apesar da inexistência de justiça administrativa no Brasil, interessante notar que o tratamento teórico do processo administrativo manteve, por tradição, o estudo do contencioso administrativo; com atenção voltada ao contencioso administrativo, inexistente na prática do Direito Administrativo, diga-se de passagem, o tema do processo administrativo ficou obscurecido no plano doutrinário, portanto fora das grandes discussões jurídicas da época²⁶⁴.

Até meados da década de 1940, o instituto do “*processo administrativo*” – compreendido como sucessão concatenada de atos para tomada de uma decisão administrativa, nos termos do devido processo legal – era um coadjuvante na doutrina de Direito Administrativo. As escassas referências ao “*processo*” ou “*procedimento*” no âmbito da Administração Pública tinham lugar certo nos Capítulos referentes ao contencioso administrativo. O superficial conhecimento que se tinha sobre atividade procedimental do Poder Público era pré-formatado como processo de contencioso administrativo²⁶⁵, limitado à dinâmica tipicamente judicial. Mesmo a instrução graciosa²⁶⁶

exatamente aquelas que, por sua natureza, deveriam caber à justiça administrativa, se tal justiça fôsse por nós organizada, conferindo a competência de decidí-las à justiça ordinária, è de exceção não restava matéria sobre que se exercer a sua competência”. **Direito Administrativo**, 1943, p. 11.

²⁶⁴ Referências pontuais são depreendidas de alguns textos doutrinários. É o exemplo de CONSELHEIRO RIBAS, nos seguintes termos: “[t]odos os negocios, que as partes submettem á jurisdicção graciosa ou contenciosa por meio de simples petições, de reclamações, ou recursos, são sujeitos a uma forma simples e expedita, que comprehende os actos indispensaveis para a instrucção e final decisão dos negocios; é isto o que constitue o processo administrativo (Decr. n. 2,713 de 26 de Dezembro de 1860 art. 58 §1º Obs. 1ª, Circul. De 25 de Fevereiro de 1861, Av. n. 428 de 14 de Setembro de 1363)”. **Direito Administrativo Brasileiro**, 1866, p. 138. Cf., ainda, VISCONDE DE URUGUAI: “[o] processo ou instrução normativa, isto é, o complexo das formalidades necessárias para pôr uns negócios em estado de ser decidido, reunidos todos os esclarecimentos e provas necessárias para o descobrimento da verdade, e da justiça, é também gracioso ou contencioso”. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**, 1862, p. 112.

²⁶⁵ Cf. PRUDÊNCIO GIRALDES TAVARES DA VEIGA CABRAL, **Direito Administrativo Brasileiro**, 1859, p. 93 e ss. De fato, o termo “*processo*” era bem conhecido no incipiente Direito Administrativo brasileiro. Porém, o alcance era marcadamente limitado ao contencioso administrativo, como exemplifica a seguinte passagem do CONSELHEIRO RIBAS: “[a]ssim, o contencioso administrativo comprehende: I. Os **processos** em que os administrados discutem com a administração, considerada como ramo do poder publico, o direito que julgão ter a obter della alguma cousa ou algum acto, positivo ou negativo, que esteja na esphera de suas attribuições; como no caso da tomada de contas aos responsaveis pelos dinheiros publicos, ou de quaesquer prestações que se fundem em direitos. II. Aquelles em que os administrados discutem entre si os seus direitos quanto ao modo porque a administração, como ramo do poder publico, deve exercer uma sua attribuição; como no caso da distribuição dos encargos e gosos comuns”. **Direito Administrativo Brasileiro**, 1866, p. 169.

²⁶⁶ Como relata VICENTE PEREIRA DO REGO, o contencioso administrativo brasileiro abrangia duas classes de matérias. A primeira classe correspondia a todas as reclamações juridicamente fundadas e que tinham por principal objetivo a reforma ou interpretação de um determinado ato administrativo. “*Entende-se por tal aquelle que consiste na applicação da autoridade d’uma Lei ou d’um Regulamento a um dividuo ou a um caso particular; o que exclue os actos regulamentares e os contratuaes*”. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro**, 1860, p. 90. Juntamente a este tipo de matéria figuravam todos os demais temas,

era delineada conforme o processo contencioso, tomado então como paradigma básico do processo administrativo²⁶⁷. Esse era “o nosso processo administrativo” na perspectiva de VICENTE PEREIRA DO REGO:

*“No nosso processo administrativo observa-se geralmente o seguinte: a parte apresenta na respectiva Secretaria d’Estado uma petição acompanhada dos documentos com que pretende justificar a sua intenção. Se a petição è attendivel, a Secção propõe que sejam ouvidos os interessados; para o que faz-se-lhes a intimação”*²⁶⁸ (destaquei).

O valor do processo no contencioso administrativo ficou melhor evidenciado com JOSÉ RUBINO DE OLIVEIRA, para quem as questões apreciadas pelo Tribunal Administrativo deveriam necessariamente ser precedidas de “processo administrativo”:

*“Ora, quér se trate d’estas questões nas instancias ou jurisdicções inferiores, quér se as considere nas superiores; è incontestavel que, para serem conhecidas e julgadas, de modo que as decisões, sobre ellas proferidas, sejam revestidas de taes caractéres de certeza, que convenção mesmo aquelles, contra cujas pretenções se pronunciem, deve haver uma ordem a seguir, um conjunto de principios ou regras, cuja observancia seja imposta aos julgadores, como asseguradoras, presumptivas do descobrimento da verdade n’essas relações. Consequentemente, todos esses principios e regras que, para este fim, se convertem em solemnidades leaes, devem presidir a todos os actos, que têm de ser praticados nas diferentes phases do processo, determinadas pela instrucção, pela investigação e decisão”*²⁶⁹.

assim determinados por expressa disposição em lei. Já as matérias graciosas administrativas, que não se submetiam ao processo do contencioso administrativo, abrangiam todas as reclamações julgadas no âmbito da jurisdição graciosas, originária do poder discricionário da Administração Pública, “[p]ara exprimir que n’esta qualidade presta ella serviços, e não profere decisões”. *Idem*, p. 91.

²⁶⁷ Elucidativa é a seguinte passagem de VISCONDE DE URUGUAI: “[a] instrucção graciosas, salvo quando as leis e regulamentos prescrevem alguma forma especial, é puramente discricionária, e não é portanto regida por principios certos e invariáveis. Existem contudo algumas regras especiais prescritas pela razão, pela equidade, pela prudência e interesse público, e que foram mui bem resumidas por DE GÉRANDE. A instrucção graciosas tem três fases distintas: 1ª) A informação, que corresponde ao processo em matéria contenciosa. 2ª) O exame, que corresponde à discussão. 3ª) A resolução, que corresponde ao julgamento”. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**, 1862, p. 197.

²⁶⁸ **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro**, 1860, p. 111.

²⁶⁹ **Epítome de Direito Administrativo Brasileiro Segundo o Programa do Curso de 1884**, 1884, p. 241. Trata-se da obra que melhor desenvolveu a noção de processo ainda na fase anterior à processualidade administrativa. Muito embora o tema fosse desenvolvido no âmbito do contencioso administrativo, é notável

O tema do contencioso administrativo nem de longe foi afastado do temário de estudo dos administrativistas. Pelo contrário²⁷⁰.

No âmbito da Constituição de 1967 emendada pela EC 1/69, a Emenda Constitucional 7, de 13 de abril de 1977, legitimou a restauração do contencioso administrativo no Brasil por expressa manifestação legislativa²⁷¹ para decisão de questões fiscais e previdenciárias²⁷², inclusive relativas a acidentes de trabalho. O retorno ao sistema de dualidade de jurisdição seria uma das estratégias de celeridade processual no contexto da Reforma do Judiciário à época, cuja EC 7/77 foi o instrumento constitucional de mudança processual e institucional. Debatia-se, então, a possibilidade de reconhecimento

o valor conferido por JOSÉ RUBINO DE OLIVEIRA ao processo administrativo como mecanismo de garantia dos direitos dos particulares frente ao Poder Público. Em consonância com esta função garantista do processo administrativo, saliente-se o “*dever de realizar processo*” que pode ser depreendido da leitura da obra, de modo que a decisão jurisdicional terminativa é inválida se não for precedida de processo que se oriente pelos princípios e regras de direito administrativo (eis aí também uma remota alusão ao devido processo legal). Tão importante do processo administrativo para o autor que uma definição é dirigida ao instituto: “[a]ssim, pois, cumpre distinguir, nas operações processuais administrativas, as três fases supra indicadas – instrução, discussão, decisão ou julgamento – em cada uma das quais, devem ser observados pelas autoridades singulares ou colectivas, os preceitos e regras, estabelecidas pela lei como conducentes à determinação da verdade n’estas relações jurídicas. Sendo assim, pôde-se definir o processo administrativo, na ordem jurisdicional, como complexo de preceitos, ou de regras estabelecidas pela lei, para serem observadas, como formalidades, na instrução, investigação e decisões das questões sujeitas à competência dos juizes e tribunais administrativos. A preterição d’essas formalidades, em qualquer das fases mencionadas, importa sempre nulidade, mas nem sempre absoluta e insanável”. *Idem*, p. 243-244.

²⁷⁰ Na recente sistematização dos artigos de direito público originalmente publicados na Revista dos Tribunais feita por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO e CARLOS ARI SUNDFELD, por exemplo, foi destinado todo um capítulo para o tema do “*contencioso administrativo*” no Volume III da obra **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. Controle da Administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado** (2012). Nele foram reunidos os seguintes artigos, todos voltados à análise do contencioso administrativo: ADA PELLEGRINI GRINOVER, **O Contencioso Administrativo na Emenda n. 7, de 1977**; CELSO RIBEIRO BASTOS, **Contencioso Administrativo**; DALMO DE ABREU DALLARI, **O Conselho de Estado e o Contencioso Administrativo no Brasil**; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, **La Crisis del Contencioso Administrativo Francés**; EDUARDO LOBO BOTELLO GUALAZZI, **A Expressão Técnica “Contencioso Administrativo”**; HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO, **Instituto da jurisdição administrativa francesa e o sistema jurídico brasileiro**; JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR, **O Contencioso Administrativo na Constituição Brasileira**; KALIEN FERREIRA DAVI, **Brasil e França em Busca de Alternativas para o Contencioso Administrativo**; LEON FREIDA SZKLAROWSKY, **O Contencioso Administrativo-Fiscal no Brasil**; MICHEL TEMER e CELSO RIBEIRO BASTOS, **Contencioso Administrativo e Repercussão no Plano estadual e na Utilização do Mandado de Segurança**; e MICHEL TEMER, **Jurisdição e Contencioso Administrativo (artigo 250)**.

²⁷¹ Art. 111, Emenda Constitucional 7/77: “A lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior” [art. 153, §4º].

²⁷² Art. 203, Emenda Constitucional 7/77: “Poderão ser criados contenciosos administrativos, federais e estaduais, sem poder jurisdicional, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive relativas a acidente de trabalho” [art. 153, §4º].

do contencioso administrativo²⁷³. Outro questionamento envolvendo o contencioso administrativo no Brasil colocado à época correspondia ao papel do Tribunal Federal de Recursos como efetivo Tribunal Administrativo, tendo em vista a competência de apreciação dos recursos interpostos contra decisões tomadas pelos juízes federais de primeira instância sobre litígios trabalhistas dos servidores públicos e União²⁷⁴.

Porém, não se deve atribuir o baixo interesse no tema do processo administrativo apenas à comparação com o Direito Administrativo francês, mesmo porque neste sistema de longa data era conhecido a *procédure administrative non contentieuse*. Ocorre que o procedimento administrativo tinha baixa aplicação prática posto à configuração arbitrária do Executivo imperial, em que a imensa maioria das decisões, para não dizer quase que sua totalidade, era tomada sem realização de prévio processo²⁷⁵. O processo administrativo apenas ganharia relevância nos debates jurídicos na segunda metade do século XX: primeiramente, pelos trabalhos isolados de alguns administrativistas – como J. GUIMARÃES MENEGALE, MÁRIO MASAGÃO e THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI²⁷⁶ – e, posteriormente, com os notáveis trabalhos de ODETE MEDAUAR e a geração de publicistas que a acompanhou.

Em escritos mais atuais, o contencioso administrativo volta à pauta muito por conta de reflexões pragmáticas acerca da criação de Tribunais Administrativos na estrutura da Administração Pública^{277 278}, a exemplo do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

²⁷³ Sobre o estudo do contencioso administrativo à luz da Emenda Constitucional 7/77, cf. CELSO SEIXAS RIBEIRO BASTOS, **Contencioso Administrativo**, 2012 (originalmente publicado em 1979), p. 481-495.

²⁷⁴ Nesse debate, DALMO DE ABREU DALLARI assim se posicionou: “[n]a realidade, parece-nos que essa possibilidade de recorrer ao Tribunal Federal de Recursos, não obstante representar uma inovação absoluta, será o único meio de conciliar a criação do contencioso administrativo com as exigências constitucionais. De fato, embora competente para o julgamento de ‘causas’ o contencioso não integrará o Poder Judiciário. Por esse mesmo motivo, suas decisões só poderão fazer coisa julgada em relação ao Executivo e ao Legislativo, uma vez que seus julgados poderão conter, em tese, uma lesão a direito individual, sendo assim imperativo que o Judiciário possa apreciar a eventual lesão”. **O Conselho de Estado e o Contencioso Administrativo no Brasil**, 2012 (originalmente publicado em 1970), p. 512-513.

²⁷⁵ Cf. JOSÉ CRETTELLA JR., **Prática do Processo Administrativo**, 2009, p. 50-51.

²⁷⁶ Cf. item II.2. deste Capítulo.

²⁷⁷ Na história constitucional, a Constituição de 1934 criou em seu art. 79 Tribunal Administrativo, cujo nome seria dado por lei, composto por nove juízes indicados pelo Presidente da República para julgar “*privativamente e definitivamente*” os recursos de atos e decisões definitivas do Poder Executivo, bem como das sentenças dos juízes federais nos litígios em que a União figurasse como parte, “*conquanto que uns e outros digam respeito ao funcionamento de serviços públicos, ou se rejam, no todo ou em parte, pelo Direito Administrativo*”. Também os litígios entre a União e seus credores decorrentes de contratos administrativos seriam dirimidos por este Tribunal Administrativo. Todavia, como limite à competência do Tribunal Especial, era defesa a apreciação de recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal quando versar sobre

(CARF), Tribunais de Impostos e Taxas (TIT), Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados, de Previdência Privada e de Capitalização (CRSNSPC), Conselho de Recurso do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)²⁷⁹. Devido ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, insculpido no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição de 1988, todas essas instituições estão submetidas ao controle judicial, porém, questiona-se se teriam elas legitimidade de julgamento em definitivo de questões técnicas.

O uso hodierno da expressão “*contencioso administrativo*” faz referência aos conflitos envolvendo a Administração Pública. Em clara alusão ao contencioso civil, relativo aos litígios bilaterais de processo civil em contraposição à advocacia consultiva, recentes referências ao contencioso administrativo não remontam à clássica construção francesa de dualidade de jurisdição. Trata-se simplesmente de referência às situações em que a Administração Pública encontra-se em disputa com particulares ou mesmo com entes administrativos, a exemplo dos processos administrativos sancionadores ou dos processos contra a Fazenda Pública em juízo²⁸⁰.

matéria constitucional. Na Constituição de 1946, possivelmente sob influência deste preceito constitucional, foi criado o Tribunal Federal de Recursos.

²⁷⁸ Cf. CAIO TÁCITO, **Contencioso Administrativo**, p. 59-69. Sobre o tema, o autor faz interessante consideração a respeito da permanência do contencioso administrativo no Brasil, assim compreendido em sentido material, e não orgânico: “[q]uando, portanto, o sistema legal insere na competência dos tribunais judiciário o julgamento final dos litígios administrativos, não desaparece, em sentido material, o contencioso administrativo (ou, em termos mais precisos, o contencioso dos atos administrativos). Não haverá, porém, em sentido orgânico, um sistema de contencioso administrativo, ou seja, órgãos jurisdicionais distintos, para o exercício do controle externo e final da Administração Pública”. *Idem*, p. 61. Nessa linha, inexistiriam sistemas genuinamente puros, de modo que unidade e dualidade de jurisdições coabitariam em um mesmo sistema jurídico. *Idem*, p. 62.

²⁷⁹ É válido registrar que a nova Lei do CADE (Lei 12.520/2011) faz referência a nomenclaturas típicas do contencioso administrativo na estruturação da autarquia. Assim, estabelece que o “**Tribunal Administrativo de Defesa Econômica**” (art. 5º). O Tribunal Administrativo é caracterizado como “*órgão judicante*” (art. 6º), a que compete, dentre outras atribuições: decidir processos administrativos sancionadores antitrustes; ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica; aprovar os termos de compromisso de cessação de prática, bem como do acordo em controle de concentrações; apreciar processos administrativos de atos de concentração; e elaborar e aprovar o regimento interno do CADE (art. 9º). As decisões do Plenário do Tribunal Administrativo constituem títulos executivos extrajudiciais (art. 93).

²⁸⁰ A polissemia do contencioso administrativo já foi objeto de discussão no estudo de EDUARDO LOBO BOTELHO GUALAZZI, **A Expressão Técnica “Contencioso Administrativo”**, 2012 (originalmente publicado em 1986), p. 533-535.

II.1.2. O ato administrativo complexo como uma manifestação rudimentar da processualidade administrativa

As origens da noção de processo no âmbito administrativo no Brasil remontam, portanto, ao contencioso administrativo²⁸¹. Ocorre que uma origem remota da moderna noção de processo administrativo resulta da utilização do recurso por excesso de poder (*recours pour excès de pouvoir*) para invalidação de atos administrativos, cuja análise pressupõe a distinção entre forma e formalidade. Ao contrário do vício de formalidade, o vício de forma (*vice de forme*) compreende tanto os vícios relativos ao meio de exteriorização da decisão administrativa quanto os vícios relativos ao conjunto de atos antecedentes a esta decisão. A ausência de procedimento prévio ou a inobservância das formas determinadas em lei – nem sempre tomados com a mesma medida de valor, como adverte JEAN RIVERO²⁸² – caracteriza excesso de poder, passível de controle pelo Conselho de Estado. Assim, DAVID DUARTE reconhece nessa segunda expressão a origem do processo administrativo²⁸³.

²⁸¹ Evidencia-se no Brasil o fenômeno descrito por DAVID DUARTE, segundo o qual é no quadro do Direito Administrativo moderno que surge a categoria “*processo administrativo*”: “[o] *que se pretende dizer é que, se foi ao nível interior da Administração que surgiram os actuais processos contenciosos, foi destes que resultaram regras que permitiram o reconhecimento de um ‘passado’ das decisões juridicamente relevante e susceptível de condicionar a sua validade*”. **Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**, 1996, p. 43. Este pode ser considerado o modo como o processo administrativo surge na qualidade de categoria autônoma no Direito Administrativo em diversos sistemas de *civil law*, dada a influência da doutrina francesa de direito administrativo, construída sob a ideia de dualidade de jurisdição. Todavia, esse processo de origem não pode ser tomado de modo descontextualizado, em diversos outros sistemas o desenvolvimento da noção de processo administrativo não se deve propriamente ao contencioso administrativo. É o caso, por exemplo, dos sistemas inglês e norte-americano de direito administrativo, em que o processo administrativo surge a partir da projeção da ideia do *due process of law* para a esfera administrativa. Em ambos os sistemas, a elevação do devido processo legal à estatura de norma constitucional (em 1215 na Inglaterra, com a edição da Magna Carta, e posterior edição da Lei de Edward III em 1344, e em 1787 nos Estados Unidos, com a promulgação da Constituição federal norte-americana) foi determinante para que as emergentes *agencies* passassem a se vincular ao dever de observância do devido processo legal, mas segundo o modelo judicial: as primeiras decisões da Suprema Corte norte-americana sobre a aplicação do devido processo legal nos processos administrativos de *adjudication* o tomam como modelo de procedimento. Posteriormente, diante de um cenário de crescente intervenção estatal na esfera de direitos privados, o devido processo legal foi projetado para a atividade normativa das *agencies*, um dos aspectos que marca o nascimento do processo administrativo normativo (*rulemaking*). Cf. item III.1. deste trabalho.

²⁸² **Droit Administratif**, 1990, p. 318-319. Segundo o autor, “[t]out acte administratif est assujéti à un certain formalism: il doit être pris, après une procédure, dans des formes déterminées. Ces deux éléments sont logiquement distincts: la procédure concerne l’élaboration de l’acte, la forme, as présentation matérielle. Mais le contentieux de l’excès de pouvoir les unifie: le vice de forme résulte de la méconnaissance des règles que fixent, pour chaque acte, tant la procédure que les formes”. *Idem*, p. 318.

²⁸³ “*Afastada a primeira vertente, o vício de forma compreende a chamada ‘irregularité de procédure’, que consubstancia a falta ou a insuficiência da prática de formalidades legalmente exigidas e que deviam anteceder a decisão. A ideia de irregularité de procédure (ou de vice de procédure) vai possibilitar a recepção de que não interessa apenas a competência do autor do acto, a forma prevista para sua*

Porém, a construção da moderna noção de processo administrativo tem também como fundamento de origem o *ato administrativo complexo*, compreendido como o ato que resulta da manifestação de dois ou mais órgãos administrativos, cujas declarações de vontade se voltam à edição de um específico ato administrativo²⁸⁴.

Pela própria definição de ato administrativo complexo, nota-se uma dinâmica próxima ao processo administrativo, dado que ambos se moldam por uma sucessão de atos ou de manifestações de vontades²⁸⁵ para edição de uma decisão administrativa final. Contudo, é aí que as aproximações cessam. Na qualidade de espécie de ato administrativo, os típicos atributos do ato administrativo se manifestam no ato complexo, dentre eles a unilateralidade e a imperatividade, sem nele se verificarem as típicas garantias processuais, por não dispor de natureza processual. Trata-se, portanto, de uma origem remota do processo administrativo como hoje este é concebido²⁸⁶.

exteriorização, nem o quadro legal de finalidades e de protecções subjetivas. Ao mesmo tempo, a Administração está adstrita a um conjunto de actos de tramitação, que se desenvolvem e canalizam rumo à decisão". **Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**, 1996, p. 48-49.

²⁸⁴ Cf. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, **Direito Administrativo**, 2011, p. 222. A exposta conceituação do ato administrativo complexo, adotada neste trabalho, coaduna-se com o critério orgânico, fortemente recepcionado no Direito Administrativo brasileiro a partir dos escritos de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR. Cf. SANDRA JULIEN MIRANDA, **Do Ato Administrativo Complexo**, 1982, p. 56-57. A mesma autora assinala, ainda, outras formas de conceituação do ato administrativo complexo, quais sejam: (i) critério volitivo, que considera o número de declarações de vontade; (ii) o critério da fonte do ato, segundo o qual complexo é o ato formado pelo concurso de vontades emanadas de vários órgãos ou sujeitos da Administração Pública; e (iii) posições autônomas, que se destacam pela peculiaridade de suas orientações. Segundo a corrente orgânica, "*complexo é o ato administrativo que só se concretiza pela manifestação da vontade, concomitante ou sucessiva, de mais de um órgão do Estado, seja este órgão singular ou coletivo*". *Idem*, p. 57.

²⁸⁵ Dentre as principais diferenças entre ato complexo e processo administrativo está o dado de que enquanto o processo administrativo é formado por uma sucessão de atos administrativos concatenados e voltados à tomada de decisão administrativa, o ato complexo é formado por manifestações de vontade no âmbito de um ato administrativo. Sobre as diferenças entre ato complexo e processo administrativo, cf. EGON BOCKMANN MOREIRA, **Processo Administrativo. Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**, 2007, p. 61-64.

²⁸⁶ "*Em termos gerais, as concepções iniciais do procedimento e da teoria do procedimento administrativo partem de uma leitura substancialista que o explica a partir da noção de acto administrativo cujo processo de formação não é mais do que a integração dos vários elementos que o constituem. Esta ideia de procedimento administrativo, que, de certa forma, materializa o fio condutor das divergentes linhas de desenvolvimento integráveis nesta orientação, faz da não autonomia dos actos proceduralmente prodrômicos o cerne da conceptualização do procedimento administrativo. A explicação substancialista do procedimento, com origens na doutrina alemã, leva à nuclearidade da noção de acto complexo, como referência da decisão que engloba constitutivamente várias vontades e que representa substitutivamente o procedimento administrativo como um conjunto de actos necessários para a perfeição do acto final. E essa relação depende da unidade do efeito jurídico a atingir e da diversidade, jurídica e subjetiva, dos elementos necessários para a sua realização*". DAVID DUARTE, **Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como**

II.1.3. A construção da processualidade administrativa no Brasil

Como analisado no item anterior, uma das origens da noção moderna do processo administrativo no Brasil está no contencioso administrativo e em sua atividade processual. O processo administrativo não seria algo totalmente desconhecido na teoria do Direito Administrativo, mas sua abrangência seria praticamente limitada à jurisdição administrativa. Com a proclamação da República e a extinção da figura do Conselho de Estado, o processo administrativo seria relegado a uma nota de curiosidade histórica da época do Imperador. Apesar de a Administração Pública conduzir cotidianamente significativa monta de processos administrativos, o seu Capítulo de acolhida ainda seria o relativo ao contencioso administrativo²⁸⁷. Este modo de tratamento doutrinário do processo administrativo apenas se modificaria com o lançamento de programas governamentais voltados ao aprimoramento da gestão pública, notadamente no período getulista, e a consequente edição de grandes leis de organização e disciplina dos servidores públicos²⁸⁸. A partir deste ponto, o processo administrativo se deslocaria do Capítulo do contencioso administrativo nos manuais de Direito Administrativo para o Capítulo dos servidores públicos ou mesmo adentraria em um manual de Direito Tributário sob o nome de “*processo administrativo fiscal*”.

Ocorre que o desenvolvimento do processo administrativo no Brasil terá como marco a edição de *leis especiais de processo administrativo*. Novamente o processo

parâmetro decisório, 1996, p. 87. Cf., ainda, ODETE MEDAUAR, **A Evolução do Direito Administrativo**, 2003, p. 221.

²⁸⁷ É o caso, por exemplo, da obra **Tratado de Ciência de Administração e Direito Administrativo**, de AUGUSTO OLYMPIO VIVEIROS DE CASTRO, 1912, p. 598-599. Em tom crítico ao contencioso administrativo – em que se até mesmo refuta a existência de tribunais administrativos propriamente ditos, pois que seriam meras jurisdições especiais, bem como se afirma que “[n]ós nunca tivemos um contencioso administrativo devidamente organizado” (p. 595) –, VIVEIROS DE CASTRO faz referência neste tópico ao tema do processo administrativo, mas sem adentrar em minúcias. Não se identifica na obra um item apartado para estudo do processo administrativo nem sua análise no Capítulo referente à ação administrativa.

²⁸⁸ Na sua obra **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro** (1939), RUY CIRNE LIMA faz alusão à “*ação disciplinar*” a que o funcionário público se sujeitava no Capítulo 18, intitulado *O Trabalho Público*, o qual está compreendido no item *As Forças da Ação Administrativa* (p. 172). Esta mudança de posicionamento do processo administrativo na ordem de estudo do Direito Administrativo brasileiro deve-se fundamentalmente às reflexões sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos, à época em elaboração, que lançou luzes ao “*Direito dos Serviços Públicos*”. *Idem*, p. 157.

administrativo não ganharia a autonomia de que era merecedor, mas, ao menos, foi o momento de alargamento da abrangência do processo administrativo, não mais limitado a uma *instituição*, mas compreendido em *atividades administrativas*. Logo, o processo administrativo seria reconhecido pelas suas diferentes espécies e a partir delas um incipiente estudo do processo administrativo se desenvolveria. J. GUIMARÃES MENEGALE, por exemplo, reconheceu a existência do processo administrativo para além do contencioso administrativo para determinar a incidência das “*normas geraes do processo commum*” ao processo administrativo e, por meio de citação de TEZNER, exprime o sentimento de esperança de que o direito processual da Administração Pública possa um dia receber o mesmo valor que o processo civil e o processo penal²⁸⁹.

Nesse panorama, é imprescindível analisar o papel desempenhado pela temática dos *servidores públicos* no aprimoramento do processo administrativo no Brasil, do qual se recolhem as primeiras grandes expressões do processo administrativo para além das divisas do contencioso administrativo²⁹⁰. Preliminarmente, porém, importa situar a onda de transformação processual no contexto da *Reforma Burocrática de 1936*, capitaneada por MAURÍCIO NABUCO, em que os ideias racionais foram colocados como metas de eficiência da Administração Pública²⁹¹. Dentre as principais chaves do desenvolvimento econômico proposto por GETÚLIO VARGAS, figurava a racionalização da Administração Pública, que passaria por amplo projeto de consolidação e reforma dos servidores do Estado que se consubstanciaria em um *estatuto dos servidores públicos*. Na verdade, existiram outros projetos de elaboração de um estatuto dos servidores públicos desde 1907, por influência do Direito Administrativo francês²⁹², cujas discussões sobre uma lei de disciplina do

²⁸⁹ Cf. **Direito Administrativo e Ciencia da Administração**, 1938, p. 21.

²⁹⁰ Não que o processo administrativo não fosse conhecido ou praticado no âmbito administrativo, ainda que com denominações similares, como “*procedimento*”, “*ação*”, “*inquérito*”, “*averiguação*” etc. No entanto, para a teoria do Direito Administrativo, a edição do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União foi notável para a sistematização do processo administrativo em um tópico de estudo do Direito Administrativo, corroborando para o progressivo tratamento jurídico do instituto, principalmente por meio dos futuros textos constitucionais.

²⁹¹ Cf. LUIZ CARLOS BRESSER-PEREIRA, **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2008, p. 49-50.

²⁹² Desde o começo do século estava em discussão no Direito Administrativo francês um movimento de reforma, simplificação e eficiência nos gastos públicos, com direta implicação no tema dos funcionários públicos. Como apresenta LOUIS ROLLAND, houve supressão de significativo número de funcionários públicos por meio da Lei de 31 de dezembro de 1921 e da Lei de 30 de junho de 1923. Pela Lei de 3 de agosto de 1926, o Governo estaria autorizado a editar decretos para supressão ou fusão de postos públicos para, assim, desenvolver reformas administrativas no âmbito do funcionalismo público. Ainda, o autor salienta a criação, em 1938, de uma comissão de reorganização administrativa responsável por propor medidas de reforma administrativa. Cf. **Précis de Droit Administratif**, 1947, p. 10.

funcionalismo público já se encontravam em estágio avançado²⁹³. Contudo, apenas com a consolidação de um programa governamental e a criação do Conselho Federal do Serviço Público Civil, transformado no Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) em 1938²⁹⁴, foi possível levar a cabo o projeto de constituição de um estatuto dos servidores públicos civis da União.

Compreendido o relevante papel do Estado na promoção do desenvolvimento econômico, GETÚLIO VARGAS lançou em 1936 programa de reforma burocrática – posteriormente conhecido como “*Reforma Burocrática de 1936*” – com a finalidade de fortalecer as instituições administrativas e o funcionalismo público. Nesta frente, a proposta era de qualificação do pessoal lotado na burocracia brasileira, de modo que os funcionários de carreira também compusessem as elites decisórias²⁹⁵. Assim, ainda em 1936 GETÚLIO VARGAS criou o Conselho Federal do Serviço Público Civil (Lei 284/1936), medida símbolo da valorização dos servidores públicos, para, na sequência, serem previstos direitos aos funcionários públicos na Constituição de 1937, dentre os quais o dever de realizar processo administrativo para apuração de responsabilidade disciplinar. Saliente-se que a obrigatoriedade de realização de concurso público para acesso aos cargos de provimento efetivo foi ineditamente prevista na Constituição de 1937²⁹⁶. O processo administrativo seria, então, o *processo do funcionalismo público*. Os estudos sobre o funcionalismo público no Brasil foram concluídos pelo Conselho Federal do Serviço Público Civil em 1937 e foram objeto de nova reformulação pelo DASP, cujo resultado

²⁹³ Cf. THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, **O Funcionário Público e o seu Regime Jurídico**, 1946, p. 79-80. Relata o publicista as numerosas tentativas de lançar o estatuto dos servidores públicos civis da União: em 1907, com o projeto de JUSTINIANO SERPA; em 1910, com o projeto de ALCINDO GUANABARA; em 1911, com o projeto de GRACCHO CARDOSO; em 1913, com o projeto de MONIZ SODRÉ, lastreado nos ensinamentos de DUGUIT; em 1914, com o projeto de CAMILO DE HOLANDA; em 1916, com projeto do Governo WENCESLAU BRAZ; em 1921, com projeto do Governo EPITÁFIO PESSOA; em 1923, com projeto de HOMERO BATISTA; em 1929, com projeto de SÁ FILHO; e, em 1934, com projeto das subcomissões legislativas nomeadas pelo governo federal em 1931 e compostas por MIRANDA VALVERDE, FIGUEIRA DE MELO e QUEIROZ LIMA. *Idem*, p. 80-81.

²⁹⁴ O Conselho Federal do Serviço Público Civil foi criado pela Lei 284/1936, tendo sido responsável pelo primeiro plano geral de classificação de cargos e pela introdução de um sistema de mérito no Poder Público federal. Posteriormente, foi absorvido pelo DASP, criado pelo Decreto-Lei 579 em 1938. Cf. LUIZ CARLOS BRESSER-PEREIRA, **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2008 p. 50.

²⁹⁵ Cf. LUIZ CARLOS BRESSER-PEREIRA, **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2008, p. 49-50.

²⁹⁶ Cf. art. 156, *b*, Constituição de 1937.

final foi o Decreto-Lei 1.713, de 1939, o *Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União*²⁹⁷.

É nesse contexto que a Constituição de 1934 e a Constituição de 1937 previram a regra do concurso público²⁹⁸, uma modalidade de processo administrativo, e a exoneração dos funcionários estáveis apenas mediante prévio “*processo administrativo*”, ressalvados os casos especificados na própria Constituição (“*justa causa*” ou “*motivo de interesse público*”, nos termos da Constituição de 1934). Na Constituição de 1937 há, inclusive, expressa previsão do Estatuto dos Funcionários Públicos, o qual deveria ser editado pelo Poder Legislativo em consonância com os ideais da Reforma Burocrática de 1936²⁹⁹. O então recém-editado Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União destinou um Capítulo inteiro ao processo administrativo para apuração de infrações disciplinares³⁰⁰, o qual “*precederá sempre à demissão do funcionário*” (art. 246, *parágrafo único*). Digno de nota é a nomenclatura do processo administrativo disciplinar como o grande gênero do “*processo administrativo*”, o que pode ter corroborado para a histórica compreensão do processo administrativo na Administração Pública como o típico processo disciplinar.

Paralelamente à previsão do processo administrativo no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União de 1939, a Reforma Burocrática de 1936 teve como uma das frentes conferir ao DASP competência diretiva em matéria de processo administrativo. Com a edição do Decreto-Lei 200/67, as orientações do DASP passariam a ter caráter normativo, nos termos do correspondente art. 116, inc. III. Diversas foram as formulações do DASP que se relacionam ao processo administrativo, as quais foram sistematizadas no quadro abaixo:

²⁹⁷ Cf. THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, **O Funcionário Público e o seu Regime Jurídico**, 1946, p. 81.

²⁹⁸ Este é o teor do art. 169 da Constituição de 1934: “*os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa. Parágrafo único - Os funcionários que contarem menos de dez anos de serviço efetivo não poderão ser destituídos dos seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público*”. Este é o teor do art. 156, alíneas *b* e *c*, da Constituição de 1937: “*b) a primeira investidura nos cargos de carreira far-se-á mediante concurso de provas ou de títulos; c) os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em todos os casos, depois de dez anos de exercício, só poderão ser exonerados em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, em que sejam ouvidos e possam defender-se*”.

²⁹⁹ Cf. art. 156 da Constituição de 1937.

³⁰⁰ Trata-se do Capítulo IV, intitulado “*Do Processo Administrativo*”.

TABELA 01 – FORMULAÇÕES DO DASP SOBRE PROCESSO ADMINISTRATIVO

N. 22	Conceder-se-á certidão, salvo de ato publicado, sigiloso ou que não tenha conexão com legítimo interesse do requerente.
N. 73	Aplica-se ao Direito Administrativo o princípio de que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.
N. 80	A autoridade administrativa não está obrigada a cumprimento de decisão judicial proferida em mandado de segurança, se a autoridade dada como autoridade coatora é hierarquicamente inferior.
N. 84	Pacificada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deve a Administração, embora não convencida, adotar o entendimento vitorioso, mas somente após a audiência do Órgão Central do Sistema de Pessoal e aprovação do Presidente da República.
N. 85	Quando o legislador faz referência à lei, alude à lei formal emanada do Poder Legislativo, não a decretos ou outras leis em sentido lato.
N. 219	Os pareceres da Consultoria-Geral da República aprovados pelo Presidente da República devem ser cumpridos pelos órgãos federais, sob pena de exoneração dos responsáveis demissíveis <i>ad nutum</i> ou processo administrativo contra os estáveis.
N. 300	As formulações elaboradas e publicadas pelo DASP (COLEPE) constituem, por força do disposto no art. 116, item III, do Decreto-Lei n. 200, de 1967, orientação normativa para os Órgãos de Pessoal da Administração Federal Direta e Autárquica.
N. 347	Ante a previsão expressa de representação de inconstitucionalidade, não é lícito ao Poder Executivo recusar-se unilateralmente ao cumprimento de leis que repute inconstitucionais.

Fonte: elaboração própria a partir de JOSÉ ARMANDO DA COSTA, **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar**, 1984, p. 15-16.

O contexto da Reforma Burocrática de 1936, galgada na meritocracia e nos adjacentes valores de igualdade e imparcialidade, explica apenas em parte, porém, o desenvolvimento do processo administrativo com a edição do Estatuto dos Servidores Cíveis da União em 1939. A esse cenário é necessário acrescentar mais dois movimentos típicos da teoria do Direito Administrativo.

Primeiramente, o Estatuto receberia a influência do movimento de fortalecimento de um processo jurisdicional de fundo mais liberal na França, em substituição do arbítrio da autoridade administrativa³⁰¹. Quando projetado sobre o tema dos servidores públicos, este movimento liberal terminaria por mitigar as relações de sujeição absoluta do

³⁰¹ Cf. THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, **O Funcionário Público e o seu Regime Jurídico**, 1946, p. 436.

subordinado ao superior hierárquico em prol de garantias dos funcionários pelo império da lei³⁰². Como coloca LOUIS ROLLAND, “[p]or um lado, é essencial que o empregado esteja em conformidade com as ordens superiores. Nenhum serviço pode funcionar sem ele. Por outro lado, todos, na França, são obrigados a seguir a lei. Precauções são tomadas para evitar que o poder do superior seja usado para violar esta regra³⁰³. Esta ideia repercutiria no desenho do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União para previsão do processo administrativo (disciplinar).

O segundo movimento de influência do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União de 1939 corresponde à doutrina norte-americana da estabilidade dos servidores públicos, materializada no *Hatch Act*, de 1939 – que complementa a lei do serviço público norte-americano, o *Pendleton Act* (1883) –, após uma série de precedentes da Suprema Corte norte-americana³⁰⁴. A doutrina é sustentada na garantia do devido processo legal, que também se aplicaria ao âmbito do funcionalismo público para evitar demissões arbitrárias ou fundadas puramente em razões políticas. Sua influência no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União fica evidente na solução processual do concurso público e da demissão dos servidores públicos, em consonância com a aproximação das soluções de *common law* na organização do serviço civil no Brasil³⁰⁵.

A guinada do processo administrativo como um instituto do contencioso administrativo para um elemento de garantia de direitos individuais oponíveis à

³⁰² Como relata HENRY BERTHÉLEMY, controvérsia doutrinária se estabeleceu sobre a necessidade, ou não, de abolição do sistema de garantias dos funcionários públicos (*la garantie des fonctionnaires*) estabelecido no art. 75 da Constituição do Ano VIII, nos seguintes termos: “*les agents du gouvernement autres que les ministres ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu’en vertu d’une décision du Conseil d’État. En ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires*”. Questionava-se, na ocasião, que o preceito seria um privilégio aos servidores públicos, que deveriam ser processados na justiça comum em razão dos ilícitos de natureza administrativa praticados quando do exercício de função pública. Exatamente porque os ilícitos tinham natureza administrativa e se apresentavam no exercício de competências administrativas, HENRY BERTHÉLEMY posicionou-se favoravelmente à competência do Conselho de Estado para processamento e julgamento dos funcionários públicos nessa específica situação. Cf. **Traité Élémentaire de Droit Administratif**, 1913, p. 65-68.

³⁰³ **Précis de Droit Administratif**, 1947, p. 106. Tradução livre. Do original: “[d]’une part, il est indispensable que le fonctionnaire se conforme aux ordres du supérieur hiérarchique. Aucun service ne peut fonctionner sans cela. D’autre part, tous, en France, sont tenus d’observer la loi. Des précautions sont à prendre pour éviter que le pouvoir du supérieur hiérarchique soit utilisé pour violer cette règle”.

³⁰⁴ Cf. FRANCISCO CAMPOS, **Direito Administrativo**, 1943, p. 436.

³⁰⁵ É o que relata THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI: “[a] organização do Serviço Civil no Brasil, que se vinha orientando há muitos anos, dentro do quadro restrito da elaboração de um Estatuto para os funcionários públicos, objeto de numerosos estudos e projetos, tomou, em 1935, uma orientação completamente diversa, inspirada já não mais nos exemplos até então seguidos, para preferir o caminho indicado pela Inglaterra e pelos Estados Unidos”. **O Funcionário Público e o seu Regime Jurídico**, 1946, p. 68.

Administração Pública no tema dos funcionários públicos deve-se, portanto, à confluência de doutrinas do *civil law* e do *common law*. Apesar da destinação diversa, ambas tinham por principal ordem de preocupação os direitos dos servidores públicos e, em comum, evocavam o processo administrativo como mecanismo eficaz de tutela desses direitos. Como resultado, a solução processual foi contemplada no Estatuto federal para afastar decisões arbitrárias disciplinares.

Estágio seguinte foi a formalização do processo administrativo nas grandes leis de direito administrativo que lidavam com o binômio *autoridade vs. liberdade*, em que houvesse emprego de poderes públicos, ou que o uso e gozo de um direito por alguém automaticamente interditasse o uso e gozo por outro, o que é típico aos processos competitivos, como o concurso público e a licitação. Com relação aos processos de autoridade, cite-se como exemplo o processo expropriatório (Decreto-Lei 3.365/41) e o processo administrativo fiscal (Decreto 70.235/72). Não se quer com esses exemplos esgotar os tipos de processos administrativos praticados pelo Poder Público, mas apenas salientar que o desenvolvimento do tema no Direito Administrativo seria pautado por processos em espécie, e não por leis gerais de processo administrativo, que viriam a compor o regime administrativo apenas no final do século XX.

II.2. Constitucionalização do processo administrativo e o papel do Supremo Tribunal Federal

Em artigo voltado à análise da jurisprudência construída pelo Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado na República Velha, JOSÉ GUILHERME GIACOMUZZI relata a farta utilização de argumentos como “*para o bem da sociedade*” ou “*interesse público*” para cancelar limitações de direitos dos servidores públicos praticadas unilateralmente pelo Poder Público³⁰⁶. Nos julgados analisados pelo autor, a noção de processo administrativo não entrou na pauta. Tampouco houve aplicação de elementos correlatos ao processo administrativo, como a motivação e a ampla defesa. Pelo contrário, na Apelação Cível

³⁰⁶ Cf. **A Supremacia do Interesse Público na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal durante a República Velha**, 2013, p. 263-285.

2.091, julgada pelo STF em 12 de maio de 1915, o Supremo isentou a Administração do dever de motivar, mesmo porque isso seria “*muitas vezes conveniente ao próprio demitido que não se publiquem os motivos da demissão*”³⁰⁷. Nesse mesmo julgado o STF entendeu que a demissão de funcionário não dependeria de prévio processo administrativo, estando esta decisão subordinada “*ao critério da administração (...), de acordo com as conveniências do serviço público*”³⁰⁸.

Da pesquisa empírica desenvolvida por JOSÉ GUILHERME GIACOMUZZI, depreende-se que o mesmo cenário de arbitrariedade marcado por uma Administração Pública autoritária que dispensava a realização de processo administrativo para restrição de direitos individuais reverberava no Supremo Tribunal Federal. Por sua vez, o papel inicial do Supremo com relação ao processo administrativo foi o de *legitimador* da atuação do Poder Público fora da arena processual. Em diversas oportunidades, especialmente na temática dos servidores públicos, o Supremo fixou em bases sólidas o entendimento de que o processo administrativo era meramente prescindível à limitação dos direitos dos particulares. Para tanto, expressões etéreas, embrionárias do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado – tomado como dogma do Direito Administrativo para parcela da atual doutrina administrativista –, foram oportunamente empregadas.

Com a constitucionalização do processo administrativo, a postura do Supremo quanto ao dever processual da Administração muda significativamente. O papel de legitimador de práticas arbitrárias seria logo substituído pelo de garantidor de direitos adjetivos dos particulares frente ao Poder Público. Por outro lado, o Supremo passaria a assumir a veste de regulador do processo administrativo, o que, inclusive, foi reconhecido pelo DASP em sua formulação 84: “*pacificada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deve a Administração, embora não convencida, adotar o entendimento vitorioso, mas somente após a audiência do Órgão Central do Sistema de Pessoal e aprovação do Presidente da República*”. Na sequência será desenvolvido estudo empírico da jurisprudência constitucional sobre processo administrativo.

³⁰⁷ *Idem*, p. 267-268.

³⁰⁸ *Idem*, p. 268.

II.2.1. Início da constitucionalização do processo administrativo no Brasil

Muito embora díspares em termos de proposta constitucional, a Constituição de 1934 e a Constituição de 1937 serão analisadas conjuntamente na medida em que informam o *movimento de constitucionalização do processo administrativo* no Brasil.

No caso da Constituição de 1934, a previsão de que a “*lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta*” – locução esta cuja essência seria reproduzida nas Constituições subsequentes na previsão da garantia da *ampla defesa* – já era estabelecida no n.º 24 do art. 113, relativo aos direitos e garantias individuais. A garantia do “*devido processo*”, por sua vez, foi cunhada apenas aos processos de julgamento do Presidente da República por crimes comuns (art. 58, §4º)³⁰⁹. Registre-se que foi na Constituição de 1934 a primeira vez em que a locução “*processo administrativo*” foi empregada. No art. 95, §3º³¹⁰, o processo administrativo vem atrelado a uma categoria especial de agentes públicos – os membros do Ministério Público Federal – para condicionar a perda do mandato apenas por sentença judicial ou processo administrativo em que se garanta a ampla defesa.

O princípio do contraditório passou a figurar dentre os direitos adjetivos constitucionalizados com a Constituição de 1937, cujo n.º 11 do art. 122, que dispunha sobre os direitos e garantias individuais, previa que a instrução criminal fosse “*contraditória*”³¹¹. Em razão do contexto autoritário estabelecido pela Ditadura Getulista, a garantia da ampla defesa fora suprimida. Porém, o dever de realizar processo para perda de cargo público, então restrito aos membros do Ministério Público Federal, foi espreado para os servidores públicos em geral, os quais apenas poderiam ser exonerados mediante

³⁰⁹ É o texto do art. 58, §4º, da Constituição de 1934: “[s]ubmetido o relatório da Junta Especial, com os documentos, à Câmara dos Deputados, esta, dentro de 30 dias, depois de emitido parecer pela Comissão competente, decretará, ou não, a acusação e, no caso afirmativo, ordenará a remessa de todas as peças ao Presidente do Tribunal Especial, para o **devido processo e julgamento**” (destaquei).

³¹⁰ É o texto do art. 95, §3º, da Constituição de 1934: “[o]s membros do Ministério Público Federal que sirvam nos Juízos comuns, serão nomeados mediante concurso e só perderão os cargos, nos termos da lei, por sentença judiciária, ou processo administrativo, no qual lhes será assegurada **ampla defesa**” (destaquei).

³¹¹ É o texto do art. 122, 11, da Constituição de 1937: “[à] exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa”.

sentença judicial ou processo administrativo em que pudessem ser ouvidos e se defender (art. 156, c)³¹².

A análise conjunta da Constituição de 1934 e da Constituição de 1937 permite constatar as raízes da tradição do Direito Administrativo brasileiro de atrelar o tema do processo administrativo à matéria de servidores públicos. A forte imbricação entre processo administrativo e servidores públicos levou, como já mencionado, MANOEL FRANCO DE OLIVEIRA SOBRINHO a sustentar que, no Brasil, o processo administrativo corresponderia à figura do processo administrativo disciplinar. Trata-se de uma visão reducionista do processo administrativo, mas por muito tempo prevalecente na doutrina publicista nacional. No âmbito doutrinário, a pauta do processo administrativo seria resumida no estudo do contencioso administrativo³¹³ e do processo administrativo disciplinar³¹⁴.

II.2.2. O processo administrativo nas Constituições e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Como visto, desde a Constituição de 1934 a expressão “*processo administrativo*” passou a ser referenciada no texto constitucional. Também é desse período a leva de previsão constitucional de direitos adjetivos fundamentais, que logo se consubstanciariam nos princípios do contraditório e da ampla defesa. Pauta permanente no constitucionalismo brasileiro, o processo administrativo foi objeto de disciplina pelas Constituições brasileiras. Remontar este panorama é um dos objetivos do presente item. Porém, não apenas.

É digno de nota o papel histórico do Supremo Tribunal Federal na efetivação dos direitos constitucionais adjetivos no âmbito administrativo, cuja atuação ao longo das

³¹² É o texto do art. 156, c, da Constituição de 1937: “[o]s funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em todos os casos, depois de dez anos de exercício, só poderão ser exonerados em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, em que sejam ouvidos e possam defender-se”.

³¹³ Cf. item II.1.1. deste trabalho.

³¹⁴ O que não significa que a doutrina não reconhecera a existência de outros tipos processuais, como o processo expropriatório e o processo administrativo fiscal. Ocorre que essas figuras não eram tratadas no “capítulo” do processo administrativo, mas em sua correspondente temática: os processos expropriatórios em desapropriação, os processos licitatórios em licitação e o processo administrativo fiscal no Direito Tributário.

Constituições tendeu à salvaguarda de direitos individuais a partir do claro comando direcionado ao Poder Público de *dever de realizar processo*, em que se garanta o *devido processo legal*.

II.2.2.1. Constituição de 1946

Com a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1946, o princípio da ampla defesa foi novamente previsto e diretamente atrelado ao dever de realizar processo administrativo para perda de cargo público por servidor estável. No primeiro caso, o art. 127 da Constituição de 1946 determinava que os membros estáveis do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios somente poderiam ser demitidos por meio de sentença judicial ou mediante processo administrativo “*em que se lhes faculte ampla defesa*”³¹⁵. No segundo caso, o dever de realizar processo em que se garanta a ampla defesa era assegurado aos servidores públicos estáveis, nos termos do art. 189, inc. II, da Constituição de 1946³¹⁶.

A partir da previsão constitucional de direitos adjetivos, o Supremo foi recorrentemente instado a se manifestar sobre a aplicação desses direitos no âmbito do processo administrativo. Outro fator que deve ser considerado para explicar a intensificação da jurisprudência constitucional sobre processo administrativo corresponde aos efeitos da Reforma Burocrática de 1936 conduzida no Estado Novo, notadamente: aumento da máquina administrativa do Estado, com massiva contratação de servidores de provimento efetivo mediante concurso público, e valorização do funcionalismo público com a previsão constitucional de direitos adjetivos (como visto, reproduzidos na Carta de 1946).

³¹⁵ Mencione-se que o mesmo preceito dispunha sobre o dever de motivar pelo Chefe do Ministério Público relativamente no caso de remoção de membro do Ministério Público da União, do Distrito Federal ou dos Territórios, com fundamento em conveniência do serviço. É o texto do art. 127 da Constituição de 1946: “[o]s membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos a não ser mediante representação motivada do Chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço”.

³¹⁶ É o texto do art. 189, inc. II, da Constituição de 1946: “[q]uando estáveis, no caso do número anterior, no de se extinguir o cargo ou no de serem demitidos mediante processo administrativo em que se lhes tenha assegurado ampla defesa”.

De fato, a constância do tema dos servidores públicos na jurisprudência do Supremo sobre processo administrativo se confirmou na pesquisa empírica desenvolvida. Praticamente todos os casos envolvendo processo administrativo da época são relativos ao tema dos servidores públicos. No RMS 2.248³¹⁷, por exemplo, funcionários públicos foram postos em disponibilidade inativa, sem remuneração, para apurar responsabilidade por participação em atividades subversivas. O correspondente processo administrativo disciplinar culminou em pena de demissão sem que os mesmos fossem convocados para apresentação de defesa. Reconhecido o cerceamento de defesa, o Supremo anulou o processo administrativo e invalidou a disponibilidade dos funcionários sem remuneração.

Exceção é o Caso Hanna³¹⁸, no qual o Supremo afirmou o dever de realizar processo administrativo em que se garanta o direito ao contraditório e à ampla defesa para cassação de concessões. No caso concreto, o Ministro de Minas e Energia determinou o cancelamento das averbações de minas e jazidas, bem como a cessação imediata das explorações concedidas. Após denúncia de que concessões irregulares haviam sido expedidas pelo Governo Federal, o então Presidente JÂNIO QUADROS nomeou Grupo de Trabalho para apurar a questão e, concluso o relatório, determinou ao Ministro de Minas e Energia que instaurasse processo de cassação das concessões listadas como irregulares. Como de praxe, o Ministro ouviu o Consultor Jurídico e proferiu despacho cassando as concessões. Por maioria de votos o STF acatou o posicionamento do Min. PRADO KELLY no sentido de que deveria ter sido realizado processo administrativo para cassação das concessões, não sendo suficiente a motivação apresentada pelo Ministro de Minas e Energia³¹⁹. Restou vencido o posicionamento do MIN. ALIOMAR BALEEIRO, segundo o qual a cassação das concessões seria mero ato político e o processo administrativo, portanto,

³¹⁷ Julgado procedente por unanimidade de votos do Plenário do Supremo Tribunal Federal em 7 de julho de 1954.

³¹⁸ Trata-se de acórdão proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 15 de junho de 1966 em que se verificou julgamento conjunto do RMS 14.230, do RE 56.880 e do AI 32.668, todos envolvendo a União Federal e a Companhia de Mineração Novalinense e a Icominas S/A. Por maioria de votos, o Supremo deu provimento, em parte, o recurso ordinário apresentado pelas empresas. A intitulação do julgado como “*Caso Hanna*”, dada pelo próprio Supremo, deve-se à aquisição de controle da empresa *Saint John Del Rey* pela *Hanna Mining Co.*, empresa que originalmente detinha as concessões minerárias e cuja subsidiária era a Companhia de Mineração Novalinense.

³¹⁹ Segundo o Min. PRADO KELLY, “[a]d instar, *dos arts. 26 e 38 do vigente Código de Minas, por amor ao debate, a possibilidade de revisão auto-impugnativa depois de 24 anos e depois de consolidada a situação jurídica subjetiva, deveria ter havido processo, defesa e ato do Presidente da República. Não houve*”.

meramente facultativo³²⁰. O dever de realizar processo administrativo com abertura ao contraditório e à ampla defesa para cessação de concessões também foi reafirmado no MS 15.215³²¹.

Sob a égide da Constituição de 1946 as primeiras súmulas sobre processo administrativo foram editadas pelo Supremo³²². Na mesma Sessão Plenária de 13 de dezembro de 1963 foram editadas as Súmulas 19, 20 e 21, todas relativas a processo administrativo disciplinar. À exceção da Súmula 19, cuja edição está diretamente relacionada a um caso concreto, as outras terminaram por explicitar posicionamento sedimentado em precedentes. Por meio da análise do teor dessas súmulas, é possível depreender o tipo de prática administrativa objeto de controle judicial.

A Súmula dispõe que “[é] *inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira*”. Esta Súmula foi editada a partir do posicionamento adotado no RMS 8.048³²³, em que se discutiu a legalidade de demissão aplicada a funcionário de provimento efetivo municipal. Ocorre que, anteriormente, fora-lhe aplicada pena de indisponibilidade em comissão de sindicância, mediante parecer verbal. Contra esta sanção o funcionário impetrou mandado de segurança e, apenas diante desse cenário judicial, o Prefeito instaurou processo administrativo disciplinar que culminou sanção de indisponibilidade sem vencimentos. Ato seguinte, houve aplicação de pena de demissão ao funcionário a partir dos elementos fáticos e probatórios recolhidos neste processo. Nos termos do voto proferido pelo MIN. VICTOR NUNES LEAL, o Supremo decidiu por unanimidade pela anulação da demissão por ausência de processo administrativo, o que contraria o princípio constitucional da ampla defesa³²⁴.

³²⁰ “O Presidente da República, no exercício das suas atribuições, toma o caminho que lhe parecer melhor: manda prosseguir, manda aproveitar os atos por acaso ainda utilizáveis e compatíveis com o direito, abandona-os todos, e mandar abrir um processo novo, ou não faça nada, como achar melhor. Tem competência discricionária, para tudo isso. É um problema de política econômica, e política, a meu ver, de balanço de pagamentos”.

³²¹ Indeferido por maioria de votos do Plenário do Supremo Tribunal Federal em 5 de abril de 1967.

³²² É desse período a Súmula 346/1963, pertinente à atividade administrativa, embora não tenham direta relação com o tema do processo administrativo. Eis o teor da Súmula 346/1963: “[a] *Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos*”.

³²³ Provido por unanimidade de votos do Plenário do Supremo Tribunal Federal em 31 de janeiro de 1962.

³²⁴ O trecho do voto do Min. VICTOR NUNES LEAL é bastante elucidativo do posicionamento tomado pelo Supremo no caso concreto: “[a] *qui está o ponto crucial da controvérsia. A disponibilidade fôra imposta mediante processo; mas a demissão foi decretada sem processo algum, porque o anterior, já encerrado, não poderia servir para aplicação de segunda penalidade, autêntica bis in idem. É, pois, insustentável o ato demissório, já que apoiado em processo administrativo extinto ou exausto, o que equivale a dizer que foi*

A Súmula 20, por sua vez, determina que “[é] necessário processo administrativo com ampla defesa para demissão de funcionário admitido por concurso”. Trata-se de súmula que sintetizou a visão do Supremo tomada e inúmeros casos sobre o dever de realizar processo para apuração de responsabilidade disciplinar no âmbito administrativo. Está compreendida nessa súmula orientação segundo a qual funcionários de provimento efetivo que entraram em efetivo exercício, ainda que em estágio probatório, não podem ser exonerados por invalidação unilateral do Poder Público de concurso público irregular sem prévio processo administrativo³²⁵.

Peculiarmente, a Súmula 21 não faz alusão ao termo “processo administrativo”, mas determina a realização de inquérito administrativo ou que as formalidades legais sejam tomadas, nos seguintes termos: “[f]uncionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”. Em recorrentes casos de demissão de servidor concursado em estágio probatório, sem prévio processo administrativo, o STF firmou o posicionamento de que para demissão de funcionário concursado, estável ou não, é imprescindível a realização de processo administrativo em que se garanta a ampla defesa³²⁶. Ademais, também se faz necessária a demonstração de “*justa causa*” para tanto, ou seja, a efetiva má prestação do serviço³²⁷. Porém, como adverte o Min. VICTOR NUNES LEAL, “a própria apuração dos resultados do estágio probatório é um processo administrativo, em que se há de garantir defesa ao funcionário”³²⁸.

praticado sem processo. Não pode, assim, prevalecer o acórdão recorrido, que contraria o art. 189, II, da Constituição Federal”.

³²⁵ Nos termos do voto do Min. RIBEIRO DA COSTA, “[e]ste Tribunal tem entendido, em casos semelhantes a este, que não pode o Poder Público que aprova os atos de um concurso e o homologa, nomeando os candidatos, revogar esse ato sob fundamento de irregularidade no mesmo concurso. O funcionário com menos de dois anos, somente poderá ser demitido com justa causa apurada em processo regular, e que lhe seja assegurada ampla defesa. Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal”. RMS 9.291, julgado pelo Plenário, por unanimidade de votos, em 21 de maio de 1962. Cf., nesse sentido, MS 9.331/1962, MS 9.291/1962, RMS 9.483/1962, RMS 9.495/1962, AI 26.618/1963 e AI 26.944/1993.

³²⁶ Cf. RE 45.967/1961, ED RE 45.517/1961, RE 46.967/1961, RE 46.363/1962, ED RE 45.518/1962, RMS 8.222/1962, MS 9.146/1962, RMS 9.593/1962, AI 25.031/1963 e RE 51.238/1963.

³²⁷ Cf. RMS 8.222, julgado por unanimidade de votos pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 11 de dezembro de 1961.

³²⁸ Cf. RE 45.967, julgado por unanimidade pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 24 de janeiro de 1961.

A jurisprudência traçada pelo Supremo no intervalo entre a Constituição de 1946 e a Constituição de 1967 sobre o tema processo administrativo indica a forte atuação da Corte na resolução de conflitos envolvendo Poder Público e agentes públicos em um tipo especial de processo (o processo administrativo disciplinar). São causas desse engajamento do STF com o processo administrativo disciplinar, de um lado, a previsão de direitos adjetivos no texto da Constituição, com expressa referência ao sistema de responsabilização administrativa. De outro, tem-se a intensificação da atividade administrativa e institucionalização de uma burocracia pública forte e lotada por servidores públicos concursados.

Destaca-se nesse período a atuação do Min. VICTOR NUNES LEAL, responsável por depreender do princípio da ampla defesa previsto no art. 189, inc. II, da Constituição de 1946 o dever de a Administração Pública realizar processo administrativo, em que se garanta o direito de defesa do acusado de infração administrativa, inobstante a existência de previsão expressa na Constituição de 1946 abrangendo os servidores concursados. Sinalização ainda mais clara à Administração Pública sobre o valor do processo administrativo se fez com a edição de súmulas, nas quais foram sedimentados os entendimentos firmados nos sucessivos casos sobre processo administrativo. Neste panorama, o Supremo cumpriu o relevante papel de demandar do Poder Público a observância do direito à ampla defesa conferido aos cidadãos, apenas passível de pleno atendimento no âmbito de um processo administrativo.

II.2.2.2. Constituição de 1967 e Emenda n.º 1 (Constituição de 1969)

Na Constituição de 1967, houve novamente previsão do direito à ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, no §15 do art. 150, relativo aos direitos e garantias individuais³²⁹. Assim como na Constituição de 1946, a ampla defesa também foi assegurada aos servidores públicos em geral – os quais não poderiam ser demitidos senão mediante processo administrativo em que se garanta a ampla defesa, nos termos do art. 103, inc. I – e aos membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos

³²⁹ É a redação do art. 150, §15, da Constituição de 1967: “[a] lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção”.

Territórios estáveis, condicionando a demissão à sentença judicial ou processo administrativo em que se garanta a ampla defesa (art. 138, §1º). Outra referência ao princípio da ampla defesa na Constituição de 1967 corresponde à suspensão ou perda de direitos políticos, que seria apenas decretada pelo Presidente da República ou mediante sentença judicial, garantindo-se ao paciente a ampla defesa (art. 144, §2º). Nessa linha, mencione-se o art. 151, *caput*, da Constituição de 1967, que previa a perda ou suspensão de direitos individuais ou políticos em razão de subversão do regime democrático ou por prática de corrupção, de competência privativa do STF mediante representação do Procurador Geral da República com garantia da ampla defesa (art. 151, *caput*).

Com o advento da Emenda 1/69 à Constituição de 1967, a cláusula geral da ampla defesa manteve-se no texto constitucional, então alocada no §15 do art. 153, preceito este relativo aos direitos e garantias individuais. Também se manteve a previsão da garantia da ampla defesa para suspensão de direitos individuais ou políticos pelo Supremo (art. 154)³³⁰. Igualmente, a ampla defesa foi prevista no texto constitucional como mecanismo de legitimação da perda ou suspensão de direitos políticos (art. 149, *caput*)³³¹, assim elemento de garantia imprescindível ao processo administrativo disciplinar que pudesse resultar em demissão a que se sujeitam os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 95, §1º). A demissão de funcionário estável se sujeitaria a processo administrativo, em que fosse assegurada a ampla defesa, segundo o art. 105, inc. II, da Emenda Constitucional n.º 1/1969.

A principal diferença entre a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional 1/69 encontra-se no parágrafo único do art. 152, que determina a perda de mandato legislativo por aquele que se opuser, por atitudes ou voto, às diretrizes estabelecidas por órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito, assegurado o direito à

³³⁰ É o texto do art. 154 da Emenda Constitucional n.º 1/1969: “[o] *abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente a **ampla defesa***” (destaquei).

³³¹ Saliente-se, porém, que a hipótese de perda ou suspensão de direitos políticos foi trabalhada de modo mais detido no texto da Emenda Constitucional n.º 1/1969, com supressão da locução “(...) *assegurando-se **sempre** ao paciente a ampla defesa*” (destaquei). Esta é a redação do art. 149, *caput*, da Emenda Constitucional n.º 1/1969: “[a] *ssegurada ao paciente ampla defesa, poderá ser declarada a perda ou suspensão dos seus direitos políticos*”.

ampla defesa³³². Saliente-se, ainda, a nova redação e numeração conferida ao art. 108, §2º, da Constituição de 1967, que estabelecia a possibilidade de o Tribunal de Justiça competente determinar a remoção ou a disponibilidade de juízes e desembargadores por motivo de interesse público, garantido o direito de defesa³³³. Com a Emenda Constitucional 1/69, acresceu-se o direito de o acusado perceber vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, nos termos do art. 113, §2º, mantendo-se o direito de defesa³³⁴.

Como se pode depreender a partir do contexto político que à época vigorava, a perda de direitos políticos era uma das estratégias de afirmação do Estado de exceção implantado com o Golpe Militar de 1964. Segundo JOSÉ MURILO DE CARVALHO, apoiado em levantamento feito por MARCOS FIGUEIREDO,

“(...) entre 1964 e 1973 foram punidas, com perda de direitos políticos, cassação de mandato, aposentadoria e demissão, 4.841 pessoas, sendo maior a concentração de punidos em 1964, 1969 e 1970. Só o AI-1 atingiu 2.990 pessoas. Foram cassados os mandatos de 513 senadores, deputados e vereadores. Perderam os direitos políticos 35 dirigentes sindicais; foram aposentados ou demitidos 3.783 funcionários públicos, dentre os quais 72 professores universitários e 61 pesquisadores científicos”³³⁵.

Nesse sentido, o direito à “*ampla defesa*” seria muito mais uma expressão de legitimação do exercício de poder arbitrário que propriamente uma efetiva garantia em favor do cidadão. Todavia, o princípio da ampla defesa perdurou como principal argumento para o controle judicial praticado pelo STF sobre a Administração Pública com

³³² Este é o texto do parágrafo único do art. 152: “[p]erderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurando o direito de **ampla defesa**” (destaquei).

³³³ É o texto do art. 108, §2º, da Constituição de 1967: “[o] Tribunal competente poderá, por motivo de interesse público, em escrutínio secreto, pelo voto de dois terços de seus Juízes efetivos, determinar a remoção ou a disponibilidade do Juiz de categoria inferior, assegurando-lhe **defesa**. Os Tribunais poderão proceder da mesma forma, em relação a seus Juízes” (destaquei).

³³⁴ É o texto do art. 113, §2º, da Emenda Constitucional n.º 1/1969: “[o] Tribunal competente poderá determinar, por motivo de interêsse público, em escrutínio secreto e pelo voto de dois terços de seus juízes efetivos, a remoção ou a disponibilidade do juiz de categoria inferior, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, assegurando-lhe **defesa**, e proceder da mesma forma, em relação a seus próprios juízes”.

³³⁵ **Cidadania no Brasil. O longo caminho**, 2002, p. 164.

relação ao dever de realizar processo. Novamente, a temática predominante correspondeu à responsabilidade administrativa disciplinar.

No MS 19.042³³⁶, por exemplo, Decreto federal 62.234/68 determinou a exclusão de médicos enquadrados provisoriamente no cargo porque prestavam o serviço em “*regime de acordo*” entre União e o Estado da Paraíba. No caso concreto, entendeu-se inconstitucional a invalidade por Decreto, uma vez que a anulação do enquadramento apenas poderia ser feita, segundo orientação esposada pelo Min. EVANDRO LINS E SILVA, mediante processo administrativo em que se garantisse direito à ampla defesa³³⁷.

Exemplo categórico do papel do Supremo de revisor dos processos administrativos conduzidos pelo Poder Público encontra-se no RE 77.912³³⁸. Discutia-se recurso extraordinário contra sentença denegatória de segurança impetrada contra ato do Tribunal de Justiça do Paraná que colocara juiz de primeira instância em disponibilidade. Em detida análise do processo administrativo conduzido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, o Supremo se posicionou sobre a constitucionalidade e a legalidade do processo com fundamento na Constituição e também no Código de Organização Judiciária, com apontamentos sobre o quórum regimental e a pertinência da sanção aplicada. Todavia, o caso ganha especial importância ao estudo da jurisprudência constitucional sobre processo administrativo na medida em que se abriu sobre o dever de motivação dos atos administrativos. No caso concreto, a motivação se resumiu à seguinte referência: “(...) *face ao que foi apurado no presente inquérito administrativo*”.

A divergência se estabeleceu quanto à extensão do direito de defesa determinado no art. 113, §2º, da Emenda Constitucional 1/69: o dever de motivar estaria compreendido na garantia da defesa no processo administrativo? O Min. Relator SOARES MUÑOZ e o Min. CUNHA PEIXOTO tiveram seus votos vencidos, ambos favoráveis a uma interpretação mais abrangente da ampla defesa para também nele reconhecer o dever de motivar³³⁹. Segundo o Min. CUNHA PEIXOTO,

³³⁶ Julgado por unanimidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 30 de outubro de 1968.

³³⁷ Nesse sentido, cf. MS 18.848/68, MS 18.859/68, MS 18.892/68, MS 18.893/68, MS 18.908/68, MS 18.930/68, MS 18.932/68, MS 18.951/68, MS 19.018/68, MS 19.045/68 e MS 19.047/68.

³³⁸ Julgado por maioria de votos pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 11 de maio de 1978.

³³⁹ Ressalte-se que a os demais Ministros seguiram o voto prolatado pelo Min. MOREIRA ALVES no sentido de não analisar a motivação no caso concreto tendo em vista a ausência de questionamento do recorrente nesse sentido.

“É que a legalidade dos atos administrativos, que constitui garantia constitucional, não pode fugir ao controle judicial. O Judiciário só pode se pronunciar se conhecer as razões do ato de autoridade. E o exame desta legalidade, como é pacífico neste Supremo Tribunal Federal, sobre compreender a prática do ato e suas formalidades extrínsecas, abrange ainda seus requisitos substanciais, seus motivos de direito e de fato. (...) Ora, a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná descuidou-se completamente desta motivação. É um ato de arbítrio, tomado em segredo de justiça, como se quisesse que ninguém dele tomasse conhecimento, e, conseqüentemente, impedindo que o prejudicado batesse às portas da justiça e esta pudesse examinar da legalidade ou não do ato”.

Durante o período compreendido entre 1967 e a promulgação Constituição Federal em 1988, não foi editada qualquer súmula pertinente ao tema do processo administrativo.

II.2.2.3. Constituição de 1988

Para um estudo mais aprofundado da construção das normas constitucionais sobre processo administrativo, que desempenham relevante papel na defesa de direitos frente à Administração Pública, e da riqueza da jurisprudência constitucional que se desenvolveu a partir do texto da Constituição de 1988, as considerações nesse item serão divididas em duas partes. Na primeira, tentar-se-á reconstruir a trajetória das principais normas constitucionais relativas a processo administrativo, com especial enfoque à cláusula do devido processo legal, então inédita na história das Constituições brasileiras. Na sequência, serão verificados os caminhos da jurisprudência do STF sobre processo administrativo tendo em vista o texto da Constituição de 1988, análise esta que abrange não apenas os julgados em si considerados, mas também a produção sumular do Supremo e mesmo as recentes iniciativas de declinar da análise de mérito de questões envolvendo processo administrativo. Afinal, por que no contexto da redemocratização brasileira a Constituinte entendeu oportuna a previsão de garantias de incidência imediata no processo administrativo na Constituição de 1988? Como essas garantias constitucionais são

interpretadas pelo Supremo? Essas são as duas questões que o presente item pretende endereçar.

II.2.2.3.1. A construção das garantias constitucionais relativas a processo administrativo

A promessa endereçada à Constituição que viria a ser editada em 1988 era de uma Carta garantista, em que os direitos fundamentais dos cidadãos, outrora limitados nos anos de ditadura, encontrassem expressa previsão constitucional. A Constituição Federal logo seria reconhecida como *Constituição Cidadã*³⁴⁰, dispondo de extenso rol de princípios garantidores de direitos e liberdades públicas³⁴¹. Dentre os direitos e garantias fundamentais arrolados no art. 5º da Constituição, figuram princípios de aplicação imediata ao processo administrativo, quais sejam, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV)³⁴² e devido processo legal (art. 5º, inc. LIV)³⁴³. Mais recentemente, com a edição da Emenda Constitucional 45/2004, também o princípio da celeridade processual passou a ter expressa previsão constitucional (art. 5º, LXXVIII)³⁴⁴.

³⁴⁰ CARLOS ARI SUNDFELD reconhece três forças que agiram na Constituinte brasileira que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988: o sentimento constituinte, o constitucionalismo chapa branca e o compromisso com a governabilidade. Muito embora a grande missão da então nova Constituição fosse salvaguardar os direitos e as liberdades públicas, em clara ruptura com o regime político anterior, não se pode desconsiderar o dado histórico de que a Constituição terminou por assegurar posições de poder a determinados grupos de interesse, como fica claro com o exemplo das vantagens asseguradas constitucionalmente a diversas categorias de servidores públicos. Cf. **Que Constituição? In Direito Administrativo para Céticos**, 2012, p. 49-59. Segundo o autor, “[n]osso texto é em grande medida uma Carta de afirmação dos direitos desses organismos e corporações, com o efeito concreto de limitar as iniciativas governamentais e deliberações do Legislativo. Algo distinto, portanto, de uma romântica Constituição-cidadã; é uma Constituição chapa branca”. *Idem*, p. 57.

³⁴¹ A medida das sujeições que a Constituição impõe ao Poder Público, marcadamente superior que os privilégios, levam ODETE MEDAUAR a identificar na Constituição potencial catalisador do Direito Administrativo e das práticas administrativas em prol dos direitos das pessoas físicas e jurídicas. Cf. **Constituição de 1988: catalisadora da evolução do Direito Administrativo?** p. 100-107.

³⁴² É o texto do art. 5º, inc. LV da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes”.

³⁴³ É o texto do art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

³⁴⁴ É o texto do art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Outras referências ao processo administrativo na Constituição de 1988 encontram-se nos seguintes preceitos: dever de publicidade (art. 5º, inc. XXX); inadmissibilidade de prova ilícita no processo (art. 5º, inc. LVI); direito de concessão de *habeas data* para retificação de dados quando o cidadão não preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (art. 5º, inc. LXXII, *b*); dever de a Administração Pública se guiar pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*); dever de realizar concurso público (art. 37, inc. II); dever de a Administração Pública licitar, ressalvados os casos expressamente especificados em lei (art. 37, inc. XXI); perda de cargo por servidor público estável mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa, preceito este já tradicional nas Cartas anteriores (art. 41, §1º, inc. II); processo de vitaliciamento dos magistrados (art. 93, inc. VI); decisões administrativas tomadas pelos Tribunais, que necessariamente devem ser motivadas (art. 93, inc. X); poder normativo para os Tribunais editarem seus regimentos internos que disponham inclusive sobre processo administrativo disciplinar (art. 96, inc. I, *a*); processos administrativos tramitados no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, §§4º e 5º); hipótese constitucional de o Procurador-Geral da República, mediante grave violação de direitos humanos, solicitar incidente de deslocamento de competência para a justiça federal de inquérito administrativo ou processo (art. 109, §5º); processos disciplinares tramitados no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, inc. II e III); processo administrativo para demarcação de terra indígena (art. 231); e garantia do processo administrativo em que haja garantia do contraditório e da ampla defesa para perda de cargo por insuficiência de desempenho (art. 247, parágrafo único).

A Constituição de 1988 é um marco na disciplina jurídica do processo administrativo no Brasil. Seus diversos preceitos relativos ao processo administrativo apontam para uma guinada no modo de exercício da função pública e de satisfação de interesses públicos, em que a atividade da Administração Pública deve se desenvolver fundamentalmente no âmbito processual. Está nas entrelinhas das normas listadas a *valorização do processo administrativo*. Conscientemente ou não, os Constituintes terminaram por estabelecer um cenário propício ao desenvolvimento do processo administrativo, seja pela domesticação da Administração Pública mediante a previsão de direitos fundamentais aos cidadãos oponíveis ao Estado, seja pelo regime democrático que

a Constituição estabelece³⁴⁵. O grande impulso para a processualização da atividade administrativa no Brasil se deve, portanto, à Constituição de 1988.

Ao menos em três aspectos a Constituição Federal de 1988 inovou no tratamento constitucional do processo administrativo. Primeiramente, é de se registrar a *ênfase aos direitos de natureza processual* conferida pela Constituição de 1988. Além da inédita previsão do devido processo legal em seu art. 5º, inc. LIV, outro significativo avanço corresponde à clara alusão ao “*processo administrativo*” na garantia do contraditório e da ampla defesa no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal³⁴⁶. A clareza conferida à aplicação de direitos adjetivos também à esfera administrativa implica no reconhecimento do processo administrativo como uma das sujeições determinadas pela Constituição Federal à Administração Pública. Não por outro motivo o Supremo Tribunal Federal depreende destas garantias constitucionais o *dever de realizar processo administrativo*, especialmente quando estiverem envolvidos direitos particulares, como na sequência será analisado.

Mas como essas garantias foram incorporadas ao texto da Constituição de 1988?

Nas versões preliminares da Constituição, o princípio do devido processo legal não estava previsto. Embora a redação do preceito garantidor do contraditório e da ampla defesa tenha se mantido exatamente o mesmo com a promulgação da Constituição, a sua numeração no art. 5º era o inciso LIV, e não o inciso LV como posteriormente se assentaria. A previsão do contraditório e da ampla defesa no rol dos direitos da Constituição seguiria claramente a tradição do constitucionalismo brasileiro, o que explica a proximidade da redação conferida ao preceito na comparação com os textos anteriores. No entanto, ineditamente, a referência expressa ao “*processo administrativo*” se fez presente.

No dia 20 de abril de 1988 foi realizada no Congresso Nacional reunião da Comissão de Redação para debater o texto final Constituição, ocasião em que se

³⁴⁵ Sobre a relação entre democracia e desenvolvimento do processo administrativo, cf. item II.3.2.1. deste trabalho.

³⁴⁶ É o texto do art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal: “[a]os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (destaquei).

consolidariam as negociações dos interesses apresentados à Constituinte. A reunião já ia longe e, pragmaticamente, o Constituinte RICARDO FIÚZA foi categórico: “[r]etiro a sugestão, Sr. Presidente [ULISSES GUIMARÃES]. A minha preocupação é só com o tempo. Vamos ao art. 5º, inciso LV, pág. 17. O texto diz: ‘... são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’. Entendo que é ‘a eles inerentes’, ao contraditório e à ampla defesa, e não ‘a ela’. Trata-se dos acusados, dos litigantes”³⁴⁷. A questão foi colocada pelo Constituinte a pedido dos “juristas”, que entendiam ser a referência aos meios e recursos tanto ao contraditório quanto à ampla defesa. “*Pretendo mudar a expressão ‘a ela’ para ‘a eles’*”³⁴⁸, foi o que solicitou o Constituinte RICARDO FIÚZA, logo alertado pelo Presidente da Constituinte ULISSES GUIMARÃES: “[n]ão é bem uma questão de concordância, não. Isto traz conseqüências. Tenho a impressão de que a alteração proposta enfraquece a defesa. Ela é que tem de ser **ampla, irrestrita**”³⁴⁹ (destaquei).

Depreende-se desta passagem da história constitucional brasileira o ímpeto de construir uma Constituição garantista, cujos direitos fossem elevados ao seu grau máximo, dentre eles a ampla defesa, “*ampla, irrestrita*”. Mas também esta passagem é o fragmento da primeira oportunidade de discussão sobre a cláusula do devido processo legal na Constituinte:

“O SR. CONSTITUINTE NELSON JOBIM: - Sr. Presidente, aqui há dois princípios distintos. Um é o princípio do contraditório, o chamado *due process of law*, do Direito americano. Outra coisa é a defesa, que é uma das formas exatamente de se assegurar o processo. Ou seja, o contraditório, em que se insere a defesa, também sejam a eles assegurados os meios e recursos, ao contraditório inerente. Assegurar os meios e recursos inerentes ao contraditório e à defesa.

O SENHOR CONSTITUINTE RICARDO FIUZA: - É exatamente este aspecto que quero ressaltar.

O SENHOR CONSTITUINTE HAROLDO LIMA: - Sr. Presidente, essa explicação, parece-me, reforça a idéia de se colocar ‘a elas inerentes’”.

³⁴⁷ Cf. **Anais da Assembleia Constituinte 1987-1988, Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Suplemento “B”, p. 81. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente. Acesso em 23 de novembro de 2012.

³⁴⁸ *Idem, ibidem.*

³⁴⁹ *Idem, ibidem.*

O SR. CONSTITUINTE NELSON JOBIM: - Ao contrário, 'a eles inerentes', porque a expressão é mais abrangente. Alcança a defesa e o contraditório.

O SR. CONSTITUINTE PLÍNIO ARRUDA SAMPAIO: - Pergunto ao Constituinte Nelson Jobim quais são os recursos ao contraditório?

O SR. CONSTITUINTE HAROLDO LIMA: - O que o Constituinte Nelson Jobim acentua é que 'a eles inerentes' reforça o contraditório ao lado da defesa, e o que foi aprovado é reforçar a defesa, e não o contraditório.

O SR. CONSTITUINTE NELSON JOBIM: - Mas se assegura a defesa, quando se assegura a manutenção integral do contraditório. Esse é o ponto. É o chamado 'devido processo legal'. Não se pode suprimir os recursos do 'devido processo legal'...

O SR. CONSTITUINTE HAROLDO LIMA: - Mas ninguém está propondo suprimir. Está-se propondo reforçar a defesa. O contraditório está acertado. Vamos reforçar a defesa, a mais ampla possível.

O SR. RELATOR (Bernardo Cabral): - Chamaria a atenção do eminente Líder Constituinte Nelson Jobim para que no texto os meios e recursos são para a ampla defesa. O contraditório não necessita. Aqui é 'a ela'.

O SR. PRESIDENTE (Ulisses Guimarães): - Está bem assim? Então, a redação fica como está no texto. **(Pausa)** Aprovado³⁵⁰ (grifos do original).

Na verdade, este foi o debate travado na Constituinte sobre a cláusula do devido processo legal. Embora tenha sido prevista no Substitutivo da Comissão de Sistematização às emendas de plenário, de relatoria do Constituinte BERNARDO CABRAL³⁵¹, a cláusula do devido processo legal não foi objeto de debates na Constituinte, senão na reunião da Comissão de Redação para desfecho do texto constitucional poucos meses antes da promulgação da Constituição Federal em 5 de outubro de 1988. Deve-se registrar que a

³⁵⁰ *Idem*, p. 82.

³⁵¹ Esta era a redação proposta ao §14 do art. 6º da Constituição, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – dos Direitos Individuais e Coletivos: “[t]odos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. (...) § 14. Não haverá juízo ou tribunal de exceção. Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, e tampouco privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Cf. **Anais da Assembleia Constituinte 1987-1988, Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, p. 499. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente. Acesso em 23 de novembro de 2012. O mesmo preceito foi apresentado na Emenda Substitutiva 2.038, a emenda substitutiva do “centrão”, de autoria do Constituinte AFIF DOMINGOS, então no art. 6º, §15. *Idem*, p. 33.

previsão do princípio do devido processo legal no art. 5º, inc. LIV, da Constituição foi incluído sem votação na Assembleia Constituinte, até onde a pesquisa empírica aqui desenvolvida conseguiu constatar.

A quantidade de preceitos relativos ao processo administrativo também se destaca no texto da Constituição de 1988. Muito embora a maior parte deles se coadune com a tradição brasileira de reconhecer o processo administrativo pela espécie processo administrativo disciplinar, tantos outros dispõem sobre atividades que não a apuração de falta infracional, como o processo licitatório ou o processo para demarcação de terra indígena. A Constituição Federal aponta para a *ampliação da processualidade administrativa*. O processo administrativo não estaria restrito ao Poder Executivo, mas se espriaria para onde houvesse exercício de função administrativa, em qualquer dos Poderes. Ademais, pela exegese constitucional de que exercer função administrativa é realizar processo, tem-se também a ampliação da processualidade quanto aos tipos de atividades administrativas prestadas. De fato, não apenas o poder disciplinar deve ser exercido no curso do processo administrativo disciplinar, mas também todas as demais manifestações de poder público pela Administração devem seguir o curso processual. Do contrário, como concretizar o devido processo legal? Essa é a mensagem transmitida pela Constituição de 1988.

Ainda, a Carta busca desvencilhar o processo administrativo (gênero) do processo administrativo disciplinar (espécie), conferindo àquele instituto autonomia conceitual imprescindível ao projeto constitucional de ampliação da processualidade administrativa. O que pode parecer um tanto quanto óbvio é, na verdade, uma conquista histórica no Direito Administrativo brasileiro. Primeiramente, as Constituições anteriores não tratavam do gênero processo administrativo, mas se limitavam a garantir direito de defesa a um tipo especial de processo, qual seja, o processo administrativo disciplinar. Cumpre observar que o desenvolvimento infraconstitucional do processo administrativo se deu a partir de leis especiais, que dispunham sobre processos administrativos específicos³⁵². Assim, a indicação genérica do “*processo administrativo*” no art. 5º, LIV, para garantir aos administrados direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como a previsão do dever de celeridade no processo administrativo, tomado em sentido amplo, no inc. LXXIII do art.

³⁵² Cf. introdução ao item II.2., introdução, deste trabalho.

5º, denotam a autonomia conceitual do processo administrativo conferida pela Constituição de 1988.

Mais recentemente, outra garantia relativa ao processo administrativo passou a ter previsão expressa na Constituição de 1988 com a Emenda Constitucional 45/2004, qual seja, a *cláusula de celeridade processual* (art. 5º, inc. LXXVIII).

O contexto de previsão da garantia da celeridade processual remete à “*Reforma do Judiciário*”³⁵³, cujo principal objetivo seria apresentar soluções de eficiência hábeis a contornar o diagnóstico de morosidade dos processos judiciais e de baixa efetividade das decisões tomadas pelo Poder Judiciário. Dessa forma, a alteração do texto constitucional resultou de motivações próprias da burocracia judicial, voltadas a conferir maior eficiência na gestão judiciária com economia de tempo e custos relacionados aos litígios judiciais, como a criação do instituto da súmula de efeito vinculante e a instituição do Conselho Nacional de Justiça³⁵⁴. A inserção da cláusula da celeridade processual no art. 5º da Constituição seria simbólica, servindo de princípio legitimador das incisivas modificações do texto constitucional para propiciar maior eficiência na atividade jurisdicional³⁵⁵.

³⁵³ Conhecida amplamente na comunidade jurídica como “*Reforma do Judiciário*”, o programa que resultou na aprovação da Emenda Constitucional 45, em 2004, corresponde ao “*Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano*”, que ensejou a criação da Secretaria de Reforma do Judiciário no âmbito do Ministério da Justiça para sistematizar as diversas propostas que se apresentaram em torno do tema. Segundo a **Exposição de Motivos 204/2004** do Ministério da Justiça, que acompanha a Emenda Constitucional 45/2004, este pacto tem como compromissos fundamentais: implementação da reforma constitucional do Judiciário; reforma do sistema recursal e dos procedimentos; fortalecimento das defensorias públicas e garantia do acesso à Justiça; fortalecimento dos juizados especiais e aprimoramento da justiça itinerante; melhoria dos índices de arrecadação fiscal via execução fiscal; promover agilidade ao sistema de precatórios; catalogação em banco de dados único as graves violações contra direitos humanos para defesa de valores fundamentais dos cidadãos; informatização da gestão judiciária; produção de dados e indicadores estatísticos sobre a atividade jurisdicional e administrativa de apoio; sensibilizar sobre a importância de coerência entre atuação administrativa e orientações jurisprudenciais pacificadas (o que ensejou a extensão dos efeitos das súmulas vinculantes também para a esfera administrativa); e incentivo à aplicação de penas alternativas. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/expmot/2004/exposicaodemotivos-204-15-dezembro-2004-592098-norma-mj.html>. Acesso em 10 de agosto de 2013.

³⁵⁴ Integra esse movimento o desenvolvimento de instrumentos consensuais, tomados em sentido amplo, como a conciliação, a mediação e a arbitragem. Especificamente com relação à Emenda Constitucional 45/2004, a mesma conferiu nova redação e numeração ao art. 98 da Constituição para prever juizados especiais federais com competência para conciliar e transacionar em causas cíveis de menor complexidade ou ações envolvendo infrações penais de menor potencial ofensivo. O Direito Administrativo se aproveitaria desse cenário e, em grande medida influenciado pelo discurso de celeridade e eficiência, passaria a contar cada vez mais com acordos administrativos para promover a consensualidade também na esfera administrativa. Cf. JULIANA BONACORSI DE PALMA, **Atuação Administrativa Consensual. Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**, 2010, p. 172-180.

³⁵⁵ Paralelo pode ser feito com a Reforma do Estado, cuja Emenda Constitucional 19/1998 acrescentou o princípio da eficiência no *caput* do art. 37 da Constituição a par das diversas mudanças nos preceitos relativos à Administração Pública.

É de se observar a referência expressa ao “*âmbito administrativo*”, mas, como se pode depreender, esta não foi uma reforma direcionada à Administração Pública como um todo, mas sim a parcela desta, à burocracia judicial. Sem o envolvimento do aparato administrativo, auxiliar da função jurisdicional, qualquer tentativa de reforma mais substancial do Judiciário estaria fadada ao fracasso. Esta origem não impede que se reconheça, porém, a aplicabilidade da cláusula de celeridade também à esfera administrativa e, mais especificamente, aos inúmeros processos administrativos por ela movimentados³⁵⁶.

A previsão constitucional da cláusula da celeridade processual como um princípio também de direito administrativo se alinha com a ordem de preocupações que levou à redação das demais normas constitucionais de incidência no processo administrativo. Com claro projeto de contenção do exercício de prerrogativas públicas pela Administração Pública, as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal terminam por construir verdadeiro escudo de contenção de eventuais arbitrariedades públicas investidas contra os particulares. É o projeto democrático para a esfera administrativa, que se traduz no reconhecimento do valor do processo administrativo. Ocorre que a inércia do Poder Público em decidir sobre uma determinada questão também configura capricho público, verdadeira arbitrariedade, pouco importando se previamente houve o desenvolvimento de processo administrativo nos termos do devido processo legal. Assim, a expressa previsão constitucional da cláusula de celeridade processual vem a integrar o rol de garantias aplicáveis ao processo administrativo e reforçam uma compreensão mais garantista do devido processo legal no âmbito do Poder Público: para que o processo seja válido, é imprescindível que a Administração decida e, mais, decida a tempo.

³⁵⁶ A cláusula constitucional da celeridade processual foi traduzida como *princípio da razoável duração do processo administrativo* para o Direito Administrativo por ODETE MEDAUAR, que salienta os seguintes mecanismos de concretização do princípio: fixação de prazo para a Administração Pública decidir; fixação de prazo para manifestação do particular ou para providência a seu cargo; previsão de efeitos do silêncio ou descumprimento de prazo, em relação ao interessado; controle interno do cumprimento dos prazos; responsabilização pelo descumprimento de prazos; perda, para a Administração, da possibilidade de atuar, após decurso de prazo não cumprido; redução do número de instâncias administrativas na tramitação do processo administrativo; e reunião conjunta de representantes de vários órgãos. Cf. **O Princípio da Razoável Duração do Processo Administrativo**, 2010, p. 102-103.

Indicando um estágio de amadurecimento do tema do processo administrativo já experimentado na doutrina administrativista brasileira, a Constituição de 1988 contribuiu significativamente para o avanço da processualidade administrativa. Além de desenhar o cenário político-institucional favorável ao desenvolvimento do processo administrativo, a Constituição ainda apontou para a ampliação da processualidade administrativa para além da esfera do Poder Executivo e da atividade administrativa disciplinar. Também buscou conferir autonomia conceitual ao processo administrativo, que não se limitaria ao processo administrativo disciplinar, e consagrou substanciais direitos adjetivos aos particulares oponíveis ao Poder Público nas relações jurídico-administrativas com ele travadas. Mas a Constituição Federal ainda traria outra contribuição ao tema do processo administrativo que apenas com o passar dos anos pôde ser constatada: o aprimoramento da jurisprudência constitucional sobre processo administrativo. É o que passa a ser apresentado.

II.2.2.3.2. A jurisprudência constitucional sobre processo administrativo na Constituição de 1988

No tema do processo administrativo, a Constituição de 1988 foi fundamental ao avanço da processualidade na gestão pública, principalmente devido à inédita previsão do princípio do *devido processo legal* em seu art. 5º, inc. LIV³⁵⁷, que ensejou o aprimoramento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre processo administrativo.

A previsão do princípio do devido processo legal na Constituição de 1988 pode ser considerada um marco na jurisprudência do Supremo sobre processo administrativo. A partir desta cláusula constitucional, diversas foram as oportunidades em que o STF se pronunciou favoravelmente ao reconhecimento de direitos aos particulares no âmbito do processo administrativo. O contexto democrático que novamente se instaurara seria o cenário perfeito para que o devido processo legal se afirmasse como uma das principais

³⁵⁷ É o texto do art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal: “[n]inguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

ferramentas de controle da Administração Pública³⁵⁸. No âmbito da jurisprudência constitucional, os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa se correlacionam³⁵⁹ e, na grande maioria das vezes, são apresentados como um bloco de garantias único. Assim, não serão apresentados os resultados da pesquisa empírica de modo fragmentado, adotando-se categorias de acordo com o princípio verbalizado pelos Ministros em sua fundamentação. Acredita-se que essa cautela permita depreender de modo mais fidedigno as nuances da recente jurisprudência constitucional do Supremo sobre processo administrativo.

Paralelamente ao valor dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa após a promulgação da Constituição de 1988 no freio às eventuais arbitrariedades do Poder Público, é necessário registrar que a abertura semântica do devido processo legal foi providencial, especialmente para a categoria dos servidores públicos que logo se apropriaram do argumento para defesa de direitos funcionais e interesses próprios. Assim, muito embora a cláusula do devido processo legal seja aplicável igualmente aos diversos tipos de processo administrativo, a jurisprudência do Supremo após 1988 se manteve praticamente monotemática, prevalecendo na quase totalidade de casos questões envolvendo servidores públicos.

Nessa linha, segundo o STF, ofende o devido processo legal o indeferimento pela comissão processante de perguntas reputadas indispensáveis à condução da defesa de acusado, por cercear o direito de defesa³⁶⁰; a obrigação de servidor reparar os danos que praticar, nessa qualidade e mediante dolo ou culpa, deve sempre observar o devido processo legal³⁶¹; obstrução de arrolamento de testemunhas para oitiva em processo administrativo disciplinar que resultou em demissão de servidor público caracteriza

³⁵⁸ A jurisprudência constitucional relativa ao devido processo legal apresentada neste item se limita àquela relativa a processo administrativo. Não serão objeto de estudo, portanto, os julgados concernentes à aplicação do devido processo legal nos processos parlamentares e judiciais, que foge ao escopo da presente tese. Sobre a interpretação pelo Supremo do devido processo legal nos processos conduzidos pelo Legislativo ou pelo Judiciário, cf. RE 190.985/1996; ADI 395/2007; e ADI-MC 4.264/2011.

³⁵⁹ Nesse sentido, cf. RODRIGO PAGANI DE SOUZA, **As Várias Faces do Princípio do Contraditório no Processo Administrativo**, 2010, p. 121. Neste mesmo artigo há análise da jurisprudência do STF sobre a aplicação do princípio do contraditório na esfera administrativa (p. 123-159), a que se remete o leitor.

³⁶⁰ Cf. RE 22.344, julgado por maioria de votos pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 11 de novembro de 1995.

³⁶¹ Cf. MS 24.182, julgado por unanimidade de votos pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 12 de fevereiro de 2004.

cerceamento de defesa e, desse modo, infringe o devido processo legal³⁶²; a mera instauração de procedimento de revisão de atos concessivos de reparação econômica a anistiado político não caracteriza, por si só, violação a direito individual daqueles que já tiveram reconhecida sua condição como tal, mas sua invalidação deve ser precedida processo administrativo com garantia do devido processo legal³⁶³; e, contrariando a antiga jurisprudência constitucional, é garantido contraditório no âmbito do inquérito administrativo ou sindicância, podendo, inclusive, requerer provas nos termos do devido processo legal³⁶⁴, ao menos que aquele seja meramente preparatório de processo administrativo. Porém, não contraria o devido processo legal a ausência de defesa técnica por advogado em processo administrativo disciplinar³⁶⁵, entendimento este posteriormente sedimentado na Súmula Vinculante 5/2008³⁶⁶. Tampouco macula a validade do processo administrativo disciplinar a ausência de notificação específica do acusado para discriminação das provas que pretende produzir³⁶⁷ ou, ainda, a ampliação da acusação do servidor diante da apuração de novos fatos no processo administrativo disciplinar³⁶⁸.

Dentre os casos de aplicação do devido processo legal em processos administrativos disciplinares, destaca-se a revisão pelo Supremo de sua própria jurisprudência sobre a exigência de depósito prévio compulsório do valor de multa para admissibilidade de recurso administrativo (garantia de instância). Com o julgamento do *leading case* RE 388.359, em 2007³⁶⁹, o Supremo passou a entender como inconstitucional

³⁶² Cf. MS 22.151, julgado por maioria de votos pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 27 de outubro de 2005. Nessa linha, cf. também RE-AgR 468.175/2008.

³⁶³ Cf. RMS ED 30.964/2912; RMS 30.973/2012; RMS 30.975/2012; RMS 30.993/2012; RMS 31.008/2012; RMS 31.011/2012; RMS 31.042/2012; RMS 31.050/2012; RMS 31.061/2012; RMS 31.059/2012; RMS 31.060/2012; RMS 31.111/2012; RMS 31.181/2012; e RMS 31.662/2013.

³⁶⁴ Cf. MS 21.254. Tem-se aí uma guinada na concepção do processo administrativo disciplinar pelo Supremo: o inquérito administrativo ou a sindicância não mais seria um procedimento de instrução unilateral do Poder Público, mas passaria a ser um efetivo *processo*, dinamizado pela garantia constitucional do contraditório. Além das cláusulas do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, a então nova redação da Lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União) corroborou para esse entendimento. Esclarecedora é a passagem do voto do Min. Sepúlveda Pertence no MS 21.726/1994: “[n]ão obstante, do contexto da lei [Lei 8.112/90], resulta claro que, se ‘é assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por procurador’ (art. 156), acompanhamento que inclui o direito de reinquirir as testemunhas (art. 159, §2º), o seu chamamento ao feito há de preceder à instrução, incluída, com a defesa e o relatório final da Comissão, no que impropriamente se denominou inquérito. Pouco importa não haja a lei previsto a citação inicial: a garantia explícita do contraditório na instrução envolve necessariamente a ciência do acusado da instauração do processo para que dela se possa valer”.

³⁶⁵ Cf. AI AgR 207.197/1998; MS 24.961/2004; RE 434.059/2008.

³⁶⁶ Este é o texto da Súmula Vinculante 5/2008: “[a] falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

³⁶⁷ Cf. MS 26.023/2008.

³⁶⁸ Cf. RMS 24.526/2008.

³⁶⁹ Julgado por maioria de votos em 28 de março de 2007.

a obrigatoriedade de depósito ou caução para efeito de recurso administrativo, em clara superação do posicionamento então consagrado de constitucionalidade da medida³⁷⁰. Como fundamento da guinada jurisprudencial, os Ministros se pautaram nos princípios da isonomia e do devido processo legal³⁷¹. Este posicionamento jurisprudencial revisitado ensejou a edição da Súmula Vinculante 21/2009, de seguinte redação: “[é] *inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo*”.

A mais relevante construção jurisprudencial pelo Supremo a partir da cláusula do devido processo legal consiste no dever de se garantir a ampla defesa previamente a qualquer medida imposta pelo Poder Público de que resultem consequências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais, quer essas medidas tenham ou não caráter punitivo³⁷². Como consequência, a partir da cláusula do devido processo legal o Supremo extraiu o dever de a Administração Pública realizar processo administrativo quando de sua ação decorrer qualquer ordem de limitação a direitos individuais. Em outros termos, o STF depreendeu da cláusula constitucional do devido processo legal a sujeição de o Poder Público instaurar processo administrativo e conduzi-lo com observância do contraditório, da ampla defesa e de todas as demais garantias para que a decisão final de caráter restritivo seja válida.

Exemplar dessa jurisprudência são os sucessivos casos de afastamento sumário de servidores públicos a “*bem da disciplina*” ou por qualquer outro quejando de legitimação de sumárias exclusões unilaterais do serviço público desprovidos de prévio processo disciplinar³⁷³. De acordo com o STF, o dever de realizar processo com garantia do devido processo legal para demissão de funcionário aplica-se, inclusive, quando o mesmo se encontrar em estágio probatório³⁷⁴. Esta orientação jurisprudencial foi determinante para

³⁷⁰ Cf. RE 210.246/2000; RE 169.077; e RE 210.235.

³⁷¹ Nesse sentido, cf. RE 370.927/2007; RE 390.513/2007; AgR RE 504.288/2007; RE 389.383/2007; AgR AI 398.933/2007; AgR AI 408.914/2007; AgR AI 431.017/2007; AgR RE 455.144/2007; AgR RE 591.917/2008; AC-MC 1887/2008. O tema da garantia de instância administrativa foi reconhecido como repercussão geral no QO-Rg AI 698.626/2008.

³⁷² Cf. AgR RMS 25.849/2012.

³⁷³ Cf. RE 165.680/1995; RE 191.480/1996 (*leading case*); RE 140.195/1996; RE 171.664/1997; RE 199.800/1997; RE 220.492/1999; RE 229.551/1998; RE 234.795/2000; RE 247.349/2000; AgR RE 255.202/2001; e AgR AI 463.646/2005.

³⁷⁴ “(...) o recorrente, conquanto em fase de estágio probatório, somente poderia vir a ser desligado da Corporação em sede de regular processo administrativo, em que lhe houvesse sido oferecida oportunidade de defender-se, utilizando-se, para tanto, das provas que tivesse, sob a égide do contraditório”. RE 230.540,

que o Supremo condicionasse a demissão de militar estadual da Corporação a prévio processo administrativo com garantia da ampla defesa quando do reconhecimento desta competência aos órgãos militares estaduais³⁷⁵ e assim redigisse a Súmula 673/2003: “[o] art. 125, §4º, da Constituição não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo”.

Mediante invocação da cláusula do devido processo legal, o Supremo garantiu o direito de propriedade frente ao exercício da prerrogativa expropriatória que, na visão do Supremo, não se coadunaria com a Constituição Federal. Assim, o Supremo fixou orientação no sentido de que a notificação prévia e pessoal constitui exigência imprescindível à validade do processo de expropriação³⁷⁶, no qual deve estar indicada a data do início da vistoria para que o interessado, caso queira, acompanhe a vistoria, sob pena de ofensa ao devido processo legal³⁷⁷. Ainda com relação à ciência do acusado, o Supremo fixou entendimento no sentido de que a ciência ficta no processo administrativo ofende a cláusula do devido processo legal, ressalvado o caso em que o acusado esteja em lugar incerto ou não sabido³⁷⁸.

Também em relações intergovernamentais o Supremo aplicou o princípio do devido processo legal. Na QO-AC 266³⁷⁹, foi anulada a inscrição da Companhia Paulista de Trens

julgado por unanimidade de votos pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em 20 de abril de 1999. Cf., ainda, RE 224.225/1999 e RE-AgR 380.400/2008. Sobre a obrigatoriedade de prévio processo administrativo em que se garanta direito ao contraditório e à ampla defesa para demissão de servidor público não estável, cf. AgR RE ED 223.927/2001; RE ED 223.904/2004; RE 351.489/2006; AgR RE 469.479/2006; e RE 486.343/2007.

³⁷⁵ Cf. RE 121.533/1990; RE 197.649/1997; RE 227.312/1998; AgR AI 210.220/1998; RE 219.402/1998; RE 203.254/1999; RE 199.800/2001; e RE-AgR 513.585/2008.

³⁷⁶ Cf. MS 25.124, julgado por maioria de votos pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 9 de abril de 2008. Nessa linha, cf. MS 24.068 e MS 24.547/2004.

³⁷⁷ “Essa notificação prévia somente considerar-se-á regular, quando comprovadamente realizada na pessoa do proprietário do imóvel rural, ou quando efetivada mediante carta com aviso de recepção firmado por seu destinatário ou por aquele que disponha de poderes para receber a comunicação postal, em nome do proprietário rural, ou, ainda, quando procedida na pessoa do representante legal ou de procurador regularmente constituído pelo dominus. O descumprimento dessa formalidade essencial, ditada pela necessidade de garantir ao proprietário a observância da cláusula constitucional do devido processo legal, importa em vício radical que configura defeito insuperável, apto a projetar-se sobre todas as fases subsequentes do procedimento de expropriação, contaminando-as, por efeito de repercussão causal, de maneira irremissível, gerando, em consequência, por ausência de base jurídica idônea, a própria invalidação do decreto presidencial consubstanciador de declaração expropriatória”. Cf. MS 22.164. Nessa linha, cf. MS 22.055; MS 22.165; MS 22.320/1996; MS 22.319/1996; MS 22.385/1999; MS 22.335/1999; MS 22.596/2001; MS 23.675; e MS 24.307/2002.

³⁷⁸ Cf. RE 157.905, julgado por unanimidade de votos pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 6 de agosto de 1997.

³⁷⁹ Julgado por unanimidade de votos pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 27 de maio de 2004.

Metropolitanos (CPTM) junto ao CADIN³⁸⁰ promovida pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) relativa a débito previdenciário pertinente ao seguro de acidentes do trabalho. Ocorre que esses débitos foram contraídos pelas diversas empresas contratadas pela CPTM para prestação de serviços secundários, como vigilância e segurança, para apoio à atividade-fim da empresa estatal. Por unanimidade de votos, o Supremo chancelou o entendimento do Min. CELSO DE MELLO no sentido de que as consequências gravosas resultantes da inscrição no CADIN não poderiam ultrapassar a esfera individual das empresas devedoras, por configurarem limitações de direitos. Interessa registrar no caso a compreensão da cláusula do devido processo legal como mecanismo de legitimação das limitações de direitos individuais pelo Poder Público:

“[d]e mais disso, cumpre reconhecer que a imposição estatal de restrições de ordem jurídica, quer se concretize na esfera judicial, quer se efetive no âmbito estritamente administrativo, para legitimar-se em face do ordenamento constitucional, supõe o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do ‘due process of law’, assegurada à generalidade das pessoas pela Constituição da República (art. 5º, LIV), eis que o Estado, em tema de limitação de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira arbitrária”³⁸¹.

A análise da jurisprudência do STF sobre a aplicação da cláusula do devido processo legal permite depreender a importância do preceito constitucional para robustecer o controle judicial da Administração Pública pela perspectiva do processo administrativo. De fato, é possível verificar que o processo administrativo passou a ser um dos elementos de análise da constitucionalidade de ações administrativas a partir da chave do devido processo legal, seja para exigir a realização de processo pelo Poder Público no exercício de funções públicas diversas, seja para especificar o que é um “*processo administrativo devido*”³⁸², em que se garanta amplo direito de defesa do particular frente à Administração

³⁸⁰ Trata-se do Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (CADIN).

³⁸¹ *Idem, ibidem.*

³⁸² Segundo o Min. GILMAR MENDES, um processo administrativo pode ser considerado “*devido*” se nele foram garantidos os seguintes direitos: (i) *direito de informação*, que sujeita a Administração a notificar o interessado e cientificá-lo dos sucessivos atos processuais; (ii) *direito de manifestação*, que detém qualquer interessado de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; e (iii) *direito de ver seus argumentos considerados*, ou seja, direito que assiste o interessado que se manifesta no processo de ter seus argumentos contemplados pela Administração na tomada de decisão. Cf. RE 434.059/2008.

Pública. Paulatinamente, o STF limitou o escopo de abrangência de prerrogativas públicas³⁸³.

Nessa linha, é de se salientar a construção do entendimento que tais garantias também seriam plenamente aplicáveis na esfera administrativa. Esta orientação ganharia salutar respaldo jurídico com a promulgação da Constituição de 1988, cujo inc. LV do art. 5º previu expressamente a incidência das garantias do contraditório e da ampla defesa na esfera administrativa. Se, por um lado, o contraditório e a ampla defesa não eram estranhos desconhecidos da Administração Pública, por outro esses preceitos eram substancialmente limitados apenas a algumas modalidades de ação administrativa, em especial da atividade disciplinar. No almejado equilíbrio entre autoridade e liberdade, quase nunca as cláusulas do contraditório e da ampla defesa pesavam na balança, resultando em inegável pujança da autoridade pública.

Com a generalização do contraditório e da ampla defesa para toda a atividade administrativa pelo inc. LV do art. 5º da Constituição, o Supremo revisitou o clássico tema da invalidação dos atos administrativos pelo Poder Público. Este tema já fora objeto de ampla apreciação pelo Supremo e consagrado em sua Súmula 473, que legitima o exercício do poder de autotutela pela Administração Pública para anular seus próprios atos inválidos ou revogá-los, por motivo de oportunidade e conveniência, com observância dos direitos adquiridos³⁸⁴.

Recorrentes foram as decisões do STF no sentido de condicionar a anulação de atos que repercutam no campo dos interesses individuais à realização de processo administrativo, com observância do contraditório e da ampla defesa³⁸⁵. Desta linha

³⁸³ A contenção do exercício de privilégios pelo Poder Público frente a particulares a partir da cláusula constitucional do devido processo legal foi reconhecida como missão institucional do STF pelo Min. CELSO DE MELLO: “[o] respeito efetivo à garantia constitucional do ‘due process of law’, ainda que se trate de procedimento administrativo, condiciona, de modo estrito, o exercício dos poderes de que se acha investida a Pública Administração, sob pena de descaracterizar-se, com grave ofensa aos postulados que informam a própria concepção do Estado democrático de Direito, a legitimidade jurídica dos atos e resoluções emanados do Estado, especialmente quando tais deliberações importarem em invalidação, por anulação, de típicas situações subjetivas de vantagem”. AgR RMS 25.894/2012.

³⁸⁴ Este é o texto da Súmula 473 do STF, editada em 1969: “[a] Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

³⁸⁵ Cf. RE 158.543, julgado por maioria de votos pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 30 de agosto de 1994.

jurisprudencial não apenas se depreende a valorização do processo administrativo pelo Supremo, mas também dela se reconhece os movimentos de relativização do privilégio de presunção de legitimidade dos atos administrativos³⁸⁶ e de afirmação da incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa a toda esfera administrativa³⁸⁷:

“A presunção de legitimidade dos atos administrativos milita não só em favor da pessoa jurídica de direito público, como também do cidadão que se mostre, de alguma forma, por ele alcançado. Logo, o desfazimento, ainda que sob o ângulo da anulação, deveria ter ocorrido em cumprimento irrestrito ao que se entende como devido processo legal (lato sensu) a que o inciso LV do art. 5º objetiva preservar. O que não transparece razoável é entender-se que o segundo ato praticado, por também contar com a presunção de legitimidade, estaria a revelar como impróprio o contraditório, dispensada, assim, a participação, no processo administrativo, dos interessados. O contraditório e a ampla defesa assegurados constitucionalmente não estão restritos apenas àqueles processos de natureza administrativa que se mostrem próprios ao campo disciplinar” (destaquei).

Embora longa, a passagem transcrita do Min. MARCO AURÉLIO elucidada o caminho trilhado pela jurisprudência constitucional brasileira de reconhecer como obrigação constitucional o dever de a Administração Pública realizar processos quando sua atuação repercutir na esfera de direitos particulares e, ainda, observar o devido processo legal com as garantias do contraditório e da ampla defesa, já não mais compreendidas como adstritas à esfera judicial ou aos procedimentos disciplinares. Pelo contrário, são garantias que acompanham o exercício da função pública, de acordo com o STF. Desse modo, a interpretação conferida pelo STF à Súmula 473 passou a cotejar o devido processo legal: ainda que a Administração possa anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os

³⁸⁶ Sobre a relativização do princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, cf. VITOR RHEIN SCHIRATO, **Presunção de Legitimidade dos Atos Administrativos e Processo Administrativo**, 2013, p. 27 e ss.

³⁸⁷ Mais enfática é a posição do Min. CELSO DE MELLO no RE 158.543/1994 (*leading case*): “[a] Constituição de 1988 veio esclarecer de vez a questão, estabelecendo, no inciso LV do art. 5º, a aplicabilidade da cláusula ou do princípio nos procedimentos administrativos. (...) Tenho, portanto, Sr. Presidente, que sob o pálio da Constituição de 1988 é indiscutível, é incontestável que o devido processo legal aplica-se a qualquer procedimento administrativo em que o patrimônio do administrado possa vir a ser, de qualquer modo, atingido, possa vir a ser, de qualquer modo, desfalcado”. A mesma constatação alcança CARLOS ARI SUNDFELD no artigo **Processo e procedimento administrativo no Brasil**, 2002, p. 23.

tornem ilegais, nos termos da Súmula 473, para o STF passou a ser imprescindível o processo administrativo, com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa³⁸⁸:

“Essa faculdade da Administração Pública [revisão de suas decisões], embora autorizada pelo postulado da autotutela administrativa, depende, para exercer-se legitimamente, da estrita observância, pelo Poder Público, da cláusula constitucional do ‘due process of law’, sob pena de nulidade da deliberação estatal, especialmente nas hipóteses em que a invalidação afetar a situação jurídica do administrado ou da pessoa interessada.

(...)

Vale assinalar, na linha dessa orientação, que o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer cidadão (ou pessoa), não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois – cabe enfatizar – o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público, de que resultem consequências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais, exige a fiel observância do princípio do devido processo legal”³⁸⁹.

Devido à importância da jurisprudência construída pelo Supremo sobre a necessidade de a Administração Pública instaurar processo administrativo sob o pálio do devido processo legal e com obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa para anulação de ato administrativo cuja formalização tenha repercutido no campo de interesses individuais, em 2008 o Supremo reconheceu a existência de repercussão geral na Repercussão Geral no RE 594.296³⁹⁰.

³⁸⁸ Cf. RE 158.543/1994 (*leading case*); RE 199.733/1999; AgR RE 359.043/2006; RE 452.721/2006; AgR RE 501.869/2008; AI 690.513/2009; AI 710.085/2009; AI 730.928/2009; AgR RE 701.993/2013; No AgR RE 553.111/2011, porém, a Súmula 473 foi reafirmada, mas sem a interpretação restritiva assentada na jurisprudência do Supremo construída em torno da cláusula constitucional do devido processo legal. Sobre o dever de realizar processo administrativo para cobrança de valores indevidamente pagos pela Administração a servidor público, cf. MS 24.182 e AgR AI 524.143/2005. No AgR RE 405.236/2006, o Supremo entendeu como legítima a alteração da sistemática de cálculo de gratificação nos termos da Súmula 473, desde que tal alteração não implicasse em redução da remuneração dos servidores diretamente interessados.

³⁸⁹ Voto do Min. CELSO DE MELLO no AgR RMS 25.849, julgado por unanimidade de votos pela Segundo Turma do Supremo Tribunal Federal em 12 de junho de 2012.

³⁹⁰ Ao se manifestar sobre a Repercussão Geral no RE 594.296/2008, o Min. MENEZES DIREITO assim se posicionou: “[o] cotejo entre o poder de autotutela da Administração Pública e os princípios do

O Recurso Extraordinário 594.296 foi julgado em 2011³⁹¹. No caso concreto, o Estado de Minas Gerais anulou ato havia concedido quatro quinquênios a servidor público com fundamento no princípio da autotutela por entendê-lo ilegal. Na oportunidade, ficou sedimentado pelo Plenário do Supremo, e por unanimidade de votos, que a invalidação de atos administrativos de que decorram efeitos sobre direitos individuais devem necessariamente ser precedidos de processo administrativo, em que se garanta o contraditório e a ampla defesa do interessado³⁹². Inclusive, a Min. CARMEN LÚCIA suscitou a alteração do enunciado da Súmula 473 para adaptá-lo à Constituição de 1988, nos seguintes termos: “[a] Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de oportunidade e conveniência, respeitados os direitos adquiridos, garantindo, em todos os casos, o devido processo legal administrativo e a apreciação judicial”.

Em compasso com a linha de construção da jurisprudência constitucional sobre processo administrativo a partir da Constituição de 1988, o Supremo também desenvolveu orientação no sentido de condicionar as atividades de determinadas instituições ao devido processo legal. Com relação ao CNJ, foi concedida segurança no MS 27.154³⁹³ para que servidores públicos concursados pudessem se manifestar no processo de invalidação da nomeação, tendo em vista a negativa do CNJ de intervenção dos interessados. Na medida em que o CNJ faz uso de prerrogativas públicas no cumprimento de função administrativo,

contraditório e da ampla defesa e o da legalidade, inseridos no campo constitucional dos direitos e garantias fundamentais e protegidos como cláusulas pétreas pelo constituinte originário e de observância obrigatória pela Administração Pública, respectivamente, e a conseqüente delimitação do alcance dessas regras essenciais ao Estado Democrático de Direito merecem o crivo deste Supremo Tribunal Federal. O tema, indubitavelmente, não está restrito ao interesse subjetivo das partes, uma vez que se mostra importante para todos os cidadãos, os quais, em tese, podem ser afetados por procedimento da Administração Pública que anule ato administrativo que tenha gerado repercussão em seus campos de interesses individuais. Destarte, entendo que a questão versada neste recurso extraordinário possui relevância jurídica e social, uma vez que a decisão proferida por este Supremo Tribunal Federal servirá de baliza para a Administração Pública conduzir os procedimentos que resultem em anulação de seus atos administrativos”.

³⁹¹ Julgado por unanimidade de votos pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 21 de novembro de 2011.

³⁹² Segundo posicionamento da Min. CARMEN LÚCIA no RE 594.296, “[o] desempenho da autotutela da Administração Pública não a dispensa do rigoroso cumprimento da Constituição da República, em cujo art. 5º, inc. LIV se impõe a observância do devido processo legal, garantindo-se a todos que os seus direitos (ou interesses) não sejam atingidos sem que, previamente, se assegure ao interessado o direito ao contraditório e à ampla defesa. Daí a necessidade de se formalizar processo administrativo quando a atuação da entidade administrativa puder acarretar restrição ou perda de direito ou de alteração ou anulação de situação antes reconhecida ao interessado”.

³⁹³ Julgado por unanimidade de votos pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 10 de novembro de 2010.

o devido processo legal deve ser estritamente observado, com garantia do contraditório e da ampla defesa, o que inclui o direito de os interessados se manifestarem no processo administrativo. Apesar da relevância deste precedente, o debate sobre a aplicação do devido processo legal a processos conduzidos por órgãos não integrantes da máquina burocrática do Executivo se colocou efetivamente nos casos envolvendo o TCU.

Compete ao TCU apreciar os atos, para fins de registro, de concessão de aposentadorias, pensões e reformas (art. 71, inc. III, da Constituição Federal), de modo que a outorga desses benefícios pelo Poder Público se condiciona à prévia análise de legalidade da medida pelo TCU. Em termos práticos, tem-se que o ato de concessão de benefício se aperfeiçoa com a análise de legalidade pelo TCU, ainda que o beneficiário já desfrute do benefício quando do registro do mesmo. Assim, o ato de concessão destes benefícios previdenciários pelo Poder Público é meramente provisório, pois o TCU pode vir a considerá-lo ilegal, resultando em negativa do pedido de registro e, conseqüentemente, imediata interdição do gozo do benefício pelo beneficiário. A jurisprudência pacífica do Supremo até meados de 2010 era no sentido de livrar o TCU da obrigação de garantir o contraditório e a ampla defesa nesse tipo de processo, pois que voltado apenas à apreciação da legalidade do benefício como etapa do ato complexo de concessão de aposentadoria, pensão ou reforma, dotando-o de definitividade administrativa³⁹⁴. A relação jurídica não seria estabelecida entre Poder Público e cidadão, mas sim entre TCU e Administração Pública.

Tendo em vista as recorrentes decisões nesse mesmo sentido, em 2007 o Supremo inclusive editou a Súmula Vinculante 3, de seguinte redação: “[n]os processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”.

³⁹⁴ Dentre tantos, cf. MS 24.754/2005; MS 24.958/2005; MS 24.997/2005; MS 25.090/2005; MS 25.113/2005; MS 25.192/2005; e MS AgR 26.381/2007. Porém, a garantia do contraditório e da ampla defesa é inescusável, de acordo com o STF, na hipótese em que da decisão do TCU puder decorrer gravame à situação jurídica subjetiva do interessado, como o cancelamento de pensão julgada legal e registrada pelo TCU. Cf. MS 24.268/2006.

No entanto, diante de dramáticas situações de insegurança jurídica ensejadas pela demora na análise de legalidade de benefícios previdenciários nos termos do art. 71, inc. III, da Constituição Federal, o Supremo relativizou seu posicionamento e passou a exigir que o TCU confira direito de defesa ao interessado caso o processo de análise da legalidade de registro de aposentadoria, reforma ou pensão se prolongue por mais de cinco anos³⁹⁵. No MS 25.116³⁹⁶ (*leading case*), o interessado havia solicitado o registro de aposentadoria em 1998, mas apenas em 2004 a decisão denegatória do TCU foi proferida. Com esta nova linha jurisprudencial³⁹⁷, o Supremo reconheceu certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público, as quais deveriam ser tuteladas para preservação da legítima expectativa do particular perante a Administração Pública e garantia da segurança jurídica³⁹⁸. Ademais, o princípio da razoável duração do processo foi invocado como mais um elemento de fundamentação neste novo entendimento sobre a incidência do devido processo legal no âmbito do TCU. A partir do julgamento deste *leading case*, o STF passou a exigir que o TCU confira oportunidade de defesa do interessado nos processos de análise de legalidade de concessão de aposentadoria, pensão ou reforma, para fins de registro, quando decorrer mais de cinco anos do recebimento do processo pela Corte de Contas^{399 400}.

Com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa restabelecidos e fortificados na Constituição de 1988, e diante da inédita previsão do devido processo legal, o Supremo intensificou o controle da Administração Pública a partir da análise do processo administrativo. Muito embora a pauta de análise ainda seja capitaneada por temas

³⁹⁵ Para uma análise mais pormenorizada sobre o desenvolvimento da jurisprudência constitucional relativa à garantia do contraditório e da ampla defesa nos processos de análise de legalidade de concessão de aposentadoria, pensão ou reforma pelo TCU, cf. ANDRÉA COSTA DE VASCONCELOS, **Contraditório e Ampla Defesa no Registro de Benefícios Previdenciários pelo TCU: o que diz o STF?** 2011, *passim*.

³⁹⁶ Julgado por maioria de votos pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 8 de novembro de 2010.

³⁹⁷ De autoria do Min. CARLOS BRITTO no MS 25.116/2010.

³⁹⁸ Segundo o Min. GILMAR MENDES, “[o] voto do Ministro Carlos Britto representa um avanço em relação a essa jurisprudência, na medida em que pretende fixar em cinco anos o limite de que seria o prazo razoável para a atuação administrativa do Tribunal de Contas no processo de julgamento da legalidade e registro das aposentadorias e pensões. (...) [é] preciso também levar em conta que, muitas vezes, o lapso temporal transcorrido entre as manifestações de vontade dos órgãos administrativos para a formação do ato complexo concessivo da aposentadoria ou pensão pode criar situações jurídicas dotadas de estabilidade e presunção de legalidade e legitimidade, uma vez que amparadas em decisão do próprio Poder Público. É nessas hipóteses que incide o princípio da segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, no sentido de proteção das situações jurídicas criadas pelo Poder Público e estabilizadas pelo transcurso do tempo em que o próprio Poder Público quedou-se inerte”. MS 25.116/2010.

³⁹⁹ Nesse sentido, cf. MS 25.403/2010; MS 26.053/2010; MS 24.781/2011; e MS ED 26.053/2011.

⁴⁰⁰ O termo inicial do prazo para apreciação da legalidade do ato de concessão de benefício previdenciário referido no art. 71, inc. III, da Constituição Federal foi definido no MS ED 26.053/2011.

relacionados a servidores públicos, evidencia-se grande abertura para outras questões que ainda não tinham sido submetidas ao crivo do Supremo. Também é esse momento marcado pela pujante produção sumular endereçada à Administração Pública, com especial destaque para as súmulas de efeito vinculante, bem como pela revisão de importantes orientações jurisprudenciais sobre processo administrativo. Em comum, os julgados analisados se coadunam à vertente garantista do Direito Administrativo e o Supremo, consciente de seu papel como instância garantidora dos direitos constitucionais de incidência sobre o processo administrativo, buscou efetivar em seu grau máximo.

No entanto, relevantes consequências resultaram da assunção pelo Supremo do papel de garantidor máximo da validade dos processos da Administração Pública. A principal delas correspondeu ao aumento sistemático das ações relativas a servidores públicos que o Supremo teve de lidar: a concentração de processos de servidores públicos estatutários era 13 vezes maior que os processos de trabalhadores com carteira assinada, segundo levantamento da FGV Direito Rio no período de 2007 a 2009⁴⁰¹. Ainda segundo o estudo, “*Direito Administrativo e outras Matérias do Direito Público*”, que abrange servidores públicos, foi o principal assunto discutido no período, correspondendo a 21,7% do total de casos apreciados pelo Supremo⁴⁰². Tendo esse contexto em mira, fica mais fácil compreender a jurisprudência que foi construída pelo Supremo relativa a processo administrativo a partir de 2011, segundo a qual “*a alegação de ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, quando dependente de exame prévio de normas constitucionais, configura situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, o que impede o cabimento de recurso extraordinário*”⁴⁰³.

⁴⁰¹ Cf. **II Relatório Supremo em Números. O Supremo e a Federação**, 2013, p. 15. Disponível em: <http://supremoemnumeros.fgv.br/relatorios/relatorio-2-o-supremo-e-a-federacao>. Acesso em 20 de setembro de 2013. O volume das ações referentes a servidores públicos levou os autores do estudo a indicarem esses resultados no item sugestivamente intitulado *O Supremo a serviço dos servidores públicos*.

⁴⁰² *Idem*, p. 47.

⁴⁰³ Cf. RE 601.464. Esta é a síntese do entendimento do Supremo apresentada pela Min. ELLEN GRACIE: “[a] jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que as alegações de ofensa a incisos do artigo 5º da Constituição Federal – legalidade, prestação jurisdicional, direito adquirido, ato jurídico perfeito, limites da coisa julgada, devido processo legal, contraditório e ampla defesa –, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário”. RE-AgR 356.209/2011.

A construção desse novo entendimento parte de duas construções sumuladas pelo Supremo: a interdição de exame de fatos e provas e da legislação local, respectivamente correspondentes às suas Súmulas 279⁴⁰⁴ e 280⁴⁰⁵.

O reexame de fatos e provas tem direta relação com a revisão do trâmite do processo administrativo, conduzido para análise de fatos e comprovação da veracidade dos mesmos por meio da produção de provas, nos termos da garantia da ampla defesa. Analisar fatos e provas do processo administrativo, especialmente de natureza disciplinar, foi historicamente uma atribuição abraçada pelo Supremo. Diversos são os exemplos de análise de atos processuais pelo STF, como a motivação de decisões de demissão de funcionário público e atos de negativa de defesa do acusado em processo administrativo. Com a nova interpretação conferida à Súmula 279 recorrentemente afirmada pelo Supremo, tem-se o indicativo de que o processo administrativo, de natureza contenciosa⁴⁰⁶, não mais será objeto de apreciação pelo Supremo, como tradicionalmente a Corte se envolvia.

Com relação à Súmula 280, a nova interpretação conferida pelo Supremo indica que leis sobre processo administrativo, inclusive a lei geral de processo administrativo (Lei 9.784/99), não serão mais objeto de apreciação em sede recursal. Em diversas oportunidades a Corte apreciou normas que dispunham sobre processo administrativo, notadamente estatutos dos servidores públicos, para apreciar o respeito da cláusula da ampla defesa. Apesar deste entendimento, é de se notar que a Lei 9.784/99 ainda é utilizada como argumento decisório pelo Supremo. Em levantamento empírico

⁴⁰⁴ É o texto da Súmula STF 279, editada em 1963: “[p]ara simples exame de prova não cabe recurso extraordinário”.

⁴⁰⁵ É o texto da Súmula STF 280, editada em 1963: “[p]or ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”.

⁴⁰⁶ Entendo que esta interpretação não se aplica, todavia, aos processos administrativos voltados à elaboração de políticas públicas pela edição de atos, de natureza normativa ou não. Ocorre que as funcionalidades do processo administrativo vão além do tradicional objetivo de dirimir controvérsias no âmbito administrativo, especialmente àquelas relacionadas à responsabilização administrativa, e se voltam hoje, inclusive, à construção de política públicas cujo trâmite não se resume em análise de fatos e de provas. Ademais, essa postura não se coadunaria com outro entendimento forte no Supremo de que as políticas públicas são passíveis de controle, pois lidam diretamente com direitos fundamentais. Na esfera administrativa, as políticas públicas não se resumem apenas à decisão final, consubstanciada em atos ou contratos, mas envolvem todo o seu processo de construção, ou seja, o processo administrativo em si. Cabível, portanto, o controle judicial e, inclusive, recursal do Supremo das etapas procedimentais a partir das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. A pergunta mais importante para o debate passa a ser: é conveniente que o Judiciário, inclusive o Supremo, revise processos administrativos?

desenvolvido por ANDRÉ LUÍS MACAGNAN FREIRE, 107 julgados do STF consideraram preceitos da Lei Federal de Processo Administrativo, com destaque para os seguintes temas: preservação de ato administrativo inválido (57,94%), garantias processuais (31,78%), recurso administrativo (8,41%), vício de intimação (6,54%) e prazos processuais (5,61%)⁴⁰⁷.

Em 95% dos casos apreciados pelo Supremo no período de 2011 a 2012 sobre a aplicação do devido processo legal a processos administrativos a mesma *ratio decidendi* de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional foi adotada. Não se pretende afirmar que a pilha de casos sobre servidores públicos, em sua maior parte envolvendo questões tipicamente processuais, foi determinante para mudar o posicionamento da Corte. Fato é, porém, que a postura do Supremo sobre o assunto se transformou radicalmente.

II.2.3. O papel do pelo Supremo Tribunal Federal de regulador do processo administrativo

Com base no poder disciplinar, servidores públicos eram sumariamente punidos pelos seus respectivos superiores hierárquicos por infrações públicas notórias, insubordinação ou pela mera convicção pessoal da infração pela própria autoridade competente. Eram todos casos de incidência direta do “*princípio da verdade sabida*”, então recepcionado pela Constituição de 1967. Inobstante a força deste preceito, apresentado como legítima pela doutrina mais influente à época⁴⁰⁸, a jurisprudência do Supremo construída desde o início da constitucionalização do processo administrativo foi no sentido de afirmar o dever de realizar processo administrativo. Na contraposição *verdade sabida vs. ampla defesa*, quase que integralmente a jurisprudência constitucional se alinhou à garantia da ampla defesa⁴⁰⁹. Mesmo em Constituições autoritárias, o Supremo reafirmou seu *papel de revisor* dos processos conduzidos pelo Poder Público.

⁴⁰⁷ Cf. **Supremo Tribunal Federal, Administração Pública e Processo Administrativo. Como a lei de processo administrativo é aplicada pelo Supremo?** 2012, p. 38.

⁴⁰⁸ Trata-se de HELY LOPES MEIRELLES, **Direito Administrativo Brasileiro**.

⁴⁰⁹ Especificamente sobre casos envolvendo a dicotomia *verdade sabia vs. ampla defesa*, cf. AI 673.304/PE, Pleno, rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 29.11.2011, e RE 444.518/RS, Pleno, rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 15.03.2010.

A pauta era tão somente uma: servidores públicos. Porém, embora monotemática, a atuação do Supremo foi de fundamental importância para conferir concretude à garantia da ampla defesa, direito este presente nas Constituições brasileiras desde a Constituição de 1934. De modo pretoriano, o processo administrativo se desenvolveu no Brasil. Caso a caso, os condicionamentos impostos pelo Supremo à Administração Pública na condução de seus processos terminaram por constituir um arcabouço de orientações endereçado aos gestores. Por razões pragmáticas, o STF assumiu o *papel de regulador* do processo administrativo, que inclusive foi reconhecido pelo DASP na formulação 84: “*pacificada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deve a Administração, embora não convencida, adotar o entendimento vitorioso, mas somente após a audiência do Órgão do Sistema de Pessoal e aprovação do Presidente da República*”.

Porém, o papel de regulador do processo administrativo seria melhor identificado pela atuação casuística do Supremo e, posteriormente, pela consagração dos principais entendimentos em súmulas. As súmulas foram debatidas ao longo do trabalho, mas aqui são apresentadas de modo sistematizado:

Tabela 02 – Súmulas relacionadas ao processo administrativo editadas pelo STF

Súmula 19	É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira.
Súmula 20	É necessário processo administrativo com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso.
Súmula 21	Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.
Súmula 47	Reitor de Universidade não é livremente demissível pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura.
Súmula 197	O empregado com representação sindical só pode ser despedido mediante inquérito em que se apure falta grave
Súmula 346	A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.
Súmula 473	A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.
Súmula 673	O art. 125, §4º, da Constituição não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo.
Súmula 684	É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato em concurso público.
Súmula vinculante 3	Nos processos perante o Tribunal de Contas da União, asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do

	ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.
Súmula vinculante 5	A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.
Súmula vinculante 21	É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Fonte: elaboração própria a partir da página

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_1_a_736.pdf.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a previsão da cláusula do devido processo legal ensejou oposição jurisprudencial ao princípio da verdade sabida, unindo-se o Supremo à doutrina para rechaçar a existência desta figura na prática processual da Administração Pública⁴¹⁰. Outra relevante decorrência da previsão do devido processo legal na Constituição de 1988 corresponde ao florescimento de novos temas levados a conhecimento do Supremo quando da análise do processo administrativo, apesar da substancial prevalência da pauta dos servidores públicos. Até meados de 2011, o Supremo manteve ambos os papéis de revisor e de regulador do processo administrativo. Porém, pressionado pelo volume de casos envolvendo processos administrativos dos servidores públicos, o Supremo passa a se apoiar nas teses de ofensa reflexa à Constituição e de interdição do reexame de fatos e provas para se desvencilhar do papel de revisor do processo administrativo pela via recursal.

Doravante, o Supremo exerceria o papel único de regulador do processo administrativo. Nessa nova fase, entra em cena o instrumento da súmula de efetivo vinculante, por meio da qual foram estabelecidos verdadeiros deveres de observância ao Poder Público relativos ao processo administrativo. Ocorre que a força vinculante, sob pena de reclamação, termina por conferir ao Supremo forte instrumento de contenção da ação administrativa, assim reconhecida pelo Min. DIAS TOFFOLI quando do julgamento da Súmula Vinculante 21: “[e]ssa súmula mostra o caráter meramente pedagógico, para o Estado brasileiro e para a administração pública, da **utilidade da súmula vinculante contra a administração pública**; grande relevo, pois alcança a defesa da cidadania e da

⁴¹⁰ No sentido de rechaçar a punição por *verdade sabida*, filiam-se os seguintes autores: ODETE MEDAUAR, **Direito Administrativo Moderno**, 2008, p. 168; DIÓGENES GASPARINI, **Direito Administrativo**, 2007, p. 970-971; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, **Direito Administrativo**, 2009, p. 637; DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, **Curso de Direito Administrativo**, 2009, p. 364; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, **Curso de Direito Administrativo**, 2006, p. 120.

Constituição, que busca garantir o exercício do recurso, independentemente da necessidade de depósito prévio” (destaquei).

Analisar o avanço da processualidade administrativa no Direito Administrativo brasileiro sem se ater à atuação do Supremo confere apenas um quadro parcial – incompleto, portanto – do tema. Em uma perspectiva mais abrangente, as sucessivas manifestações do STF foram fundamentais ao desenvolvimento da ideia de processualidade no âmbito administrativo, seja por condicionar a Administração Pública em diversas oportunidades a realizar processo administrativo, seja pela garantia de direitos constitucionais aos particulares em conflito com o Poder Público.

II.3. A codificação do processo administrativo no Brasil

O tema da codificação dos institutos e práticas de direito administrativo pode ser considerado como um dos tópicos mais debatidos no curso da construção da teoria do Direito Administrativo⁴¹¹. A discussão sobre a necessidade de um *Código de Direito Administrativo* ainda hoje suscita interessantes reflexões, que por vezes se relacionam com a própria compreensão do Direito Administrativo enquanto sistema jurídico: a disciplina normativa do Direito Administrativo em leis esparsas é uma efetiva opção política ou essa seria a forma mais adequada para lidar com os institutos e regras de direito administrativo? O fato de o Direito Administrativo não se encontrar compilado indica a ainda imaturidade deste ramo do Direito? Afinal, quais seriam as implicações de dispor de um Código Administrativo?

Os debates sobre a codificação do Direito Administrativo foram em grande medida influenciados por movimentos externos, a exemplo do movimento pandectista, favorável à sistematização do conhecimento e práticas jurídicas em códigos. Na medida em que tais Códigos tinham por proposta apresentar taxativamente as regras de um determinado ramo do Direito, de forma coerente e harmônica, eles terminavam por sistematizar a estrutura e

⁴¹¹ Cf. Odete MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, para quem a codificação do Direito Administrativo figurou intensamente nos debates doutrinários na transição do século XIX para o século XX, dada a sistematização do Direito Administrativo percebida nesse período. **O Direito Administrativo em Evolução**, 2003, p. 169.

as funções dos sistemas jurídicos. Em resumo, tratava-se de uma via de mão dupla: os Códigos estabeleceriam os princípios e as regras dos ramos do Direito Administrativo, os quais lhe conferia identidade.

Por outro lado, pode-se mencionar o Direito Privado como outro fator de influência das discussões em torno da codificação do Direito Administrativo. Os ramos compreendidos no Direito Privado – notadamente, Direito Civil, Direito Processual Civil e Direito Comercial – são caracterizados pela orientação em torno de grandes Códigos. Se hoje é consensual a autonomia do Direito Administrativo, então compreendido como um legítimo sistema jurídico orientado por princípios e regras próprios, não se pode desconsiderar o processo de formação do Direito Administrativo em torno da afirmação de suas peculiaridades frente ao Direito Privado. Emblemática foi a atuação do Conselho de Estado em construir, por meio de sua jurisprudência, as bases do Direito Administrativo pela negativa da aplicação do Direito Comum aos casos analisados nos *arrêts*⁴¹². Em larga medida o Direito Privado era o mais relevante parâmetro de construção do Direito Administrativo. Dessa forma, nada mais natural constar na agenda de debates teóricos do Direito Administrativo o tema da codificação, modelo de sistematização científica típica do Direito Privado.

O debate sobre a codificação do Direito Administrativo foi aproveitado no tema do processo administrativo com o movimento de edição de leis gerais de processo administrativo. A *codificação do processo administrativo* consiste em um movimento experimentado pelos principais sistemas de direito administrativo.

A primeira grande lei de processo administrativo corresponde à “*Lei Azcarate*”, editada na Espanha, em 1889⁴¹³. Tal lei estabeleceu diversas ordens de prazo e, para conferir maior eficácia às normas, também determinou a responsabilidade do funcionário pelo desatendimento das normas processuais. Ocorre que a sucessiva regulamentação da lei pelos diversos órgãos e entes da Administração Pública espanhola fulminou com o diferencial da unificação, típico dos casos de presença de lei geral. A unificação das normas processuais na Espanha veio apenas com a edição da lei espanhola de 1958, a qual também dispõe de preceitos sobre o regime jurídico dos atos administrativos. Com a

⁴¹² Cf. SABINO CASSESE, **Las Bases del Derecho Administrativo**, 1994, p. 83.

⁴¹³ Cf. ODETE MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, 1993, p. 139 e ss.

finalidade de compilar em um texto único as normas de processo aplicáveis a toda a Administração Pública espanhola, a lei espanhola de 1958 pretendia conferir, assim, maior sistematicidade na garantia dos particulares.

Em um cenário econômico e político incerto, no contexto do *New Deal* foi editada a lei federal de processo administrativo norte-americana, em 1946: *The Federal Administrative Procedure Act – (APA)*⁴¹⁴. Apesar do dissenso sobre o adequado balanceamento entre direitos individuais e poderes reconhecidos às Agências Reguladoras, para tantos uma ameaça burocrata digna de um Estado comunista⁴¹⁵, a edição do APA inaugurou uma nova dinâmica de relacionamento entre Poder Público e particulares, bem como de política regulatória. Segundo GEORGE B. SHEPHERD, “o *Administrative Procedure Act* foi o bill of rights para o novo Estado Regulador”⁴¹⁶. Posteriormente, foram editadas sucessivas leis que modificaram o APA, sempre com vistas ao aprimoramento do sistema processual, a exemplo do *The Freedom of Information Act* (1967), *The Privacy Act* (1974), *The Government Sunshine Act* (1976) e *The Negotiated Rulemaking Process* (1990). Todas essas normas encontram-se hoje no *United States Code of Administration* (USCA).

Contudo, o movimento de codificação do processo administrativo apenas se afirmaria após a II Guerra Mundial, período este marcado pela expansão da Administração Pública e, por decorrência, do Direito Administrativo⁴¹⁷.

Assim, na segunda metade da década de 1950, algumas democracias populares, que passavam pela “*desestalinização*” e pela aproximação do cidadão na Administração Pública, editaram as suas leis de processo administrativo, como a Tchecoslováquia, a Iugoslávia, a Polônia e a Hungria.

No caso alemão, a ideia de lei geral de processo administrativo remonta os estudos técnicos que visualizaram neste tipo de lei uma possibilidade de simplificação

⁴¹⁴ Sobre a construção do APA no sistema norte-americano, cf. item II.3.2.3.2. deste trabalho.

⁴¹⁵ Cf. GARY LAWSON, **Federal Administrative Law**, 2013, p. 257.

⁴¹⁶ **Fierce Compromise: the Administrative Procedure Act emerges from New Deal politics**, 1995-1996, p. 1558. Tradução livre. Do original: “[t]he landmark *Administrative Procedure Act* (APA) was the bill of rights for the new regulatory state”. A descrição detalhada da codificação do processo administrativo nos Estados Unidos, com ênfase na processualização da atividade normativa, será apresentada no item III.2.1.2. deste trabalho.

⁴¹⁷ Cf. JAVIER BARNES, **Reform and Innovation in Administrative Procedure**, 2003, p. 18.

administrativa, ainda em 1957⁴¹⁸. A lei de processo administrativo alemã – a *VwVfG* – data de 1976. Dúvidas se colocaram quanto à aplicabilidade da lei aos Estados-membros, mas o impasse foi superado mediante um entendimento político de conciliação. Além de conter dispositivos processuais, a lei alemã de 1976 traz regras sobre o regime dos atos e dos contratos administrativos.

Na América-Latina, a partir de 1960 alguns países editaram suas leis de processo administrativo, como o Uruguai (1966), a Costa Rica (1978), a Venezuela (1984) e a Colômbia (1984)⁴¹⁹. A lei argentina foi editada em 1972, trazendo, a exemplo da lei espanhola, a sistematização das normas processuais e preceitos sobre o regime dos atos administrativos e de impugnação dos mesmos.

Nessa toada, significativo avanço ao tema do processo administrativo veio com a edição da Lei italiana 241 de 1990. Ao contrário do texto alemão, trata-se de uma prescrição mais principiológica, sem detalhes processuais. Esta lei acompanha os ideais de simplificação e de tornar mais ágil da máquina administrativa.

Há um traço característico da disciplina jurídica do processo administrativo no Direito Administrativo brasileiro que destoa do panorama apresentado: o movimento de codificação do processo administrativo é bastante recente quando comparado com as experiências comparadas. Na sequência, o movimento de edição de leis gerais de processo administrativo no Brasil será descrito, ocasião em que o processo administrativo normativo será posicionado.

II.3.1. O movimento de edição de leis gerais de processo administrativo no Brasil

Resguardadas as iniciativas históricas de codificação do processo administrativo no Brasil, o movimento de edição de leis gerais de processo administrativo é relativamente recente, concretizando-se apenas no final da década de 1990. A seguir, este movimento será reportado a partir da análise de relatos doutrinários e fontes primárias, em especial de

⁴¹⁸ Cf. ODETE MEDAUAR, *A Processualidade no Direito Administrativo*, 1993, p. 145-146.

⁴¹⁹ *Idem*, p. 147.

processos legislativos, com a finalidade de tanto registrar este importante movimento no Direito Administrativo brasileiro quanto verificar em que medida o processo para produção de regulamentos administrativos figurou nesse debate.

II.3.1.1. Codificação do processo administrativo na esfera federal: a Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99)

Nas décadas de 1930 e 1940, o Direito brasileiro vivenciava uma onda de codificação que culminou na edição do Código de Processo Civil, em 1939 (Decreto-Lei 1.608), do Código Penal, em 1940 (Decreto-Lei 2.848), do Código de Processo Penal, em 1941 (Decreto-Lei 3.689), e da Consolidação das Leis Trabalhistas, em 1943 (Decreto-Lei 5.452). Nesse contexto, os administrativistas passaram a discutir sobre a possibilidade de edição de um Código Administrativo, com princípios e normas gerais de direito administrativo, voltado a sistematizar suas multifacetadas normas e, assim, reforçar a autonomia do Direito Administrativo como efetivo sistema jurídico⁴²⁰. Relata CARLOS S.

⁴²⁰ Segundo CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, “[a] vantagem da codificação é hoje fato reconhecido, sendo processo admitido em todos os países, e já concretizados nos campos do direito civil, comercial, penal, processual, e em vias de realização no que diz respeito ao direito social”. **A Codificação do Direito Administrativo**, 1949, p. 2. Sobre o tema da codificação do Direito Administrativo, cf. JOSÉ CRETILLA JR., **Da Codificação do Direito Administrativo**, 1951. Esta é a obra de sistematização dos debates sobre a possibilidade de codificação do Direito Administrativo brasileiro, a exemplo dos outros ramos jurídicos que então se codificaram. A obra, tese de livre-docência defendida na Faculdade de Direito da USP, é dividida em duas partes, além das conclusões: *Parte Primeira – Fundamentos históricos da codificação administrativa* e *Parte Segunda – Possibilidade e conveniência da codificação administrativa*. Após apresentar os movimentos de codificação do Direito Administrativo nos mais variados sistemas jurídicos, em um estudo de direito comparado, o autor se volta para o panorama brasileiro e, após analisar o posicionamento dos administrativistas do Império e da República sobre a codificação do Direito Administrativo, apresenta uma tabela em que as seguintes informações são sistematizadas: no Império, foram omissos sobre o tema CONSELHEIRO RIBAS, PEREIRA DO REGO e RUBINO DE OLIVEIRA, enquanto MENDONÇA FURTADO e VISCONDE DO URUGUAI se posicionaram contrariamente e VEIGA CABRAL favoravelmente; na República, VIVEIROS DE CASTRO era francamente favorável, THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI e GUIMARÃES MENEGALE eram favoráveis à codificação total, AARÃO REIS e JOSÉ MATOS DE VASCONCELOS eram favoráveis à codificação parcial e RUY CIRNE LIMA era favorável com restrições. Na sequência, discorre sobre as correntes que se abriram na doutrina sobre a codificação do Direito Administrativo e seus respectivos argumentos: (i) a corrente contrária à codificação, que encontra nas características da mobilidade excessiva do Direito Administrativo, sua imaturidade e multiplicidade de normas óbices à codificação do Direito Administrativo; (ii) a corrente favorável à codificação administrativa; e (iii) a corrente favorável à codificação parcial, que, apesar da acentuada mobilidade das normas de direito administrativo em geral, algumas delas dispõem de razoável estabilidade e, assim, poderiam ser codificadas. Ao final, JOSÉ CRETILLA JR. posiciona-se favoravelmente à edição de um Código Administrativo: “[r]ealmente, não se pode negar que o Código Administrativo seria útil, praticável, pois corrigiria imperfeitas relações jurídicas existentes, preencheria tão poucas lacunas da legislação, ao mesmo tempo que evitaria contradições flagrantes, repetições desnecessárias e, por fim, imporá ordem ao caos”. *Idem*, p. 121.

DE BARROS JÚNIOR que, à época, três orientações sobre a codificação do Direito Administrativo foram objeto de discussão: (i) plena viabilidade de o Direito Administrativo se codificar; (ii) possibilidade de o Direito Administrativo se codificar apenas parcialmente; ou (iii) inviabilidade de o Direito Administrativo se codificar “*seja porque não alcançou o grau de madureza necessário para isso, seja porque, dada a sua natureza, é inconveniente fazê-lo*”⁴²¹. Diante do cenário desfavorável à plena codificação do Direito Administrativo e da instabilidade das normas de direito administrativo, a alternativa encontrada foi a codificação parcial. Nessa toada foram editados o Código de Águas (Decreto 24.643/1934), o Código de Caça e Pesca (Decreto 23.672/1934), o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Decreto-Lei 1.713/1939) e o Código de Minas (Decreto 1.985/1940). Também foram apresentadas proposta de codificação do processo administrativo.

Duas delas de autoria de MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO⁴²², foram apresentadas no dia 7 de junho de 1956 pelo mesmo, na qualidade de Deputado pelo PSD/PR, à Câmara dos Deputados e arquivadas no mesmo ano. O Projeto de Lei 1.419 versava sobre proposta que regularia “*as normas gerais de procedimento no inquérito*”, segundo indicação da ementa. Na prática, seria uma efetiva lei geral de processo administrativo disciplinar, com a finalidade última de uniformizar este processo no âmbito da Administração Pública e, assim, assegurar de modo mais eficaz os direitos dos servidores públicos. Dentre os principais preceitos contidos na proposta, mencione-se a disciplina da instauração do processo administrativo, a fixação de prazos, a liberdade de apresentação de provas e o cabimento de recurso hierárquico. O trecho abaixo da *justificação* sintetiza o ímpeto do projeto de lei:

*“I – O presente projeto de lei objetiva a uniformidade das normas gerais que devem orientar o inquérito administrativo. Não traz originalidade de forma ou de conteúdo jurídico, mas permite regular codificando em sistema harmônico princípios aplicados de maneira diferente e temerária.
(...)”*

⁴²¹ **A Codificação do Direito Administrativo**, 1949, p. 3.

⁴²² Como gênese do Projeto de Lei 1.419/1956, o autor indica ter elaborado *projeto-plano de codificação* (do processo administrativo) para a Caixa Econômica Federal do Paraná, aprovado e implementado na instituição em 1º de dezembro de 1951. Cf. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, **Introdução ao Direito Processual Administrativo**, 1971, p. 62-63.

V – Há institutos do Direito Administrativo que não podem mais viver somente das praxes dos costumes. Onde a necessidade da fixação harmoniosa das normas em sistema próprio somente poder facilitar a atividade jurídica do poder público.

VI – Está provado pela evidência dos fatos não haver incompatibilidade entre o Direito Administrativo e a realidade da codificação⁴²³.

Na prática, a codificação do processo administrativo se voltava a contornar uma praxe de preocupação dos administrativistas: a dinâmica processual baseada em *costumes*. Mais do que um incômodo, devido à ausência de uniformização procedimental, era a gestão pública orientada pelo costume uma efetiva preocupação que afligia os administrativistas, temerosos pelos direitos dos particulares frente a possíveis arbitrariedades. Com um Código Administrativo, de aplicação geral aos órgãos e entes administrativos, os direitos fundamentais do administrado estariam assegurados independentemente da necessidade de posterior edição de lei específica. Ao menos para os servidores públicos, o cenário de constante arbitrariedade poderia ser contornado com a edição de um código de processo administrativo⁴²⁴. Como indica THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI:

“[h]á, por conseguinte, uma tendência geral para a codificação e uniformização das normas gerais do direito público e privado. Graves dificuldades, porém, surgem com relação ao direito administrativo, disciplina relativamente nova, mas que tem vivido das praxes, dos costumes, mantendo-se sempre dentro de um regime de instabilidade, em parte justificado pela necessidade de conciliar o regime jurídico com as exigências do interesse público da Administração⁴²⁵.”

Relaciona-se a esta proposta de codificação do processo administrativo o Projeto de Lei 1.491, também de autoria de MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, apresentado,

⁴²³ Justificação ao Projeto de Lei 1.419/1956, **Diário do Congresso Nacional**, 8 de junho de 1956, p. 4182. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD08JUN1956.pdf&npagina=37>. Acesso em 23 de julho de 2013.

⁴²⁴ Importa reforçar que, à época, o processo administrativo era resumido à espécie processo administrativo disciplinar. Cf. item II.1.3. deste trabalho.

⁴²⁵ Cf. **A Unificação das Normas do Processo Administrativo**, 1978, p. 1-2.

como já mencionado, no dia 7 de junho de 1956 e, assim como o projeto precedente, arquivado no mesmo ano. Além de se limitar a dispor sobre recursos administrativos, a particularidade deste Projeto de Lei está na estratégia de uniformizar o sistema recursal administrativo por meio da disciplina do *processo administrativo*, e não pelo estabelecimento de um código de processo administrativo. Trata-se de projeto voltado a regular “*o procedimento normativo no recurso administrativo*”, nos termos da ementa sugerida⁴²⁶. Assim, normas infralegais poderiam ser editadas para dispor especificamente sobre determinados recursos administrativos, mas necessariamente deveriam observar os *standards* mínimos da pretensa lei, dentre eles: categorias de recursos administrativos, rito de protocolo e competência para apreciação do recurso administrativo, prazos e prescrição para interposição de recursos administrativos, amplo cabimento de recurso administrativo, efeitos positivos do silêncio administrativo e efeitos da interposição de recurso sobre a decisão administrativa. Confira-se abaixo trecho da *justificação* do Projeto de Lei 1.491/1956:

“IV – A matéria de recurso, por exemplo, é bastante viva na complexidade das funções do Estado. Das decisões de autoridade administrativa cabem reclamações – reclamações que se apresentam nas formas mais variadas – sempre marcadas pelo costume ou pela praxe.
V – Está conhecido que, em matéria de recurso, os regulamentos administrativos não seguem um mesmo sistema, à falta de princípios de procedimento normativo”⁴²⁷.

A segunda proposta de codificação do processo administrativo corresponde ao *Anteprojeto de Código de Processo Administrativo*, de 1976, encomendado pelo Dr. LUIZ SIMÕES LOPES, então Presidente do Conselho Federal do Serviço Público Civil, a THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI. Incumbido de sistematizar as normas existentes, assim como simplificá-las e aprimorá-las, “*em benefício do serviço e da garantia das partes interessadas*”⁴²⁸. Conforme o próprio autor, o Anteprojeto de Código de Processo

⁴²⁶ Cf. **Diário do Congresso Nacional**, 26 de junho de 1956, p. 4841. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD26JUN1956.pdf#page=43>. Acesso em 23 de junho de 2013.

⁴²⁷ *Idem, ibidem.*

⁴²⁸ Cf. **A Unificação das Normas de Processo Administrativo**, 1978, *exposição de motivos*. E prossegue: “[e]xiste, assim, uma necessidade evidente de regular e codificar em um sistema harmônico e uniforme as normas processuais que interessam ao andamento dos processos perante as repartições administrativas da União. Desaparecerão, assim, as prevenções contra o processo administrativo. Os

Administrativo tinha como um dos principais objetivos a superação do panorama de revisão judicial tão somente por desorientação do Judiciário quanto ao regime jurídico do processo administrativo⁴²⁹. Na síntese de THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI,

*“[o] presente Código é o standard de todo o processo administrativo. Nele se encontram as diretivas gerais, conjunto de princípios fundamentais que asseguram a estabilidade das normas burocráticas, bem como as garantias de todos os interessados, Administração e particulares, no cumprimento das leis e regulamentos administrativos”*⁴³⁰.

Sistematizado em dezoito Capítulos⁴³¹, o Anteprojeto de Código de Processo Administrativo não chegou a ser apresentado na Câmara dos Deputados. Todavia, a importância do estudo para a teoria do Direito Administrativo foi considerável, ensejando sofisticadas reflexões sobre o valor do processo administrativo para a atuação administrativa⁴³².

Assim, as propostas de codificação parcial do Direito Administrativo pelo processo administrativo decorreram de uma miríade de fatores. Além da própria influência dos debates nacionais sobre a codificação de diversos ramos do Direito, como indicado, o

funcionários saberão quais as normas a seguir, a fim de evitar irregularidades no processo. E os interessados terão os direitos assegurados, sabendo com antecedência qual o curso de suas demandas com a Administração”.

⁴²⁹ “O regime administrativo vigente entre nós pressupõe sempre a revisão dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, que poderá julgar da constitucionalidade e legalidade dos mesmos. Isto, porém, embora dê ao processo administrativo uma certa natureza autoritária, colocando a Administração como diretora e orientadora do processo administrativo, exige, por outro lado, uma restrita obediência às normas legais e uma disciplina indispensável à proteção dos atos administrativos contra o exame rigoroso da sua legalidade por parte do Judiciário. A experiência que temos tido desse regime não tem favorecido os interesses da Administração e da Fazenda Nacional. O Poder Judiciário custa a compreender a relativa desordem da qual se movimenta o processo administrativo. E daí, muitas vezes, atribuir-se ilegalidade onde houve, apenas, falta de uma norma reguladora do processo”. *Idem, ibidem.*

⁴³⁰ *Idem, ibidem.*

⁴³¹ São esses os Capítulos do Anteprojeto de Código de Processo Administrativo, de THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI: Capítulo I – Do processo administrativo em geral; Capítulo II – Do processo propriamente dito; Capítulo III – Dos prazos; Capítulo IV – Das Intimações; Capítulo V – Dos exames e vistorias; Capítulo VI – Das apreensões; Capítulo VII – Das decisões e despachos administrativos; Capítulo VIII – Das publicações; Capítulo IX – Dos recursos em geral; Capítulo X – Do recurso propriamente dito; Capítulo XI – Do pedido de reconsideração; Capítulo XII – Do recurso para os Ministros de Estado; Capítulo XIII – Da caução, depósito e fiança; Capítulo XIV – Da perempção; Capítulo XV – Dos atos que pressupõem a prescrição; Capítulo XVI – Inquérito administrativo; Capítulo XVII – Da prisão administrativa; Capítulo XVIII – Disposições gerais.

⁴³² A. B. COTRIM NETO, por exemplo, apresenta longa discussão sobre o Anteprojeto de Lei de THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI. Cf. **Código de Processo Administrativo. Sua Necessidade no Brasil**, 1985, p. 815-816.

panorama internacional contribuiu para que os administrativistas considerassem a existência de lei geral de processo administrativo no Direito Administrativo brasileiro. Dentre os principais autores estrangeiros cujos escritos motivaram o debate sobre a codificação do processo administrativo no Brasil, destacam-se RAFAEL BIELSA⁴³³, MARCELLO CAETANO⁴³⁴, ADOLFO MERKL⁴³⁵ e FRITZ FLEINER⁴³⁶. Some-se a isso o ímpeto de racionalização da atividade administrativa pela sistematização das normas procedimentais da Administração Pública, que tanto conferiria maior eficiência à gestão pública quanto diminuiria a margem de decisões administrativas revistas pelo Judiciário. Porém, a razão que mais se destaca nesse quadro corresponde ao incremento da garantia dos particulares frente ao Poder Público, o que seria propiciado pela uniformização das normas procedimentais, pelo estabelecimento de garantias mínimas de observância inescusável pelo Poder Público e pela superação da prática de ação administrativa pelo costume, margem esta propícia a arbitrariedades cometidas pela Administração.

O engajamento de THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCATI e MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO com o tema do processo administrativo reverberou em suas produções acadêmicas, que, em comum, propugnavam pela codificação do processo administrativo no Brasil. Nas palavras de THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCATI, “[a] *codificação do processo, pelo menos em sua parte geral, é possível e necessária, portanto, porque uniformiza e consolida as normas fundamentais do processo*”⁴³⁷.

A partir de então, o tema da codificação do processo administrativo entraria em longo repouso normativo para somente na década de 1990 ser reavivado. É digno de nota o papel da doutrina nesse período, com especial destaque para a obra *A Processualidade no Direito Administrativo*, de ODETE MEDAUAR⁴³⁸, que colocou o processo administrativo

⁴³³ **Derecho Administrativo**, 1964, e, do mesmo autor, **El Recurso Jerárquico: su institución y su régimen jurídico**, 1964.

⁴³⁴ **A Codificação Administrativa em Portugal**, 1935.

⁴³⁵ **Teoría General del Derecho Administrativo**, 1935.

⁴³⁶ **Instituciones de Derecho Administrativo** 1933.

⁴³⁷ **A Unificação das Normas de Processo Administrativo**, 1978, p. 4.

⁴³⁸ Trata-se da obra de maior referência no tema do processo administrativo no Brasil. Originalmente apresentada como tese na Faculdade de Direito da USP em 1990, a obra foi publicada em 1993 e em 2008 foi lançada a segunda edição. Dentre as publicações mais recentes, destacam-se a obra coordenada juntamente com VITOR RHEIN SCHIRATO **Atuais Rumos do Processo Administrativo**, 2010, na qual publicou o artigo **O Princípio da Razoável Duração do Processo**, e a coletânea organizada pela autora **Processo Administrativo – aspectos atuais**, 1998, na qual publicou o artigo **Bases do Processo Administrativo**, além do artigo **Administração Pública: do ato ao processo**, 2009.

como pauta necessária para o aperfeiçoamento do Direito Administrativo brasileiro⁴³⁹. Também são valiosas as lições de CARLOS ARI SUNDFELD⁴⁴⁰ e de CAIO TÁCITO para o desenvolvimento da doutrina do processo administrativo no Brasil. De fato, as *leis gerais de processo administrativo* tomariam o seu lugar no Direito Administrativo brasileiro tardiamente, em um cenário político democrático e no contexto da Reforma do Estado engendrada para contornar o cenário de crise fiscal por meio de um programa regulatório inédito, com impacto direto no funcionamento da máquina do Estado.

No dia 17 de outubro de 1995, foi editada a Portaria 1.404 do Ministério da Justiça pelo então Ministro NELSON JOBIM, por iniciativa de seu assessor à época, GILMAR FERREIRA MENDES, para constituir Comissão de Juristas para elaborar o anteprojeto daquela que se tornaria a *Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99)*^{441 442}. A

⁴³⁹ A própria autora reconhece o papel da doutrina no desenvolvimento da teoria do processo administrativo. Ao reproduzir trecho da primeira edição da obra *A Processualidade no Direito Administrativo*, quando ainda inexistiam as leis gerais de processo administrativo, ODETE MEDAUAR deixa claro a importância da doutrina no tema: “[o] trecho abaixo, em itálico, figurou na 1ª edição deste livro, publicado em 1993. Agora é reproduzido com a finalidade de ressaltar, de um lado, as vozes doutrinárias que antes da Constituição de 1988 (e bem antes), e depois dela (a autora deste livro, em 1993) propunham a codificação do processo administrativo no Brasil, de outro lado, para retratar a situação de inexistência de lei geral de processo administrativo”. **A Processualidade no Direito Administrativo**, 2008, p. 195.

⁴⁴⁰ CARLOS ARI SUNDFELD foi um dos primeiros administrativistas a se dedicar sobre o tema do processo administrativo, sendo a sua produção acadêmica anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 considerada de grande contribuição para o desenvolvimento do tema no Direito Administrativo brasileiro. É essa a opinião, por exemplo, de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, 2012, p. 329. Neste período, destacam-se os seguintes artigos de CARLOS ARI SUNDFELD: *A Importância do Procedimento Administrativo e Procedimentos Administrativos de Competição*, ambos de 1987. Com relação às publicações mais recentes sobre o tema, além da obra **As Leis Gerais de Processo Administrativo. Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**, coordenado pelo autor juntamente com GUILLERMO ANDRÉS MUÑOZ, cf.: **Processo Administrativo: um debate sobre o problema de sua conceituação e classificação**, 2011; **O Processo Administrativo e seu Sentido Profundo no Brasil**, 2011; **O Devido Processo na Execução de Termo de Ajustamento de Conduta**, 2008; **Processo Administrativo: um diálogo necessário entre Estado e Cidadão**, 2006; **Lei da Concorrência e Processo Administrativo: o direito de defesa e o dever de colaborar com as investigações**, 2001; **Processo e Procedimento Administrativo no Brasil**, 2000.

⁴⁴¹ A descrição que a seguir será feita toma por base o item 58 – *A elaboração do anteprojeto de lei do processo administrativo federal* (p. 199 e ss.) da obra **A Processualidade no Direito Administrativo**, de ODETE MEDAUAR, a que remetemos o leitor para maiores detalhes e, principalmente, para tomar contato com uma narrativa direta, de quem participou ativamente da edição da Lei Federal de Processo Administrativo na qualidade de relatora dos trabalhos.

⁴⁴² No relato de LUIZ CARLOS BRESSER-PEREIRA, “[a] conduta do gestor público deve ser legal e de resultados ao mesmo tempo. Durante o debate da emenda constitucional e das leis que a complementaram procuramos deixar isso claro. Estimulado por PAULO MODESTO, meu notável e jovem assessor jurídico, cuja indicação devo a meu velho amigo e grande jurista CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, constituiu comissão de juristas, em parceria com o Ministério da Justiça, para disciplinar o processo administrativo da União. O trabalho da comissão produziu um texto aprovado pelo Congresso Nacional sem qualquer alteração, o que não é fato comum (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999). Esse diploma depois amplamente copiado e desenvolvido nos Estados, demonstrando que uma gestão eficiente não pode deixar de contar com procedimentos regulares e previsíveis, que dificultem casuísmos e a corrupção do aparelho estatal”. **Os Primeiros Passos da Reforma Gerencial do Estado de 1995**, 2008, p. 152-153.

Comissão de Juristas era composta por CAIO TÁCITO (coordenador), ODETE MEDAUAR (relatora), DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ALMIRO DO COUTO E SILVA, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, bem como os seguintes juristas, integrados à Comissão por meio da Portaria conjunta 47/96 do Ministério da Justiça e do Ministério de Administração e Reforma do Estado: ADILSON ABREU DALLARI, JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS, PAULO EDUARDO MODESTO E CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA⁴⁴³.

Definidas as linhas gerais que norteariam a elaboração da lei de processo administrativo, logo na segunda reunião da Comissão de Juristas a relatora ODETE MEDAUAR apresentou a minuta do anteprojeto a partir da qual os debates se travariam. No dia 16 de agosto de 1996, ocorreu a última reunião da Comissão de Juristas e, dez dias depois, o coordenador dos trabalhos, CAIO TÁCITO, submeteu o texto final do anteprojeto ao Ministro da Justiça, juntamente com a exposição de motivos elaborada pelo mesmo⁴⁴⁴. Pela Mensagem 1.002/96⁴⁴⁵, o anteprojeto da Lei Federal de Processo Administrativo foi

⁴⁴³ Os textos da Portaria 1.404/95 do Ministério da Justiça e da Portaria conjunta 47/96 do Ministério da Justiça e do Ministério de Administração e Reforma do Estado encontram-se no **Diário da Câmara dos Deputados**, 16 de maio de 1998, p. 12.907-12.908. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16MAI1998.pdf?#page=72>. Acesso em 27 de junho de 2013.

⁴⁴⁴ A exposição de motivos da Lei 9.784/99 encontra-se disponível no vol. 99 da *Revista de Direito Administrativo*, 1991, p. 188-203. De autoria da ADILSON DALLARI, da referida exposição de motivos é extraída a seguinte passagem: “(...) *as normas constitucionais reclamam a edição de lei mais ampla que, dando concreção aos princípios da Administração, regule, de um lado, os requisitos, os efeitos, a invalidade e o prazo para produção de atos administrativos, e, de outro, discipline os procedimentos administrativos, aí incluídos os recursos. Por isto, julgamento que não estaríamos cumprindo a honrosa missão que nos foi confiada se não aceitássemos o desafio de elaborar um anteprojeto de Lei de Procedimento Administrativo do Estado de São Paulo. Ao adotar uma lei com tal perfil, o Estado de São Paulo, fiel às suas tradições, estará inovando significativamente no universo jurídico brasileiro. Em primeiro lugar porque – pela primeira vez em nossa história – estará reconhecendo que uma reforma administrativa, para ser efetiva, não pode limitar-se ao rearranjo dos entes que compõem a estrutura do Estado: deve ocupar-se também do modo como agem quotidianamente estes entes e do modo como se relacionam com os cidadãos. Em segundo lugar porque, com os novos mecanismos, a Administração terá melhores e reais condições de realizar o interesse público com integral respeito aos direitos e interesses dos particulares, o que é pressuposto de uma sociedade civilizada. Ainda, porque o Estado dispõe-se a solver administrativamente seus conflitos com os particulares, poupando, a estes, o vexame de serem obrigados a recorrer ao Poder Judiciário para verem respeitados seus mais indiscutíveis direitos e, àquele, os ônus das demandas judiciais inúteis*”. *Idem*, p. 189.

⁴⁴⁵ Enviada pelo Presidente da República à Câmara dos Deputados, o conteúdo da Mensagem 1.002/96 foi redigido pelos então Ministros NELSON JOBIM e LUIZ CARLOS BRESSER-PEREIRA, respectivamente do Ministério da Justiça e do Ministério de Administração e Reforma do Estado, acompanhada da Exposição de Motivos 548/96, cujo seguinte trecho se destaca: “[s]ubmetemos à consideração de Vossa Excelência o anexo Projeto de Lei, que objetiva regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Os expoentes do Direito Administrativo Brasileiro há muito propugnam pela codificação desse ramo jurídico, lamentando, inclusive, que não se tenha realizado com o advento da Constituição de 1988. O Projeto de Lei ora apresentado configura um marco na busca da codificação do Direito Administrativo, significando o primeiro passo para essa providência. (...) Estamos convictos, senhor Presidente, de que a lei proposta poderá propiciar à Administração e aos cidadãos maior segurança e facilidade na observância e

encaminhado à Câmara dos Deputados, onde se transformou no Projeto de Lei 2.464/96 no dia 5 de novembro de 1996⁴⁴⁶.

Por meio do Ofício 536/96, o Deputado NELSON OTOCH encaminhou pedido à Mesa Diretora da Câmara dos Deputados de apensamento de projeto de Lei 2.464/96 ao Projeto de Lei 2.097, que “*dispõe sobre os atos e procedimentos da Administração Pública direta e indireta, e dá outras providências*”, proposto em 1996 pelo Deputado RÉGIS OLIVEIRA (PFL/SP), por tratarem de matéria conexa. O pedido foi acatado pelo então Presidente da Mesa, LUÍS EDUARDO MAGALHÃES⁴⁴⁷. Na verdade, o Projeto de Lei de RÉGIS DE OLIVEIRA⁴⁴⁸ correspondia quase que integralmente à minuta original da Lei Paulista de Processo Administrativo (Lei paulista 10.177/98), cujo seguinte trecho da *justificativa* do projeto bem sintetiza o ímpeto da proposta:

“[a] *Administração Pública brasileira ressen-te-se de regras escritas estabelecendo as normas gerais de sua atuação e relacionamento com os particulares. A normação administrativa genérica circunscreve-se basicamente às leis sobre licitações e contratos, aos estatutos dos servidores públicos e às leis disciplinadoras da Administração Indireta. (...) A variedade dos atos administrativos praticados no âmbito dessas relações tem feito com que muitos deles tenham sua regulação legal específica. Porém, em numerosas situações a lei limita-se a enunciar a regra de competência, conferindo à Administração o poder de agir, sem concomitantemente estabelecer as normas para a utilização do poder conferido. Esta lacuna gera dois graves perigos: de um lado, dificulta o controle hierárquico sobre os atos praticados, em prejuízo da eficácia da*

aplicação das normas administrativas, como defendia o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, ao argumentar favoravelmente a codificação do Direito Administrativo Brasileiro”. Cf. **Diário da Câmara dos Deputados**, 16 de maio de 1998, p. 12.908. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16MAI1998.pdf?page=72>. Acesso em 27 de junho de 2013.

⁴⁴⁶ Cf. **Diário da Câmara dos Deputados**, 14 de novembro de 1996, p. 29.713-29.716. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14NOV1996.pdf?page=65>. Acesso em 27 de junho de 2013.

⁴⁴⁷ Cf. **Diário da Câmara dos Deputados**, 9 de janeiro de 1997, p. 365. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09JAN1997.pdf?page=23>. Acesso em 25 de junho de 2013.

⁴⁴⁸ A íntegra do Projeto de Lei 2.097/96 encontra-se no **Diário da Câmara dos Deputados**, 26 de julho de 1996, p. 21.372-21.381. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD26JUL1996.pdf?page=52>. Acesso em 25 de junho de 2013.

ação administrativa, e, de outro, sujeita os particulares a um poder que, por ser exercido de modo desordenado, dificilmente encontra limites”⁴⁴⁹.

No dia 15 de abril de 1998, após encaminhamento de pedido de urgência pelo Presidente da República⁴⁵⁰, o Projeto de Lei 2.464/96 recebeu parecer favorável à aprovação pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP), com emenda aditiva para acréscimo do art. 68 à minuta, nos seguintes termos: “[a]s sanções, a serem aplicadas por autoridade competente, terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurando sempre o direito de defesa”⁴⁵¹. A análise do Relator Deputado LUCIANO CASTRO do PL 2.464/96 se deu a partir do confronto desta proposta com o PL 2.097/96, capitaneado pelo Deputado RÉGIS DE OLIVEIRA. Salientando que a principal diferença entre ambas as alternativas de disciplina legal do processo administrativo residia no grau de detalhamento, o Relator entendeu que o formato do Projeto de Lei 2.097/96 melhor se adequaria no conceito de “norma inferior”, no âmbito de cada esfera federativa⁴⁵². Assim, o Projeto de Lei 2.097/96 terminou por ser rejeitado pela CTASP, prevalecendo a solução jurídica da proposta oriunda da Comissão de Juristas organizada pelo Executivo e que viria a se tornar a Lei Federal de Processo Administrativo.

⁴⁴⁹ *Idem*, p. 21.378. A justificativa, porém, é de autoria de CARLOS ARI SUNDFELD, CLÓVIS BEZOS e RUY HOMEM DE MELLO LACERDA. Cf. **Diário da Câmara dos Deputados**, 16 de maio de 1998, p. 12.909. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16MAI1998.pdf?#page=72>. Acesso em 27 de junho de 2013.

⁴⁵⁰ Cf. **Diário do Senado Federal**, 10 de novembro de 1998, p. 15.364. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=13573&seqPaginaInicial=1&seqPaginaFinal=72>. Acesso em 27 de junho de 2013.

⁴⁵¹ *Idem*, p. 12.910. Esta é a justificativa para a alteração apresentada pelo Relator Deputado LUCIANO CASTRO: “[p]arece-nos ainda que o texto do apensado poderia ser enriquecido com a determinação de que as sanções a serem aplicadas ao agente público por autoridade competente serão de natureza pecuniária ou consistirão de obrigação de fazer ou de não fazer. Isto é importante para vincular a aplicação de sanções à forma legal. Dever-se-ia também explicar a garantia do direito fundamental de defesa por parte do agente alcançado pelo procedimento de apuração de eventual responsabilidade civil, por culpa ou dolo”. *Idem*, p. 12.909-12.910. A redação final da Lei 9.784/99 contempla a proposta de alteração da CTASP, da Câmara de Deputados, em seu art. 68.

⁴⁵² Nos termos do voto do Relator Deputado LUCIANO CASTRO, “[o]bserva-se apenas uma diferença de ênfase entre os contextos dos projetos de lei indicados: o principal desce a maiores detalhes, especificidades e aspectos processuais peculiares que estariam mais apropriadamente colocados em norma inferior, no âmbito de cada Poder; o apensado [Projeto de Lei 2.464/96] concentra-se na enunciação dos fundamentos e diretrizes a serem observados pelos agentes públicos, assim como orienta a formulação dos instrumentos normativos complementares. Optamos, portanto, por esta segunda opção, cuja forma redacional, aliás, apresenta-se mais direta e concisa”. *Idem*, p. 12.909.

Mas o PL 2.464/96 ainda passaria por alguns episódios até a sua votação, no dia 27 de outubro de 1998, na Câmara dos Deputados. No âmbito da Comissão de Constituição, Justiça e Redação (CCJR), o Partido dos Trabalhadores (PT) se opôs ao projeto proveniente do Executivo, de gestão do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), argumentando que as alterações propostas visavam ao aperfeiçoamento de ambos os projetos, resultando em uma síntese produtiva,

“[n]ão uma síntese que questione o âmago, a essência do projeto do Governo, mas que seja capaz de contemplar alguns esquecimentos dos referidos projetos. Ela busca aperfeiçoar, trazer mais elementos que esclareçam, busca fazer do processo administrativo um processo capaz de prever as suas fases e os seus momentos, com a maior transparência possível, dando permissão e condições àqueles que dele não utilizar-se para que o utilizem da maneira mais eficaz, mais eficiente e capaz de preservar seus direitos, sobretudo os administrados nas suas relações com a administração”⁴⁵³.

Assim, a Deputada JOANA D’ARC (PT) apresentou emenda substitutiva global à CCJR (Emenda Substitutiva n.º 1) em que os textos de ambos os projetos de lei sobre a codificação federal do processo administrativo foram misturados para compor uma única proposição, como uma colcha de retalhos formada por fragmentos descontextualizados das minutas. O parecer da CCJR foi apresentado ao Plenário da Câmara dos Deputados pelo Deputado ALOYSIO NUNES FERREIRA, designado para ler o parecer do Relator Deputado DJALMA DE ALMEIDA CESAR, em substituição à CCJR. Os principais pontos do parecer podem ser assim sintetizados: (i) rejeição do PL 2.097/96, tendo em vista que a Constituição confere competência privativa à União para disciplinar sobre processo

⁴⁵³ Cf. manifestação do Deputado MARCELO DÉDA (PT) nas discussões sobre o PL 2.464/96. **Diário da Câmara dos Deputados**, 28 de outubro de 1998, p. 24.270. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD28OUT1998.pdf#page=86>. Acesso em 27 de junho de 2013. O principal objetivo do PT com a apresentação de uma nova alternativa ao PL 2.464/96 era mesmo marcar a posição partidária no debate, como deixou claro o líder do PT à ocasião, Deputado MARCELO DÉDA: “Sr. Presidente, preferimos não propor a retirada, mas sim, enfrentar o debate de um projeto cujo objeto é, sem dúvida alguma, relevante, o de disciplinar os procedimentos das relações entre administrados e administração. Temos uma proposta que altera pontos da matéria que será submetida a votos. Se houver compromisso dos Líderes em nos oferecer a assinatura para que a nossa emenda substitutiva global possa ir a votos, votaremos a nossa emenda, não complicaremos a tramitação, porque temos interesse em marcar a nossa posição partidária. Ainda que não tenho notícia se a emenda já foi protocolada. Se a emenda foi recebida, retiraremos o requerimento e iremos à votação, comprometendo-nos em não verificar o quórum, apenas marcaremos a nossa posição partidária”. *Idem*, p. 24.227.

administrativo e, assim, uma lei menos detalhista, como a propugnada pelo PL 2.464/96, seria mais conveniente⁴⁵⁴; (ii) posicionamento favorável à emenda aprovada na CTASP, quanto à inclusão do art. 68 ao texto original para disciplina das sanções administrativas; (iii) rejeição da emenda substitutiva global apresentada pela Deputada JOANA D'ARC (PT) à CCJR, pois “na tentativa de aglutinar os textos dos projetos n.ºs 2.097 e 2.464, ambos de 1996, criou-se uma figura híbrida de difícil compreensão”⁴⁵⁵; e (iv) aprovação do PL 2.464/96. A CCJR também apresentou uma emenda ao PL 2.464/96, figurando como a Emenda n.º 1, de seguinte redação:

“Emenda n.º 1

O art. 1º, caput, e alínea a do §2º deste artigo e o caput do art. 2º passam a ter a seguinte redação:

‘Art. 1º. Esta lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo Federal direto e indireto visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

(...)

§2º (...)

a) órgão – a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta;’

‘Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência’⁴⁵⁶.

No dia 27 de outubro de 1998, as discussões sobre a futura Lei Federal de Processo Administrativo foram conduzidas no Plenário do Congresso Nacional. Primeiramente, o requerimento de destaque do PL 2.464/96 foi prejudicado e definiu-se que este seria objeto de votação no lugar do PL 2.097/96, ainda que este figurasse na pauta do Plenário. O Deputado MARCELO DÉDA (PT) apresentou emenda substitutiva global (Emenda Substitutiva n.º 2), correspondente à primeira emenda substitutiva global da Deputada

⁴⁵⁴ Outro argumento considerado corresponde à terminologia adotada pelos projetos de lei ao fenômeno processual na Administração Pública: “[o]utro aspecto importante a ser observado é a terminologia empregada nessa proposta, pois esta [PL 2.097/96] refere-se a procedimento, quando a Constituição fala em processo administrativo”. *Idem*, p. 24.246.

⁴⁵⁵ *Idem*, p. 24.248.

⁴⁵⁶ *Idem*, p. 24.251.

JOANA D'ARC (PT) à CCJR. Submetida à votação, a Emenda Substitutiva n.º 2 foi rejeitada pelo fato de seu texto ser “*híbrido e de difícil compreensão*”, porém, com votos favoráveis e vencidos do PPS, PC do B, PT e PSB. Na sequência, as emendas foram discutidas e unanimemente aprovadas, quais sejam, a Emenda do CTASP de acréscimo do art. 68 à redação final para disciplina das sanções administrativas e a Emenda do CCJR, acima reproduzida. Com a nova redação, o PL 2.464/96 foi submetido à votação e aprovado, com votos contrários do PT, PSB, PPS e PC do B. Por fim, foi votado o §3º do art. 59 do PL 2.464/96, destacado e duramente criticado pelos Deputados durante a rodada de discussão, que assim dispunham: “[d]ecorrido o prazo sem que tenha sido tomada decisão, considera-se indeferido o recurso”. Por unanimidade, os Deputados se opuseram à manutenção do dispositivo. Pronta a redação final, a mesma foi submetida a votos e aprovada.

No dia 5 de novembro de 1998, o PL 2.464/96 foi remetido ao Senado Federal (Ofício PS-GSE/158/98) e nesta Casa passou a tramitar como Projeto de Lei da Câmara 41, de 1998 (PLC 41/98). Submetido à Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), nenhuma emenda foi dirigida ao PLC 41/98 e, na Sessão Plenária de 7 de janeiro de 1999, foi feita a leitura do parecer favorável à aprovação pelo Relator Senador FRANCELINO PEREIRA (PFL)⁴⁵⁷. No mais, a discussão em Plenário foi marcada por manifestações de grande apreço pelo texto do Projeto de Lei providas dos Senadores GERSON CAMATA (PMDB) e ARTUR DA TÁVOLA (PSDB), com especial destaque para o valor daqueles que compuseram a Comissão de Juristas para elaboração do anteprojeto de lei. Inclusive, a Bancada da Oposição, na pessoa do Senador EDUARDO SUPLYCY (PT), recomendou a votação favorável⁴⁵⁸. Na mesma sessão o projeto foi aprovado e encaminhado à sanção presidencial. A Lei 9.784/99, a Lei Federal de Processo Administrativo, foi publicada em 29 de janeiro de 1999.

⁴⁵⁷ Cf. **Diário do Senado Federal**, 8 de janeiro de 1999, p. 312. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=12536&seqPaginaInicial=1&seqPaginaFinal=295>. Acesso em 27 de junho de 2013.

⁴⁵⁸ Segundo o Senador EDUARDO SUPLYCY, “[é] inequívoca a necessidade de estabelecer regras jurídicas claras para o processo administrativo no âmbito da Administração Pública. Como bem lembra o Presidente da República, em sua mensagem: ‘(...) os expoentes do Direito Administrativo Brasileiro há muito propugnam pela codificação desse ramo jurídico, lamentando inclusive que não se tenha realizado com o advento da Constituição de 1988’. O anteprojeto que embasou a formatação da proposição é fruto do trabalho de uma comissão de juristas do mais alto nível, composta de ilustres administrativistas, processualistas e constitucionalistas. Para melhor compreensão da proposição, em seu teor, a brilhante síntese do Professor Caio Tácito, reproduzida na referida mensagem presidencial, explica a pertinência da proposição”. *Idem, ibidem*.

II.3.1.2. Leis estaduais e municipais de processo administrativo

O movimento de codificação do processo administrativo não ficou restrito à esfera federal, mas também se fez presente nos âmbitos estadual e municipal. Aliás, as primeiras leis gerais de processo administrativo são estaduais: a Lei Sergipana de Processo Administrativo, editada em 26 de dezembro de 1996 (Lei Complementar 33/96), e a Lei Paulista de Processo Administrativo, de 30 de dezembro de 1998 (Lei 10.177/98).

De acordo com o sistema de repartição de competências constitucional, compete privativamente à União legislar sobre direito processual (art. 22, inc. I, CF/88)⁴⁵⁹, enquanto é competência concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios legislar concorrentemente sobre procedimento em matéria processual (art. 24, inc. XI, CF/88)⁴⁶⁰. A interpretação que segue, amplamente acatada pela doutrina, é pelo reconhecimento de competência legislativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para disporem sobre suas próprias leis gerais de processo administrativo, cujo âmbito de incidência limita-se à correspondente esfera federativa. Na medida em que o processo administrativo se configura como uma modalidade de procedimento, todos os entes federados encontrar-se-iam legitimados a editar suas correspondentes leis gerais de processo administrativo. Embora precisa, esta interpretação pode ser analisada por outra perspectiva, considerando o atual valor do processo administrativo.

Incorreria em contradição defender a emancipação do processo administrativo e logo na sequência diferenciar, para fins de hermenêutica constitucional, o processo administrativo do processo civil ou mesmo do processo penal. Como sustentado, o processo administrativo tem hoje o mesmo valor jurídico que qualquer outro processo judicial. Ocorre que esta não era a leitura da atividade processual administrativa da Constituinte, que reconhecia como direito processual somente os processos judiciais

⁴⁵⁹ É o texto do art. 22, inc. I, da Constituição Federal: “Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”. Destaquei.

⁴⁶⁰ É o texto do art. 24, inc. XI, da Constituição Federal: “Art. 24 – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XI – procedimentos em matéria processual;”.

típicos, enquanto o processo administrativo melhor se encaixaria na figura do procedimento administrativo, portanto, de competência concorrente nos termos do art. 24 da Constituição.

A Constituição Federal diferenciou processo de procedimento no art. 22, inc. I, e no art. 24, inc. XI, ensejando diferenciação entre normas puramente procedimentais e normas processuais *stricto sensu*⁴⁶¹. É necessário ter em vista que a distinção entre processo e procedimento não foi endereçada ao Direito Administrativo, para diferenciar processo de procedimento administrativo, mas seguiu a doutrina de direito processual civil. Tomando-se o entendimento de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, o procedimento é parte integrante do processo, juntamente com o vínculo dinâmico e complexo entre os sujeitos processuais autor, réu e juiz. Para o autor, o procedimento corresponde a uma “*série de atos coordenados a partir de atos coordenados a partir de uma iniciativa de parte (demanda) e direcionados a um provimento do juiz (no processo de conhecimento, sentença de mérito)*”⁴⁶². Processo e procedimento não seriam, portanto, fenômenos apartados na medida em que o procedimento integra o conceito de processo. Assim, as normas processuais *stricto sensu* voltar-se-iam a definir poderes, deveres, faculdades, ônus e sujeições dos sujeitos processuais, enquanto as normas puramente procedimentais se incumbiriam do desenho das atividades a serem desenvolvidas para satisfação do processo⁴⁶³.

De acordo com esse raciocínio, é inadvertido relacionar categoricamente a atividade processual administrativa ao art. 24, inc. XI, tão somente porque o preceito faz uso da expressão “*procedimento*”, seja porque desconsidera o sentido atribuído pelo Constituinte na diferenciação entre processo e procedimento, seja porque endossa o entendimento tradicional de que a atividade processual administrativa nada mais seria que

⁴⁶¹ Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. II, 2013, p. 32.

⁴⁶² *Idem*, p. 34.

⁴⁶³ Esta é a síntese do seguinte entendimento de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “[é] **preciso penetrar no pensamento do constituinte e, em consonância com o sistema processual como um todo, buscar o significado útil da distinção (interpretação sistemática).** Dado que no processo entrelaçam-se o procedimento e a relação jurídica vinculativa de seus sujeitos, entende-se que as normas processuais *stricto sensu* seriam os preceitos destinados a definir os poderes, deveres, faculdades, ônus e sujeição dos sujeitos processuais (relação jurídica processual), sem interferir no desenho das atividades a realizar (procedimento). Normas procedimentais, nesse contexto, seriam aquelas que descrevem os modelos a seguir nas atividades processuais, ou seja, (a) o elenco de atos que compõem cada procedimento, (b) a ordem de sucessão a presidir a realização desses atos, (c) a forma que deve ser observada em cada um deles (modo, lugar e tempo) e (d) os diferentes tipos de procedimentos disponíveis e adequados aos casos que a própria norma estabelece”. *Idem, ibidem*. Destaquei.

uma atividade procedimental, um procedimento que “*não tem por função específica a tutela de direitos, porque não se restringe à solução de conflitos de interesses e, mesmo quando isto ocorre, nem sempre as decisões têm a força de encerrar os litígios*”⁴⁶⁴. A questão da competência legislativa para edição de leis gerais de processo administrativo mostra-se um tanto mais sofisticada.

As bases do Direito Processual Civil centram-se na tríade jurisdição, processo e procedimento. Este é o raciocínio constitucionalizado e que necessariamente deve ser enfrentado e analisado pelo ângulo do Direito Administrativo. Nessa perspectiva, mais adequado é tomar a *processualidade ampla* como referência para interpretação do art. 22, inc. I, e do art. 24, inc. XI, da Constituição Federal. Opondo-se à limitação do processo apenas no âmbito jurisdicional, a processualidade ampla pressupõe o reconhecimento do fenômeno processual também na esfera administrativa⁴⁶⁵, que se traduz na conjunção de processos e procedimentos conduzidos pelo Poder Público⁴⁶⁶. Os mencionados preceitos constitucionais, em conjunto, fazem alusão ao fenômeno processual na Administração Pública que se desenvolve indistintamente na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios. Assim, imperativo reconhecer a competência legislativa concorrente para edição de leis gerais de processo administrativo.

⁴⁶⁴ Cf. RAIMUNDO NONATO FERNANDES, **Do Procedimento Disciplinar na Função Pública**, 1981, p. 57. De fato, é de se notar que a expressão “*procedimento administrativo*” foi a mais empregada pelos administrativistas brasileiros para fazer menção ao fenômeno processual no âmbito da Administração Pública, dada a denominação empregada por significativa parcela de sistemas jurídicos de direito comparado em razão da dualidade de jurisdição: enquanto o termo “*processo administrativo*” seria correspondente aos processos envolvendo o Poder Público tramitados na jurisdição comum, “*procedimento administrativo*” faria juz àqueles travados no âmbito da Administração Pública, tenham ou não caráter litigioso. É o que se depreende da seguinte afirmação de A. B. COTRIM NETO, quando se propõe a discutir “*a confusão terminológica entre ‘processo’ e ‘procedimento’*”: “[c]om referência, ainda, ao nomen juris por atribuir a uma lei que de faça para corresponder aos propósitos objeto deste estudo – *Código de Processo ou de Procedimento Administrativo – temos de reconhecer que a segunda denominação foi adotada por toda a parte*”. **Código de Processo Administrativo. Sua Necessidade no Brasil**, 1985, p. 821.

⁴⁶⁵ Cf. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, **Ensaio sobre o Processo como Disciplina do Exercício da Atividade Estatal**, 2007, p. 262-263.

⁴⁶⁶ Mais uma vez retoma-se o trauma da orfandade precoce do Direito Administrativo brasileiro ao contencioso administrativo. Nos países que adotam a dualidade de jurisdição, existe utilidade na diferenciação entre processo e procedimento administrativo para fins de determinação da competência para apreciação dos litígios envolvendo a Administração Pública: os *processos administrativos* são tramitados na Justiça Comum, enquanto os *procedimentos administrativos* são conduzidos no âmbito da Justiça Especial, a jurisdição administrativa. De acordo com o critério da competência, a diferenciação entre processo e procedimento se esvazia no Direito Administrativo brasileiro. Esta é, portanto, mais uma razão para aproximar ambas as figuras as hermenêutica constitucional e reconhecer a competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios para editarem suas próprias leis gerais de processo administrativo.

A interpretação da autonomia dos entes federados para editarem suas próprias leis gerais de processo administrativo também decorre da *autonomia administrativa* pressuposta no pacto federativo fixado no art. 18 da Constituição Federal. A abrangência de uma lei geral de processo administrativo vai além de disposições formais sobre o *iter* procedimental e alcança elementos inerentes à autonomia administrativa, como a estruturação de órgãos e entes administrativos, assim como o exercício da função administrativa internamente ao ente federado. Desse modo, uma lei geral de processo administrativo assemelha-se a um *código da atividade administrativa*, a qual se compõe pela disciplina jurídica da função e da estrutura administrativa.

Assim, diversos foram os Estados que editaram suas leis gerais de processo administrativo, fenômeno que se acentuou após o advento da Lei 9.784/99, na esfera federal. A tabela abaixo sistematiza o movimento de codificação do processo administrativo na esfera estadual:

Tabela 03 – Leis gerais de processo administrativo nos Estados

Estado	Instrumento normativo	Estrutura análoga à Lei 9.784/99?
SE	Lei Complementar 33, de 26 de dezembro de 1996	Não
SP	Lei 10.177, de 30 de dezembro de 1998	Não
AL	Lei 6.161, de 22 de junho de 2000	Sim
GO	Lei 13.800, de 18 de janeiro de 2001	Sim
PE	Lei 11.781, de 06 de junho de 2001	Sim
MG	Lei 14.184, de 30 de janeiro de 2002	Sim
MT	Lei 7.692, de 01 de julho de 2002	Sim
AM	Lei 2.794, de 06 de maio de 2003	Sim
RR	Lei 418, de 15 de janeiro de 2004	Sim
RN	Lei Complementar 303, de 09 de setembro de 2005	Sim
RJ	Lei 5.427, de 01 de abril de 2009	Sim
MA	Lei 8.959, de 08 de maio de 2009	Sim*
BA	Lei 12.209, de 20 de abril de 2011	Sim*

Fonte: elaboração própria.

Ainda não dispõem de lei geral de processo administrativo na esfera estadual os seguintes Estados: AC, AP, CE, DF, ES, MS, PA, PB, PR, PI, RS, RO, SC e TO.

* Apesar da estrutura análoga à Lei federal 9.784/99, nessas leis encontram-se previsões inéditas ou soluções jurídicas diversas em relação à Lei Federal de Processo Administrativo.

Da leitura da tabela é possível extrair considerações que auxiliam na análise da codificação do processo administrativo no Brasil.

Primeiramente, verifica-se que nem todos os Estados brasileiros dispõem de leis de processo administrativo. Há uma tendência à codificação do processo administrativo no Brasil, que, contudo, ainda se encontra em construção na esfera estadual. Como efeito da edição da Lei Federal de Processo Administrativo, bem como diante da iniciativa paulista de edição de sua lei de processo administrativo, vários Estados se articularam para editar suas próprias leis gerais de processo administrativo. Trata-se de um movimento no âmbito dos Estados ainda em construção. Nesse mesmo sentido, os Municípios brasileiros passaram a editar suas leis de processo administrativo nos moldes da Lei 9.784/99, a exemplo da lei paulistana de processo administrativo (Lei 14.141/06).

Tem-se, assim, um cenário nacional receptivo à codificação do processo administrativo, que pode ser ainda mais forte que a primeira leitura dos dados sugere. Isso porque a quase integralidade dos Estados brasileiros que codificaram o processo administrativo praticamente reproduziram a Lei Federal de Processo Administrativo em suas próprias leis estaduais de processo administrativo, ressalvadas pontuais exceções⁴⁶⁷.

A única lei que efetivamente destoa da Lei Federal de Processo Administrativo é a Lei Paulista de Processo Administrativo (Lei 10.177/98), editada um ano antes da Lei 9.784/99 e com histórico particularizado, protagonizado por CARLOS ARI SUNDFELD⁴⁶⁸. Segundo relata o administrativista, o mesmo propôs ao então Secretário da Justiça RUBENS APROBATO MACHADO e ao Procurador-Geral do Estado de São Paulo, SÉRGIO JOÃO FRANÇA, a constituição de uma Comissão para estudo e efetivação do art. 113 da Constituição Paulista, segundo a qual “*a lei deverá fixar prazos para a prática de atos administrativos e estabelecer recursos adequados a sua revisão*”. Assim, no início da

⁴⁶⁷ É o caso da Lei Maranhense de Processo Administrativo (Lei 8.959/2009), que, por exemplo, versa pormenorizadamente sobre o ato administrativo, com especial ênfase ao ato administrativo de caráter normativo. Ademais, a lei ainda prevê a atuação dos procuradores estaduais junto à atividade processual da Administração Pública maranhense, bem como especifica a formalização da publicação oficial e eletrônica dos provimentos administrativos. Outra exceção corresponde à Lei Baiana de Processo Administrativo (Lei 12.209, de 20 de abril de 2011), cujo art. 3º, §1º, determina que apenas a lei formal pode condicionar o exercício de direito, impor deveres ou prever infrações e sanções administrativas, na linha do art. 15 da Lei Paulista de Processo Administrativo (Lei 10.177/98). Esta lei é reconhecida pelo seu caráter garantista, sendo informada por preceitos que repudiam qualquer forma de tratamento discriminatório por parte da Administração Pública em razão de sexo, raça, cor, língua, religião, convicção política ou ideológica, nível de escolaridade, situação econômica ou condição social (art. 3º, §6º) e que garantem prioridade na tramitação dos processos administrativos cujo postulante ou interveniente tenha idade igual ou superior a sessenta anos, ou seja, portadora de necessidades especiais (art. 7º).

⁴⁶⁸ **Processo e Procedimento Administrativo no Brasil**, 2001, p. 17. A descrição que a seguir será feita toma por base o item 1 – *Significado das leis de processo administrativo* (p. 17 e ss.) do referido artigo, a que remetemos o leitor.

década de 1990 foi criada a Comissão presidida por CARLOS ARI SUNDFELD e composta por CLÓVIS BEZNOS e RUY HOMEM DE MELLO LACERDA. O anteprojeto de lei resultou dos trabalhos sobre a minuta redigida por CARLOS ARI SUNDFELD, o qual foi encaminhado ao Governador e submetido à consulta pública. Daí, o anteprojeto ficou adormecido por longo período até que o Governador MÁRIO COVAS o encaminhou ao Legislativo por meio da Mensagem 41/98. Na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, o anteprojeto de lei de processo administrativo se transformou no Projeto de Lei 191/98 e, em 30 de dezembro de 1998, foi editada a Lei Paulista de Processo Administrativo (Lei 10.177/98).

Uma particularidade da Lei Paulista de Processo Administrativo frente à Lei Federal 9.784/99 corresponde à previsão de procedimentos em espécie, quais sejam: procedimento de outorga, procedimento de invalidação, procedimento sancionatório, procedimento de reparação de danos, procedimento para obtenção de certidão, procedimento para obtenção de informações pessoais, procedimento para retificação de informações pessoais e procedimento de denúncia⁴⁶⁹. Conforme se verifica, não há previsão de processo administrativo para edição de regulamentos. Todavia, preceitos conexos à atividade normativa da Administração Pública encontram-se referenciados.

O primeiro exemplo que pode ser salientado corresponde à formalização para edição de regulamentos, que devem necessariamente seguir a forma de decreto; ter base em lei, interdita criação de infrações, sanções, deveres ou condicionamentos de direitos; serem referendados pelos Secretários de Estado das pastas correspondentes à temática do regulamento; serem acompanhados de exposição de motivos; e terem sua minuta previamente submetida a órgão jurídico (art. 15). Nessa linha, os atos normativos devem ser numerados em séries específicas, seguidamente, sem renovação anual (art. 14), e a publicação dos atos normativos não pode ser resumida (art. 17, *parágrafo único*). Ainda, o art. 20 da Lei Paulista de Processo Administrativo proíbe a delegação de competência para edição de atos normativos que regulem direitos e deveres dos administrados. A participação administrativa vem prevista no art. 30 da Lei Paulista de Processo Administrativo como instrumento à disposição de órgãos e entidades em matéria relevante – competência discricionária, portanto –, sendo que os resultados das audiências e

⁴⁶⁹ Cf. Capítulo III da Lei paulista 10.177/98.

consultas públicas devem ser acompanhados da indicação do procedimento adotado (art. 31).

No cenário estadual prevalecem, porém, leis gerais de processo administrativo análogas à Lei 9.784/99. Muitos ainda são os Estados que não codificaram seus processos administrativos. Contraditoriamente, a pesquisa indicou que a integralidade dos Estados e Distrito Federal dispõe de lei de processo administrativo disciplinar ou lei de processo administrativo fiscal, prosseguindo com a tradição do Direito Administrativo brasileiro de caracterização do processo administrativo por suas espécies procedimentais. Diante da lacuna normativa, esses Estados fazem uso hoje da Lei Federal de Processo Administrativo subsidiariamente. Mas seria esta uma alternativa juridicamente viável?

Da análise constitucional, foram alcançadas duas conclusões com relação ao movimento de codificação do processo administrativa: (i) o simples fato de a Constituição Federal aludir em seu art. 24, inc. XI, a procedimento não significa que seja automático o reconhecimento da competência legislativa para edição por Estados, Distrito Federal e Municípios de leis gerais de processo administrativo e (ii) é a adoção do conceito de processualidade ampla, em sintonia com a leitura de direito processual civil dos preceitos constitucionais, que permite afirmar a competência concorrente para edição de leis gerais de processo administrativo. Além dessas, mais uma solução se depreende do texto constitucional: aplica-se subsidiariamente a Lei Federal de Processo Administrativo às atividades processuais das Administrações que não disponham de lei geral de processo administrativo ou o conteúdo da lei, quando existente, ser insuficiente para garantir os direitos dos particulares, e apenas para este fim.

Ao determinar como de competência privativa à União legislar sobre processo (art. 22, inc. I), a Constituição termina por estabelecer uma obrigação positiva ao Legislativo federal de edição das normas de processuais imprescindíveis à efetivação de direitos, a exemplo do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal. Além de um comando de uniformização normativa, a norma constitucional pressupõe que a legislação seja editada para aplicação aos demais entes da federação. Na medida em que, como sustentado, a processualidade ampla determina competência legislativa concorrente para edição de leis gerais de processo administrativo, para o Direito Administrativo a segunda

interpretação do art. 22, inc. I, da Constituição – competência privativa como ônus legislativo positivo – é a mais consentânea. Assim, com relação ao processo administrativo, a Constituição fixa a competência da União para editar lei geral de processo administrativo que disponha sobre o modo de exercício de prerrogativas públicas pela Administração e suas sujeições, na conhecida chave autoridade *vs.* liberdade.

Na ausência de lei geral de processo administrativo, a Administração estadual, distrital ou municipal fará uso da Lei 9.784/99, pois o art. 22, inc. I, da Constituição atribui o ônus de legislação positiva do processo administrativo privativamente à União⁴⁷⁰. Isso interdita, por exemplo, que leis estaduais de processo administrativo sejam aplicadas para Municípios. O mesmo raciocínio vale para os casos de insuficiência de determinada lei geral de processo administrativo em garantir direitos oponíveis à Administração Pública. É o exemplo hipotético de uma lei que se autodenomina geral de processo administrativo, mas se limita a dispor sobre os casos de delegação ou avocação de competência administrativa.

A tendência à codificação do processo administrativo no Brasil é mais forte que uma primeira leitura dos dados sugere. Ressalvadas as exceções indicadas neste item, as leis gerais de processo administrativo seguem a conformação da Lei 9.784/99, a qual é aplicada subsidiariamente pelos entes federados que não dispõem de lei geral de processo administrativo. Pela análise empírica depreende-se que a lei federal de processo administrativo se comporta hoje praticamente como uma lei nacional, regendo significativa parcela da atividade administrativa no Brasil.

⁴⁷⁰ Partindo do pressuposto de diferenciação de normas de processo e de procedimento administrativo, BERNARDO STROBEL GUIMARÃES defende a aplicação das normas de processo (relativas a litígio) que se encontram na Lei 9.784/99 para Distrito Federal, Estados e Municípios, enquanto as normas de procedimento (relativas ao modo de exercício da função administrativa) da Lei 9.784/99 estariam adstritas à esfera federal. Esta é uma solução diferente da aqui defendida, que parte de outro critério de diferenciação entre processo e procedimento, mas digna de nota. A grande preocupação do autor é também a aqui esposada de garantia dos direitos individuais, o que legitimaria a extrapolação da Lei 9.784/99 para além da esfera federal. Em sintonia com o raciocínio desenvolvido na tese, defende o autor que “*é o exercício por parte da União de sua competência privativa para legislar sobre processo que vincula a aplicação direta da Lei nº 9.784/99 em todos os níveis da Administração Pública*”. **Âmbito de Validade da Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99) – para além da Administração Federal**, 2004, p. 13.

II.3.2. Fatores de influência da codificação do processo administrativo no Brasil

A descrição do movimento de codificação do processo administrativo no Brasil permite evidenciar o quanto de valor se atribuiu ao instituto especialmente após a promulgação da Constituição de 1988. Apesar do papel da doutrina na afirmação da relevância do processo administrativo na garantia de direitos individuais e na promoção de eficiência da atuação administrativa, apenas no final da década de 1990 as leis gerais de processo administrativo foram editadas. Oportuno questionamento para melhor compreensão da trajetória da codificação do processo administrativo no Brasil relaciona-se aos fatores que motivaram a edição das leis gerais de processo administrativo. Por que a demora na codificação do processo administrativo no Brasil? Por que apenas no final do século XX o Direito Administrativo brasileiro passou a dispor de leis gerais de processo administrativo, apesar da amadurecida experiência de sistemas jurídicos com os quais a doutrina nacional tradicionalmente dialoga?

Embora não seja possível afirmar categoricamente o que levou à edição das leis gerais de processo administrativo no Brasil, busca-se analisar aqueles que considero serem os principais fatores de impulsão do movimento de codificação do processo administrativo: o contexto democrático; a intensificação dos debates doutrinários sobre uma nova reconfiguração da atuação administrativa, cujo principal elemento não mais corresponda ao ato administrativo unilateral e imperativo; e a reforma regulatória, que contribuiu significativamente aos debates sobre a confluência dos sistemas de *civil law* e de *common law* no âmbito do Direito Administrativo brasileiro, lançando luzes ao processo administrativo.

II.3.2.1. O contexto democrático como cenário propício ao surgimento de leis de processo administrativo

Leis gerais de processo administrativo podem adquirir variadas estruturas e prezarem por objetivos diversos. Podem simplesmente explicitar a estrutura básica da Administração Pública, definindo competências e fixando o procedimento para tomada de

decisões organizatórias. Trata-se de uma lei de organização e funcionamento instrumental da Administração Pública, que, no Brasil, há tempos já poderia ter sido editada. Facilmente normas gerais sobre processo administrativo dessa natureza poderiam compor um Capítulo do Decreto-Lei 200/67, como, de fato, foi feito com relação ao processo de licitação⁴⁷¹. Escopos de uniformidade e centralização seriam melhor alcançados com este tipo de codificação do processo administrativo, corroborando com a eficiência na gestão pública. Mas uma *lei geral de processo administrativo garantista*, como são as leis gerais de processo administrativo no Brasil, apenas se viabilizaria em um contexto democrático.

De fato, diante de um quadro político autoritário, a compreensão do Direito Administrativo tradicionalmente se deu no Brasil a partir da estrutura, e não da função administrativa. Nesta visão, o processo administrativo seria um meio de realizar concretamente decisões já tomadas previamente pela lei⁴⁷². Em uma dinâmica praticamente mecânica, o limitado alcance do processo administrativo é evidente.

As ondas antidemocráticas que assolaram o cenário político brasileiro consubstanciaram-se em um obstáculo intransponível para a edição de leis que garantissem amplamente direitos aos administrados, oponíveis em todo e qualquer relacionamento com o Poder Público. A realização de processo administrativo não apenas racionaliza o agir da Administração, mas o submete a controle pelos interessados e pela sociedade em geral, assim como a formalização e a publicidade dos atos procedimentais contribuem para a transparência administrativa⁴⁷³. No que tange às garantias instrumentais do processo, o direito ao contraditório e à ampla defesa colocam o particular em uma posição de litigância com o Poder Público, que não se evidenciava nos períodos de ditadura. Suprimidas as garantias individuais, os particulares se encontravam em posição de sujeição absoluta às arbitrariedades públicas. De fato, é oportuno constatar que as leis especiais de processo administrativo existentes tutelavam de modo prioritário interesses econômicos (*e.g.*, a

⁴⁷¹ Dentre os Títulos do Decreto-Lei 200/67, figurava o Título XII – *Das Normas Relativas a Licitações para Compras, Obras, Serviços e Alienações*, revogado pelo Decreto-Lei 2.300/86.

⁴⁷² Cf. CARLOS ARI SUNDFELD, **Processo Administrativo: um diálogo necessário entre Estado e Cidadão**, 2006, p. 5.

⁴⁷³ Segundo FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, “[f]ruto da necessidade de maior legitimação pela sociedade e da introdução de regras e procedimentos para pautar a atividade regulatória, coloca-se a necessidade de que esta atividade seja exercida com absoluta transparência. Trata-se aqui do aprofundamento do princípio constitucional da publicidade. Aprofundamento porque enquanto a publicidade exige que se divulguem atos e informações, a transparência envolve a abertura de todo o processo decisório, não apenas do seu resultado. Cuida-se, pois, da radicalização e generalização dos instrumentos de publicidade”. **Balanco e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil**, 2005, p. 8.

licitação, a desapropriação e o processo administrativo fiscal) ou visavam a melhor instrumentalizar a máquina burocrática do Estado (*e.g.*, concurso público e processo administrativo disciplinar). Era conveniente à perseverança das ditaduras a ausência de uma lei geral de processo administrativo⁴⁷⁴.

O processo de redemocratização do Brasil não se finaliza com a promulgação da Constituição de 1988, pelo contrário, trata-se de um processo contínuo e ainda em curso, que se afirma em cada conquista democrática. A edição das leis gerais de processo administrativo é uma dessas conquistas democráticas.

Um dos principais objetivos na edição das leis gerais de processo administrativo correspondia à afirmação de direitos individuais oponíveis ao Poder Público, em direta contraposição ao cenário anteriormente verificado na ditadura militar de supressão de garantias e de superioridade absoluta da Administração nas relações jurídico-administrativas. A democratização necessariamente implica na valorização do cidadão e no reconhecimento de garantias para defesa de seus direitos e interesses perante o Poder Público, o que faz do processo administrativo um importante instrumento de concretização do ideal de democracia no Brasil. Não por outra razão foram diversos os pronunciamentos que relacionaram a codificação do processo administrativo à promulgação da Constituição de 1988.

⁴⁷⁴ Sem a proposta de traçar um paralelo um o caso brasileiro, a dificuldade de editar uma lei geral de processo administrativo em um país marcado pela ditadura é relatada por XIXIN WANG a partir do caso chinês. Apesar de estudos teóricos sobre o valor do processo administrativo e de iniciativas de desenho de um anteprojeto de processo administrativo, o tema não avança institucionalmente devido, principalmente, a preocupações com o impacto de uma lei de processo administrativo sobre o modo de desenvolvimento marcadamente autoritário da ação administrativa, bem como a abertura ao controle. O autor indica onze impasses na China para a edição de uma lei geral de processo administrativo: (1) as normas de processo administrativo existentes não conferem o grau de coesão necessário para conferir uniformidade de tratamento do tema; (2) a Administração Pública goza de significativa margem de discricionariedade, dificultando a efetivação da garantia do devido processo legal; (3) direitos procedimentais não são seriamente considerados pela Administração ou pelo Judiciário; (4) o significado de razoabilidade processual (“*procedural reasonableness*”) ainda não recebeu a devida atenção, resultando em arbitrariedades no exercício de função administrativa; (5) existem sérios conflitos entre as normas de processo administrativo existentes, o que demonstra que elas foram redigidas de modo arbitrário e sem preocupação com um mínimo de consistência; (6) princípios com aplicação no processo administrativo ainda não foram reconhecidos pelo Legislativo e pelo Judiciário; (7) nesse contexto, não se mostra factível o uso de procedimentos sumários; (8) a participação administrativa não é suficientemente assegurada em termos de escopo e densidade; (9) não há responsabilização da Administração pela má condução dos seus processos administrativos e várias arbitrariedades permanecem incontroláveis; (10) os agentes públicos não se encontram minimamente qualificados para realizarem processos administrativos conforme o devido processo legal; e (11) organizações e pessoas engajadas com a causa dos direitos processuais são notadamente fracas. Cf. **Between Dreams and the Reality: making of the administrative procedure act in China, 2007-2008**, p. 167-168.

No seu relato sobre o histórico da Lei Paulista de Processo Administrativo, CARLOS ARI SUNDFELD narra que “[l]ogo após a Constituição Nacional de 1988, convencido romanticamente que a melhoria da Administração brasileira exigia a edição, nas diversas esferas políticas, de Leis de Procedimento Administrativo, redigi uma minuta com esse objetivo”⁴⁷⁵. Nessa mesma linha, a Exposição de Motivos 548/96 que acompanhou a Mensagem 1.002/96 do Presidente da República para a Câmara dos Deputados com o anteprojeto da Lei Federal de Processo Administrativo dá conta de que “[o]s expoentes do Direito Administrativo Brasileiro há muito propugnam pela codificação desse ramo jurídico, lamentando, inclusive, que não se tenha realizado com o advento da Constituição de 1988. O Projeto de Lei ora apresentado configura um marco na busca da codificação do Direito Administrativo, significando o primeiro passo para essa providência”⁴⁷⁶.

No ideário de democratização estava, portanto, a edição de leis gerais de processo administrativo.

Isso explica em grande medida o modelo de lei geral de processo administrativo adotado no Brasil. Ressalvada a considerável diferença de que a Lei Paulista de Processo Administrativo apresenta mais detalhes de operacionalização do processo administrativo na Administração Pública do Estado de São Paulo, com a previsão de procedimentos em espécie, por exemplo, é possível afirmar que o modelo de processo administrativo definido nessas leis é fundamentalmente voltado à proteção dos cidadãos⁴⁷⁷. Da análise das leis gerais de processo administrativo, depreende-se significativa quantidade de direitos atribuídos àqueles que litigam com o Poder Público ou, de alguma forma, envolvem-se com a atividade administrativa, bem como, do lado da Administração, a grande carga de sujeições.

⁴⁷⁵ **Processo e Procedimento Administrativo no Brasil**, 2001, p. 17.

⁴⁷⁶ Cf. **Diário da Câmara dos Deputados**, 16 de maio de 1998, p. 12.908. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16MAI1998.pdf?#page=72>. Acesso em 27 de junho de 2013.

⁴⁷⁷ Em 1987, CARLOS ARI SUNDFELD registrava o trabalho incessante dos publicistas para defesa dos direitos dos particulares frente ao Poder Público: [n]ossos juristas estão voltados, em sua parcela mais iluminada, a escrever o estatuto do cidadão contra o Estado. Preocupam-se em sistematizar um conjunto de técnicas pelas quais o indivíduo se opõe ao poder, barrando-o em defesa de seus direitos individuais”. Cf. **A Importância do Procedimento Administrativo**, 1987, p. 825.

Tomando especificamente a Lei Federal de Processo Administrativo⁴⁷⁸, a carga de garantias é notável. Logo no art. 2º *caput*, são indicados sequencialmente onze princípios gerais, cuja aplicação transcende a relação processual, quais sejam: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. No parágrafo único do art. 2º, treze sujeições são listadas⁴⁷⁹ e direitos aos administrados são novamente previstos no Capítulo II – *Dos Direitos dos Administrados*. E ao longo do texto normativo outros direitos são assegurados aos administrados. O que há de peculiar na enunciação desses direitos corresponde à amplitude das garantias, que não se limitam à relação processual travada com o Poder Público. Na prática, a Lei 9.784/99 se traduz como uma lei geral de atuação administrativa garantista.

Outro elemento de reforço da democracia encontrado nas leis gerais de processo administrativo corresponde à previsão de instrumentos de participação administrativa, como a audiência e a consulta pública⁴⁸⁰. O entrosamento dos cidadãos com a tomada de decisão administrativa, especialmente para elaboração de políticas públicas, coaduna-se

⁴⁷⁸ Como indica ODETE MEDAUAR (2008), a Lei Federal de Processo Administrativo recebeu a influência da Lei Italiana de Processo Administrativo (*Legge* 241/90), que, como relata FABRIZIO FRACCHIA, também foi considerada como um marco democrático pela previsão de garantias mínimas a serem observadas nas relações travadas entre Poder Público e cidadãos. **Administrative Procedures and Democracy: the Italian experience**, 2013, p. 589-598.

⁴⁷⁹ É o texto: “Art. 2º, parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito; II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei; XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

⁴⁸⁰ Na Lei Federal de Processo Administrativo, a audiência pública é apresentada como uma faculdade ao gestor, que pode ser realizada para debates sobre a matéria do processo diante da “relevância da questão” (art. 32, *caput*, Lei 9.784/99). A Lei Federal de Processo Administrativo ainda autoriza que a Administração, em “matéria relevante”, estabeleça outros meios de participação dos administrados (art. 33, Lei 9.784/99). O art. 31, *caput*, da Lei Federal de Processo Administrativo autoriza a Administração, por despacho motivado, a abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros quando a matéria do processo envolver “assunto de interesse geral”. Por sua vez, a Lei Paulista de Processo Administrativo prevê os mesmos instrumentos de participação administrativa do art. 28 ao art. 30. Cf. item II.3.1.2. deste trabalho.

com a noção de democracia deliberativa⁴⁸¹, em que a atuação dos particulares vai além da defesa de direitos frente ao exercício de prerrogativas públicas, mas se traduz como projeção de interesses para apreciação do Poder Público, a quem cabe realizar o arbitramento de interesses na tomada de decisão⁴⁸².

Apenas em um contexto democrático seria possível a edição das leis gerais de processo administrativo. A promessa da Carta Cidadã, garantidora dos direitos que os cidadãos foram privados, não se limitaria ao plano constitucional, mas seria o eixo condutor de todas as futuras iniciativas estatais relacionadas à Administração Pública. E a defesa dos direitos individuais foi a linha mestra das leis gerais de processo administrativo, escopo último de direta influência no desenho normativo. Nesta perspectiva de análise, as leis gerais de processo administrativo também participam da consolidação da democracia no Brasil⁴⁸³, seja pelo compromisso que assumem com a defesa dos direitos dos administrados frente à Administração, seja pela previsão de instrumentos de participação administrativa para promoção de maior diálogo entre os cidadãos e o Poder Público.

II.3.2.2. Do ato ao processo: valorização do processo administrativo nos debates teóricos

Como relata VASCO MANUEL PEREIRA DA SILVA, a célebre afirmação de NIGRO de que “o ato administrativo já não é mais o centro de gravidade do Direito Administrativo”

⁴⁸¹ Cf. ODETE MEDAUAR, **O Direito Administrativo em Evolução**, 2003, p. 225.

⁴⁸² A principal obra em que se discute a função de arbitramento de interesses pela Administração Pública na tomada de decisão no Direito Administrativo brasileiro corresponde à **Regulação Estatal e Interesses Públicos**, de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, publicada em 2002. No trabalho, o autor assume duas premissas para cominar esta função ao Poder Público: primeiramente, a *fragmentação social*, segundo a qual a sociedade não corresponde a um bloco uníssono e harmônico de pessoas, e, em segundo lugar, que *múltiplos interesses* emergem de uma sociedade marcadamente complexa e plural. Nesse cenário, baixa é a utilidade da fórmula da supremacia do interesse público para que o Poder Público determine o conteúdo do interesse público que revestirá a decisão administrativa final. Para o autor, a Administração deve proceder ao arbitramento de interesses, ponderando todos os interesses conexos ao caso, igualmente hábeis a transmutar-se na finalidade da decisão administrativa. Cf. p. 148 e ss.

⁴⁸³ Nesse sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO assim se posiciona: “[a]dotar um modelo democrático para o Estado significa vincular a atuação estatal, no seu conteúdo, ao atingimento de certos valores. (...) Um Estado Democrático de Direito se traduz em fórmula democrática de formação da vontade dos agentes públicos. Dá-se garantia formal, subordinando o exercício das competências públicas à observância de certos procedimentos. A atividade administrativa passa a ser processualizada, o que significa muito mais do que a ritualização dos atos estatais”. **O Direito das Agências Reguladoras**, 2002, p. 559.

ensejou profunda reflexão no Direito Administrativo sobre o papel do processo administrativo diante de um quadro de crise da noção de ato administrativo⁴⁸⁴. Buscava-se, na ocasião, uma alternativa à centralidade do ato administrativo autoritário e unilateral que não mais representava com exatidão a atividade administrativa permeada à participação administrativa e concretizada em diversos outros modos de decisão administrativa que não o ato administrativo. Nessa perspectiva, o processo foi tomado como substituto do ato administrativo na qualidade de elemento central da atuação administrativa, pois tanto possibilitaria uniformizar o tratamento jurídico da atividade administrativa quanto melhor representaria a dinâmica desta atividade marcada pelo relacionamento dos privados com o Poder Público⁴⁸⁵.

Posteriormente, esta linha de investigação seria assimilada nos estudos de direito administrativo no Brasil e a expressão “*do ato ao processo*” passaria a ser uma constante nos artigos acadêmicos que se propunham a analisar o valor do processo administrativo⁴⁸⁶. Porém, na doutrina de direito administrativo, esta expressão teria um significado especial no Brasil.

⁴⁸⁴ Cf. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**, 2003, p. 301.

⁴⁸⁵ *Idem*, p. 303. O autor ainda indica outra alternativa provinda do Direito Administrativo alemão para suplantar ao vácuo deixado pela crise do ato administrativo quanto ao elemento central da atividade administrativa, em que a “*relação jurídica*” seria o conceito central do Direito Administrativo. Ao contrário da orientação italiana, que preconiza a “*objectivização*” do Direito Administrativo, a linha alemã caminha pela a “*subjectivização*” deste, em busca do equilíbrio entre as posições dos particulares e das autoridades públicas nas relações jurídicas que travam. VASCO MANUEL PEREIRA DA SILVA entende, inclusive, que a doutrina alemã é a que melhor se coaduna com a realidade da administração portuguesa contemporânea. *Idem*, p. 309-310.

⁴⁸⁶ A expressão “*do ato ao processo*” é recorrente na doutrina de direito administrativo, quase que um “*capítulo obrigatório*” quando se vai discutir o tema do processo administrativo. A lista de exemplos de escritos que fizeram uso dessa locução é vasto. Todavia, já em 1987 CARLOS ARI SUNDFELD advertia a necessidade de ampliar o espectro de análise da relação autoridade vs. liberdade para abranger o processo administrativo, não se ficando adstrito ao ato administrativo: “[m]as há um tópico sobre o qual têm sido lançados os esforços maiores: o do ato administrativo, noção que se tornou central para o controle da atividade do Estado. (...) Nenhuma crítica, obviamente, a esse tipo de construção, que representa inegavelmente um avanço vital. No entanto, ainda é pouco, em verdade, muito pouco, porque se resume o controle da Administração ao resultado de sua ação. (...) Parece-nos que a falha de nossas teorias tem sido a de polarizar demais a ótica do Direito Administrativo. Antes era o Direito do Estado contra o indivíduo: agora é o do indivíduo contra o Estado. Com isto, Administração e administrado prosseguem sendo dois mundos inconciliáveis, entre os quais nenhuma interação é possível. É preciso construir, então, o Direito de equilíbrio entre autoridade e liberdade. (...) A solução é romper a barreira entre o desempenho da autoridade e o exercício da liberdade para fazê-los interagir. O exercício da liberdade de há muito sofre a intervenção da autoridade: para tudo é preciso licença, visto, autorização. Agora é o momento de abrir a estrada inversa, a da interferência do indivíduo no desempenho da autoridade. Absolutamente não basta o direito político de escolher os governantes e de impor leis à Administração. É necessário controlar o **processo de aplicação da lei**” (grifos do original). **A Importância do Procedimento Administrativo**, 1987, p. 826-827.

A centralidade do ato administrativo na compreensão da atividade administrativa no Brasil é inquestionável, tendo sido o eixo de sistematização do Direito Administrativo⁴⁸⁷. Em outra oportunidade pôde-se expor que três fatores determinantes do centralismo do ato administrativo no Direito Administrativo: (i) reconhecimento do ato administrativo como mecanismo primeiro de ação administrativa; (ii) identificação do ato administrativo como ponto de convergência dos demais institutos de direito administrativo; e (iii) ser o ato administrativo o momento de contato entre Administração e administrado⁴⁸⁸. Especialmente pelo fato de o ato administrativo ser o momento único de interação entre particulares e o Poder Público, grande atenção se deu ao ato administrativo pela doutrina como resultado de genuína preocupação com as arbitrariedades que poderiam ser externadas pela Administração no “*ato de autoridade*”. Não por outro motivo o principal instrumento de controle do ato administrativo – o *mandado de segurança* – foi um dos temas de estudo mais debatidos no Direito Administrativo brasileiro.

Revestido do atributo da *imperatividade*, o ato administrativo traduz a ideia de verticalidade nas relações travadas entre Poder Público e particulares, de forma que o administrado seria mero sujeito passivo de uma decisão previamente tomada de modo unilateral pela Administração, terminando por ser constituído em obrigação independentemente de sua aquiescência. É o ato administrativo o ponto de contato autoritário entre Administração e administrado, com imediato impacto sobre as liberdades públicas. Assim, os debates sobre a atividade administrativa se restringiram ao tema da validade do ato administrativo, incluindo vasta gama de tópicos igualmente objeto de detida atenção – como elementos e atributos do ato administrativo, bem como instrumentos de invalidação –, especialmente importante para instrumentalizar o controle judicial da Administração Pública.

Apesar do predomínio do ato administrativo na pauta de discussão teórica do Direito Administrativo, a doutrina de direito administrativo foi em grande medida determinante para a construção da ideia de processualidade administrativa. Destaca-se a argumentação doutrinária segundo a qual o processo não estaria restrito à esfera judicial, mas também seria um instituto de direito administrativo, devendo-se fazer presente no

⁴⁸⁷ Nesse sentido, cf. ODETE MEDAUAR, **Direito Administrativo em Evolução**, 2003, p. 202.

⁴⁸⁸ JULIANA BONACORSI DE PALMA, **Atuação Administrativa Consensual. Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**, 2010, p. 66.

exercício da função administrativa. Ainda que inicialmente os debates doutrinários se centrassem sobre alguns específicos tipos de processos administrativos, foram esses pioneiros trabalhos responsáveis por abrir caminho para as futuras leis gerais de processo administrativo.

A noção de processo administrativo contrapõe-se à atuação administrativa por meio de atos unilaterais e imperativos. Pela própria compreensão do processo administrativo como a sucessão concatenada de atos visando à tomada de decisão administrativa, confere-se dimensão mais abrangente da atividade administrativa quando comparada à formatação conferida pelo ato administrativo, a atuação “*one shot*”, na visão de SABINO CASSESE⁴⁸⁹. A compreensão da atividade administrativa como uma atividade processual amplia o espectro de análise para o curso caminhado pela Administração Pública no exercício de função pública, desde o primeiro ato de instauração do processo administrativo até a decisão final. Evidencia-se, assim, que a concatenação ordenada dos atos administrativos ensejada pelo processo torna mais racional a decisão final, a qual é construída no curso do processo administrativo. O processo não apenas amplia a concepção de atividade administrativa para além das fronteiras do ato administrativo, mas também racionaliza a ação administrativa e, assim, garante-a de maior eficiência.

Exatamente porque a atividade administrativa é compreendida amplamente, envolvendo processo e decisão administrativa, o provimento final passa a ser um indiferente⁴⁹⁰. A atividade administrativa processual não finda sempre com a edição de um ato administrativo, embora na maior parte das vezes assim o seja. Com a ênfase no processo, a manifestação administrativa final pode se caracterizar como um contrato ou um acordo administrativo, por exemplo. O processo em si pode ser tomado como um campo decisório sobre qual tipo de providência a Administração deve acatar, sem necessariamente ter de optar por uma solução dentre alternativas binárias, como aplicar, ou não, sanção administrativa. Afirmada a juridicidade dos acordos administrativos, a Administração tem

⁴⁸⁹ Cf. **Las Bases del Derecho Administrativo**, 1994, p. 91.

⁴⁹⁰ Diante do fato de que o Estado já não mais pode controlar todas as relações privadas, JOSÉ EDUARDO FARIA indica a *procedimentalização* como uma das alternativas a esse cenário: “[j]á na *procedimentalização do direito*, o Estado deixa de decidir o conteúdo das leis, limitando-se a estabelecer procedimentos para que os diferentes setores sociais possam negociar as alternativas normativas mais adequadas aos seus respectivos interesses. (...) Dito de outro modo, em vez de tomar decisões unilaterais e impô-las imperativamente a cidadãos, empresas, associações comunitárias e movimentos sociais, o legislador opta por uma criação negociada do direito, com base na correlação de forças em vigor”. **Sociologia Jurídica: Direito e Conjuntura**, 2010, p. 59.

plena legitimidade para firmar acordos substitutivos, como os termos de compromisso e os termos de ajustamento de conduta. Para isso também assume considerável importância o processo administrativo, cuja instrução confere subsídios para fixação do conteúdo das cláusulas dos acordos administrativos.

Há direto relacionamento entre processualização da atividade administrativa e incremento do controle da Administração Pública. Pela formalização das etapas de desenvolvimento da decisão administrativa no processo administrativo, o controle conseqüentemente amplia-se e se projeta a cada ato praticado ao longo do processo administrativo, não mais se resumindo apenas ao ato final. Isso favorece sobremaneira a negociação na atividade administrativa consensual, eis que as tratativas se formalizam no processo e são, assim, passíveis de devido controle para evitar o uso deturpado da consensualidade para conluio. A tradução da atividade administrativa em processo também corrobora para a transparência administrativa na medida em que há sucessiva publicação dos atos interlocutórios, o que viabiliza devido acompanhamento, por exemplo, das políticas públicas em construção. Em contrapartida, a defesa de interesses e o acompanhamento da agenda de gestão pública tornam-se mais efetivos. Verifica-se, portanto, o processo administrativo como mecanismo de garantia de direitos aos cidadãos.

Porém, o principal elemento do processo administrativo que radicalmente aparta a atividade processualizada daquela limitada ao ato administrativo corresponde à *posição do administrado* quando em relação com o Poder Público.

Na relação administrativa processualizada, o particular deixa de ser mero destinatário do provimento administrativo final para passar a figurar como efetiva *parte processual*, que, para defesa de seus direitos e interesses, encontra-se plenamente legitimado a se contrapor à Administração Pública, bem como apresentar e solicitar a produção de provas em conformidade com a garantia da ampla defesa. Para FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, é revolucionária a locução “*aos litigantes*” no inc. LV do art. 5º da Constituição Federal, que garante o contraditório e a ampla defesa, pois pressupõe a

existência de pretensão resistida à vontade administrativa e interesses contrapostos a ela⁴⁹¹.

Daí afirmar o autor que:

“O contraditório não é meramente a contraposição de dois interesses para permitir a decisão por um terceiro, detentor do poder extroverso. O contraditório, posto na amplitude da relação processual, permite a contraposição dos distintos (até mesmo mais de dois) interesses envolvidos na decisão (ou atingíveis por ela), de modo a que a decisão colete e leve em conta todos os pontos de vista enredados no tema objeto do processo. Daí porque sustentarmos, com base na Constituição, que sempre que houver interesses relacionados à decisão da autoridade deverá haver contraditório e, para assegurá-lo, deverá haver processo”⁴⁹².

Do reconhecimento constitucional do potencial conflito de interesses entre Administração e administrado depreende-se, portanto, que a função administrativa não é neutra, tendo o interessado direito a ser ouvido e deduzir provas. A partir da Constituição de 1988, fica consagrado o dever de realizar processo administrativo para arbitramento de interesses.

A mudança na postura do particular na atividade administrativa processual na comparação com a informada pela centralidade do ato administrativo afeta o modo de interação com o Poder Público. Para além da defesa de seus direitos pelo exercício da ampla defesa nos processos litigiosos, os cidadãos passam a se conectar diretamente com a

⁴⁹¹ FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO traça o panorama da superação do *ato administrativo autista*, ou seja, da tradicional conformação do ato administrativo como unilateral e imperativo, alheio ao contexto no qual se insere e aos interesses dos administrados, cuja validade e legitimidade seriam determinadas pela coerência formal do ato com o ordenamento jurídico. Para tanto, aponta a processualidade como um dos vetores de transformação desse modo de conceber o ato administrativo ao lado dos vetores da consensualidade e do controle ampliado da Administração Pública. Com base no mandamento constitucional do contraditório e da ampla defesa em processo administrativo – explicitamente mencionado no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal –, sustenta que “[s]eja ontologicamente, seja operativamente, a edição de atos administrativos não pode ser mais concebida de forma autista, infensa à participação e à consideração dos diversos interesses envolvidos. Para além das consequências diretas da sujeição da atividade administrativa ao processo (participação dos interessados, contraditório, direito a aduzir suas razões e produzir provas, direito a uma manifestação de outra autoridade no curso do manejo recursal), tem-se que a prescrição constitucional cria um dever em si para a Administração Pública de conduzir a prática dos atos administrativos em permanente comunicação com os setores potencialmente atingidos, de forma positiva ou negativa, pelo ato a ser praticado ao fim do processo necessário”. **A Superação do Ato Administrativo Autista**, p. 109.

⁴⁹² **Ensaio sobre o Processo como Disciplina do Exercício da Atividade Estatal**, 2012, p. 273.

formação da decisão da Administração Pública pela *participação administrativa*, notavelmente nos processos administrativos normativos⁴⁹³ e nos processos para elaboração de políticas públicas. O processo confere um dinamismo à atividade administrativa que o ato, estático por essência, é incapaz de promover. Desenvolvidos no curso do processo administrativo, os instrumentos de participação terminam por engrandecer o particular na gestão administrativa, que passa de um mero destinatário da ação administrativa para um efetivo partícipe da construção da decisão administrativa. Nessa perspectiva, o processo administrativo não pode ser tomado como um meio de exercício de poder, mas como meio de diluição de poder⁴⁹⁴.

Por tudo o exposto, verifica-se que o processo administrativo tende à *horizontalização das relações administrativas* travadas entre Poder Público e particulares. Conscientes das potencialidades de garantismo e eficiência, os administrativistas brasileiros passaram a enaltecer a figura do processo administrativo em detrimento do ato administrativo, que melhor se compatibilizaria com os anseios de gestão pública verbalizados pela doutrina. A recorrente defesa nos escritos doutrinários de uma guinada do elemento central do Direito Administrativo “*do ato para o processo*” significa, na prática, oposição ao panorama da atividade administrativa orientada exclusivamente pela figura do ato administrativo e toda carga autoritária relacionada. A crítica não incidia propriamente no instituto do ato administrativo, cuja utilidade operacional e importância teórica é fora de discussão. Apesar da perda do protagonismo do ato administrativo e da crescente atenção conferida ao processo administrativo, este não figura como elemento central do Direito Administrativo, pois, como salienta ODETE MEDAUAR, “*não existe critério único ou noção-chave do Direito Administrativo*”⁴⁹⁵.

O que vale registrar neste item é como o processo administrativo tem se destacado nas discussões teóricas no Direito Administrativo brasileiro e o papel da doutrina na codificação do processo administrativo.

⁴⁹³ Cf. item IV.3.2.3. deste trabalho.

⁴⁹⁴ Assim porque a competência administrativa é fracionada, não se materializando em um provimento isoladamente construído, mas se fragmentando em uma sucessão de atos. Cf. MARÇAL JUSTEN FILHO, **O Direito das Agências Reguladoras**, 2002, p. 561.

⁴⁹⁵ **Administração Pública: do ato ao processo**, 2008, p. 419.

Apesar do predomínio do ato administrativo na pauta de discussão teórica do Direito Administrativo, a doutrina de direito administrativo foi em grande medida determinante para a construção da ideia de processualidade administrativa. Destaca-se a argumentação doutrinária segundo a qual o processo não estaria restrito à esfera judicial, mas também seria um instituto de direito administrativo, devendo-se fazer presente no exercício da função administrativa. Ainda que inicialmente os debates doutrinários se centrassem sobre alguns específicos tipos de processos administrativos, esses pioneiros trabalhos foram responsáveis por abrir caminho para as futuras leis gerais de processo administrativo.

No caso brasileiro, portanto, a doutrina foi um dos fatores que levou à codificação do processo administrativo. Não por acaso é intenso o engajamento de administrativistas que se debruçaram sobre o tema na edição das leis gerais de processo administrativo: MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO com o PL 1.419/56 e p PL 1.491/56; THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI com o *Anteprojeto de Código de Processo Administrativo*, de 1976; CARLOS ARI SUNDFELD com a Lei Paulista de Processo Administrativo (Lei 10.177/98); e ODETE MEDAUAR com a Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99).

Com a edição das leis gerais de processo administrativo, a doutrina de direito administrativo foi sensibilizada com o tema e vários foram os trabalhos publicados desde então⁴⁹⁶. Pode-se afirmar que a linha de pesquisa do processo administrativo encontra-se sedimentada no Direito Administrativo brasileiro, que hoje conta com trabalhos de referência e de excelência no tema. Assim, a doutrina que primeiramente contribuiu na codificação do processo administrativo no Brasil passa a ter o papel de difusão da ideia de processualidade administrativa e análise de seus grandes marcos normativos para qualificação procedimental da gestão pública.

⁴⁹⁶ Indica-se a importância da obra **As Leis de Processo Administrativo. Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**, coordenada por CARLOS ARI SUNDFELD e GUILLERMO ANDRÉS MUÑOZ, publicada logo após a edição dessas leis gerais de processo administrativo (a 1ª edição é de 2000). Além de contribuir para sofisticar a reflexão sobre o processo administrativo, a obra foi de fundamental relevância para disseminar o tema do processo administrativo e chamar a atenção da comunidade jurídica em geral para a edição das leis principais leis gerais de processo administrativo no Brasil.

II.3.2.3. Reforma regulatória brasileira e o debate sobre a confluência dos sistemas de *civil law* e de *common law*

Um dos principais temas de discussão hoje identificados na teoria do Direito Administrativo corresponde à confluência entre os sistemas de *civil law* e de *common law*. A aproximação dos sistemas se apresentaria na construção de institutos, adoção de práticas e desenho de instituições, considerando soluções jurídicas que não tradicionalmente informam o sistema de filiação original.

No panorama nacional, o debate é tomado a partir do pressuposto de que o Direito Administrativo brasileiro filia-se ao *civil law* devido à considerável influência dos sistemas de Direito Administrativo na Europa Continental, notadamente o sistema francês. Recentes estudos sinalizam a base francesa do Direito Administrativo brasileiro. A colocação de FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, lastreado em ampla pesquisa doutrinária, é categórica:

“[a] influência francesa, que já se faz marcante na estruturação do novo Estado constitucional brasileiro – especialmente nos aspectos fundamentais atinentes à separação de poderes, com a previsão da jurisdição administrativa, e à forma de Estado unitária – também é notável na formulação da teoria do direito administrativo no Brasil”⁴⁹⁷.

O que efetivamente particulariza o sistema de *civil law* frente ao *common law* é a *exorbitância*, a partir da qual se constrói o *regime de direito administrativo*, ou seja, o conjunto de normas exorbitantes da esfera particular que estrutura e disciplina o funcionamento da Administração Pública. Ainda que sejam reconhecidas regras jurídicas de incidência exclusiva ao Poder Público no sistema de *common law*, a *exorbitância* não faz parte desta cultura jurídica que toma o *rule of law* como princípio basilar de equiparação entre Administração Pública e particulares.

⁴⁹⁷

Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil, 2013, p. 187.

Assim, o sistema de base civilista se estabelece a partir da ideia de exorbitância, que determina a edição de regras especificamente direcionadas à Administração Pública. Essas regras que informam o regime jurídico administrativo tendem a conferir prerrogativas ao Poder Público. São privilégios cunhados na eficiência do exercício da função administrativa para melhor consecução do interesse público que terminam por determinar relações jurídicas verticalizadas entre Administração e particular, então destinatário de decisões tomadas unilateralmente e imperativas do Poder Público (em regra, atos administrativos típicos). Na medida em que também determina sujeições ao Poder Público, o regime administrativo de exorbitância sintetiza o binômio fundamental do Direito Administrativo civilista autoridade *vs.* liberdade.

No caso brasileiro, a discussão sobre a confluência entre os sistemas de *civil law* e de *common law* no cenário nacional ganha projeção a partir da Reforma Regulatória conduzida nos anos 1990, com a criação de Agências Reguladoras e a introdução da regulação entre as competências estatais. Essas são fórmulas tipicamente adotadas pelos países filiados ao sistema de *common law*, a exemplo dos Estados Unidos e da Inglaterra, então estranhas desconhecidas na estrutura burocrática do Estado brasileiro e em seu funcionamento administrativo. A questão da confluência entre sistemas jurídicos pode hoje ser considerada um tema de interesse quase que global, com posição central na análise da teoria do Direito Administrativo em diversos países, especialmente naqueles que passaram pelo processo de internacionalização dos sistemas como é o caso dos países europeus com a criação da União Europeia. Apesar de o Brasil não ter vivenciado internacionalização de igual magnitude, é importante registrar que a literatura estrangeira sobre a confluência de sistemas provinda de países que se internacionalizaram também influenciou a pauta na agenda interna de reflexões sobre a confluência de sistemas.

O estudo da aproximação entre os sistemas jurídicos denota uma tentativa de compreensão do fenômeno de transformação do Direito Público em curso. Diante de expressivas mudanças nas instituições públicas e no modo de satisfazer as competências administrativas, com real impacto sobre o modo de compreensão do Direito Administrativo, os doutrinadores guiaram suas análises pelo prisma da confluência de sistemas. Na ponta, críticos e não críticos da aproximação dos sistemas buscavam reconhecer a identidade da teoria do Direito Administrativo brasileiro. Afinal, o que teria o

Direito Administrativo brasileiro de genuíno? Mais do que um estudo comparado, o tema da confluência de sistemas se volta fundamentalmente a conhecer o sistema interno e todas as nuances que o caracterizam. Apenas assim seria possível aprimorar as ferramentas de satisfação de finalidades públicas, inclusive mediante uso de soluções jurídicas originárias do direito comunitário ou do *common law*, por exemplo⁴⁹⁸.

Tendo em vista a alusão à influência norte-americana na Reforma Regulatória brasileira pelos comentadores, passa-se a analisar com maior profundidade o *Administrative Procedure Act*, de 1946, que dispõe sobre o processo administrativo na esfera federal dos Estados Unidos, para, na sequência, analisar a confluência dos sistemas de *civil law* e de *common law* pela perspectiva da codificação do processo administrativo.

II.3.2.3.1. A construção do modelo regulatório no Brasil e o processo administrativo

Na doutrina brasileira, o processo administrativo é indicado como um dos pontos de confluência entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, especialmente com a edição da Lei Federal de Processo Administrativo em 1999 (Lei n.º 9.784/99). O contexto de reforma regulatória seria, nessa linha de entendimento, o cenário propício à edição de leis gerais de processo administrativo.

Como política de governo na Reforma do Estado, as Agências Reguladoras não tiveram o MARE como *locus* de elaboração, mas sim a Casa Civil⁴⁹⁹. Sem previsão

⁴⁹⁸ A proposta de estudo da confluência de sistemas jurídicos no âmbito do Direito Administrativo brasileiro para melhor recepção de iniciativas jurídicas de *common law* não é, todavia, consensual entre os doutrinadores. Isso porque a adoção de institutos tipicamente de *common law* é rechaçada por expressiva corrente doutrinária do Direito Administrativo, que nega tal aproximação ou minimiza os efeitos da confluência na medida em que a influência do *common law* não seria verdadeiramente uma novidade implantada com a Reforma do Estado diante do quadro histórico de desenvolvimento do Direito Administrativo no Brasil, do qual o *common law* teve sua participação. Seriam os novos institutos das Agências Reguladoras e da regulação, portanto, meramente transplantados e inadequados ao modelo de Direito Administrativo no Brasil.

⁴⁹⁹ Cf. REGINA SILVIA PACHECO, **Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle**, 2006, p. 528. Segundo a autora, ainda no ano de 1995 o primeiro projeto de criação de uma Agência Reguladora – a ANEEL – foi enviado ao Congresso, mas sob o formato de autarquia convencional, sem a nota da autonomia que caracteriza o modelo de agência reguladora. Coube ao Congresso questionar o modelo tradicional e sugerir alternativas de independência e eficiência, seguindo a experiência internacional. *Idem, ibidem*.

explícita no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, era breve a referência às *Agências Autônomas* para indicar o plano de trabalho do *Projeto das Agências Autônomas*, em que se destaca que novas abordagens seriam aplicadas em determinadas autarquias, funcionando como verdadeiros “*laboratórios de experimentação*”⁵⁰⁰. Foi o que se verificou com a reforma regulatória das telecomunicações, em que a elaboração da Lei Geral de Telecomunicações (LGT, Lei 9.472/97) foi minuciosamente estudada por uma equipe de especialistas para delimitação do modelo regulatório que orientaria a criação da ANATEL. Como reporta CARLOS ARI SUNDFELD, a consultoria jurídica acadêmica externa para reformar as telecomunicações no Brasil⁵⁰¹, sem os “*vícios*” de quem já se encontrava no setor, ficou incumbida de “*escrever uma lei para privatizar rapidamente a TELEBRÁS, viabilizar uma regulação dos serviços que garantisse competição, universalização, investimentos e qualidade e, ainda, para criar uma agência reguladora que funcionasse de verdade e fosse independente*”⁵⁰². O resultado dessa investida não seria apenas a criação da LGT, mas também a delimitação de um modelo de disciplina jurídica da estrutura e do funcionamento das Agências Reguladoras no Brasil, que, efetivamente, foi reproduzido nas demais leis setoriais⁵⁰³.

O principal escopo na elaboração da LGT foi delimitar uma *lei-quadro*, fixando as diretrizes, estrutura organizacional básica, competências e processos para a regulação. Em outros termos, a reforma regulatória nas telecomunicações se articulava em torno do binômio *estrutura – função*, razão pela qual o processo administrativo recebeu especial

⁵⁰⁰ “A responsabilização por resultados e a conseqüente autonomia de gestão inspiraram a formulação deste projeto, que tem como objetivo a transformação de autarquias e de fundações que exerçam atividades exclusivas do Estado, em agências autônomas, com foco na modernização da gestão. O Projeto das Agências Autônomas desenvolver-se-á em duas dimensões. Em primeiro lugar, serão elaborados os instrumentos legais necessários à viabilização das transformações pretendidas, e um levantamento visando superar os obstáculos na legislação, normas e regulações existentes. Em paralelo, serão aplicadas as novas abordagens em algumas autarquias selecionadas, que se transformarão em laboratórios de experimentação”. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**, 1995, p. 59. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em 30 de junho de 2013.

⁵⁰¹ **Meu Depoimento e Avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações**, 2007, p. 1-2.

⁵⁰² *Idem*, p. 2.

⁵⁰³ Há, inclusive, debate sobre a impropriedade de adoção do modelo de agência reguladora da área de infraestrutura para as agências de governo – a exemplo da ANS, da ANVISA e da ANA –, responsáveis por aplicar políticas de governo. Cf. LUCIA HELENA SALGADO, **Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: um panorama do atual desenho institucional**, 2003, p. 45-46. Digno de nota, ainda, a reforma de leis de disciplina das Agências Reguladoras já existentes – embora não sejam nominalmente chamadas de “*Agências Reguladoras*” – para aprimoramento da estrutura institucional de acordo com a LGT. É o caso, por exemplo, da Lei 6.385/76, que instituiu a Comissão de Valores Mobiliários, cujos artigos de organização administrativa foram modificados pela Lei 10.303/2001, adotando-se redação semelhante aos preceitos correlacionados na LGT.

atenção na conformação do novo regime jurídico para a autoridade regulatória que se constituía. Ao lado da autonomia reforçada da ANATEL, que lhe conferiria destacada posição de independência frente ao Governo, a valorização do processo administrativo e seu engajamento em todas as funções regulatórias da Agência seria a grande inovação trazida pela LGT. Assim, o art. 38 da LGT expressamente condiciona a atividade da Agência, em sua integralidade, ao princípio do devido processo legal⁵⁰⁴, determinando o *dever de realizar processo administrativo* como regra fundamental de funcionamento da ANATEL.

A regra geral de elaboração de processo pela ANATEL também pode ser depreendida do art. 19, inc. XXII, da LGT que reconhece a competência da Agência de “*resolver quanto à celebração, alteração ou extinção de seus contratos, bem como quanto à nomeação, exoneração e demissão de servidores, realizando os procedimentos necessários, na forma em que dispuser o regulamento*” (destaquei). Como se pode depreender do preceito transcrito, a processualização da atividade regulatória da ANATEL também alcança a competência normativa, determinando que a Agência edite duas próprias normas processuais, às quais se deve autovincular. Assim, incute-se o modelo de processo administrativo à constante reflexão da Agência.

O processo administrativo foi elevado à condição de mecanismo básico de funcionamento da ANATEL. Sua realização é obrigatória no manejo do *poder disciplinar*⁵⁰⁵, bem como no exercício de *poderes exorbitantes* nas relações travadas com os regulados, condicionando o ato de intervenção, a caducidade de concessão e a extinção da autorização a prévio processo administrativo⁵⁰⁶. Em prestígio às diretrizes de isonomia e competição, o processo administrativo foi definido como arena de escolha do delegatário na prestação do serviço de telecomunicação, ensejando processos específicos como o *processo de outorga*⁵⁰⁷. O *procedimento licitatório*, no entanto, foi consagrado como o tipo processual para conferência de permissão⁵⁰⁸ e autorização⁵⁰⁹. No caso específico do direito

⁵⁰⁴ É o texto do art. 38 da LGT: “[a] atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade”.

⁵⁰⁵ Cf. art. 19, inc. XXII, e art. 46 da LGT.

⁵⁰⁶ Cf. art. 111, §2º, art. 114, §2º, e art. 144 da LGT.

⁵⁰⁷ Cf. art. 87 da LGT.

⁵⁰⁸ Cf. art. 119 e art. 121 da LGT.

⁵⁰⁹ Cf. art. 136 da LGT.

de exploração de satélite brasileiro para transporte de sinais de telecomunicações, a LGT assegurou em seu art. 172, §2º, que este direito será conferido mediante processo administrativo quando inexigível a licitação, garantindo-se, assim, a competitividade e a isonomia entre os regulados. Para os *processos administrativos normativos*, a LGT determinou em seu art. 42 a obrigatoriedade de submissão das minutas de atos normativos à consulta pública, fazendo deste instrumento de participação administrativa obrigatório para a regulação normativa⁵¹⁰. Some-se a isso o dever de conferir publicidade a seus documentos⁵¹¹, abertos a qualquer pessoa, e de motivação de suas decisões, o que se conecta diretamente com o processo administrativo. Por fim, saliente-se a minuciosa disciplina do *procedimento de contratação pública*, inclusive com a previsão das modalidades consulta e pregão para regência das licitações no âmbito da ANATEL⁵¹², bem como a previsão do *processo especial de desestatização*⁵¹³. Na Exposição de Motivos E.M. 231/MC elaborada pelo Ministério das Comunicações, de 1996, o processo administrativo nada mais é do que indispensável:

“O projeto traça as linhas mestras que devem orientar a atuação da Agência, comprometida com as modernas exigências de uma administração que se quer livre do esclerosamento burocrático de que tanto se ressentem a administração pública em geral. Impõe-se, na gestão da Agência, uma atuação inspirada no modelo que se costuma designar como gerencial, com traços característicos que, sem prejuízo da necessária formalização de atos e procedimentos, do indispensável processo, não permitam o formalismo despropositado, comprometedor da agilidade e da eficiência do órgão regulador”⁵¹⁴.

Em resumo, o processo administrativo no âmbito da ANATEL é o instrumento de viabilização da regulação, em consonância com os ideais de permeabilidade.

⁵¹⁰ A mesma obrigação de submeter minutas de atos administrativos à consulta pública foi estabelecida com relação ao modelo de reestruturação e desestatização de empresas estatais de telecomunicação (art. 195, LGT), bem como a elaboração de medidas regulatórias que devem ser formalizadas por Decreto, nos termos do art. 18 da LGT, como a eliminação da prestação na modalidade de serviço público no regime público, a aprovação do plano geral de outorgas e do plano geral de metas, bem como a autorização de empresa brasileira a participar em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações (art. 19, inc. III, LGT).

⁵¹¹ Cf. art. 153, §1º, da LGT.

⁵¹² Cf. art. 54, art. 55 e art. 89 – art. 92 da LGT.

⁵¹³ Cf. art. 195 e ss. da LGT.

⁵¹⁴ Disponível em: http://www.wisotel.com.br/acoes_de_governo/leis_e_decretos/lei/em_231.htm. Acesso em 30 de junho de 2013.

Primeiramente, é o processo administrativo o meio de *exercício das competências* assumidas pela ANATEL e, assim, o caminho para se alcançar as finalidades de interesse público que direcionam a ação regulatória da Agência, como as metas de universalização e de modicidade tarifária. Também o processo consiste no *foro de diálogo* entre regulador e regulado na elaboração de normas setoriais, especialmente diante da obrigatoriedade de participação administrativa em todo e qualquer processo administrativo normativo. A importância do processo administrativo como *mecanismo de controle* foi consagrada na LGT e serviu de resposta à consternação que se colocou com relação à autonomia das Agências Reguladoras, sintetizada na seguinte indagação: *há um déficit democrático nas Agências Reguladoras?*⁵¹⁵ O controle pelo processo seria, então, mais um argumento favorável à legitimidade democrática das Agências Reguladoras, notadamente a ANATEL, como esclarece a Exposição de Motivos E.M. 231/MC, de 1996:

“[s]em embargo do controle mediante processo, indissociável da atuação do Estado no exercício de suas funções normativas e ordenadoras, deve ser encarecida a importância do controle por resultados. De nada adianta uma atuação escoreita, do ponto de vista legal, substancial e formal, se os resultados que a Agência deve buscar não forem sendo paulatinamente alcançados”⁵¹⁶.

A dedicação da LGT ao processo administrativo remete à necessária associação das Agências Reguladoras ao processo regulatório, o que foi reverberado nas demais Agências brasileiras. Na cúpula do Executivo à época, a Recomendação de 31 de maio de 1996 do Conselho de Reforma de Estado, referente à “*construção do marco legal dos entes reguladores*”, fez alusão ao processo administrativo como elemento imprescindível à formulação da política regulatória no Brasil⁵¹⁷. Na verdade, a necessária relação entre

⁵¹⁵ Cf. item I.4.2. deste trabalho.

⁵¹⁶ Disponível em: http://www.wisotel.com.br/acoes_de_governo/leis_e_decretos_lei/em_231.htm. Acesso em 30 de junho de 2013.

⁵¹⁷ “*Recomenda-se a observação dos seguintes princípios na elaboração dos anteprojetos de lei de criação de entidades de fiscalização e regulação de serviços públicos portados, em regime de concorrência, no âmbito da administração federal: (...) b) ampla publicidade das normas pertinentes ao ente regulador, de seus procedimentos e decisões e de seus relatórios de atividades, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei; c) celeridade processual e simplificação das relações mantidas entre o ente regulador e os consumidores, usuários e investidores; d) participação de usuários, consumidores e investidores no processo de elaboração de normas regulamentares, em audiências públicas, na forma que vier a ser regulada em lei;*”. **O Conselho de Reforma de Estado, Recomendação de 31 de maio de 1996**, 1996, p. 27. Disponível em:

Agências Reguladoras e processo administrativo não é uma inovação jurídica nacional, mas solução jurídica já acatada nos sistemas que influenciaram a criação de Agências Reguladoras no Brasil, especialmente o sistema norte-americano. Por um lado, os administrativistas incumbidos de desenhar o modelo de agências reguladoras no Brasil eram sensíveis à importância do processo administrativo e, desse modo, buscaram fazer da regulação uma dinâmica processual. Por outro, a comparação com outros sistemas jurídicos, com destaque para o sistema norte-americano, lançou luzes ao processo administrativo: se a estrutura desenvolvida no Brasil era análoga à norte-americana – Agências Reguladoras –, também a função deveria ser, o que seria crucial para a adoção do processo administrativo como mecanismo de ação regulatória.

II.3.2.3.2. Regulação e processo nos Estados Unidos e no Brasil

Para bem entender o argumento de que o processo administrativo consiste em um fator de confluência entre os sistemas de *civil law* e de *common law* no Brasil, é necessário compreender que a regulação nos Estados Unidos é marcadamente processual. Na verdade, foi a criação das Agências Reguladoras que determinou a edição do *Administrative Procedure Act*, em 1946.

As Agências Reguladoras já existiam nos Estados Unidos desde 1887, com a criação da *Interstate Commerce Commission* e, até 1990, um terço das Agências hoje existentes já eram conhecidas⁵¹⁸. Com a Grande Depressão e a Crise Econômica de 1929, o movimento de criação das Agências se intensificou, alcançando o seu ápice na administração de FRANKLIN D. ROOSEVELT, como peça fundamental do programa *New Deal*, lançado em 1933, para disciplina regulatória dos mercados. A regulamentação do processo administrativo nos Estados Unidos não é, portanto, concomitante à estruturação das Agências.

http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno08.PDF. Acesso em 30 de junho de 2013.

⁵¹⁸ Sobre o movimento de criação das Agências Reguladoras, pela perspectiva da época de edição do APA, cf. ALBERT R. BEISEL JR., **Federal Administrative Procedure Act and the Administrative Agencies**, 1947, p. 271-274. Na doutrina brasileira, cf. GUSTAVO BINENBOJM, **Uma Teoria do Direito Administrativo**, 2008, p. 265-272.

O APA surge fundamentalmente de um compromisso assumido entre conservadores e democratas liberais (capitaneados pelos democratas do sul), de um lado, e *New Deal* democratas, de outro, sobre o modelo de reforma administrativa para a disciplina e controle das Agências Reguladoras que se debatia desde a criação das primeiras Agências Reguladoras. Nas palavras de GEORGE B. SHEPHERD, que possui o mais completo artigo sobre o registro histórico da edição do APA nos Estados Unidos, trata-se de um “*compromisso feroz*” (“*fierce compromise*”)⁵¹⁹. Não havia consenso sobre a sensível balança entre direitos individuais e poderes das Agências Reguladoras que estivesse traduzido no APA, e nem certeza sobre a adequação do formato do novo estatuto para determinar os contornos das políticas de *New Deal* que as Agências implementariam. Simplesmente, “*o apoio do Congresso ao projeto de lei foi unânime apenas porque muitos legisladores reconheceram que, embora o projeto de lei fosse imperfeito, era melhor isso do que nenhum projeto*”⁵²⁰.

Segundo relata o autor, até meados de 1937, o tema do controle da regulação praticada pelas Agências Reguladoras afinada com a política do *New Deal* não era uma pauta relevante, pois as Cortes conservadoras cumpriam com o seu papel de frenagem às propostas mais audaciosas da gestão ROOSEVELT. Desse modo, os oponentes do *New Deal* focavam sua resistência no Judiciário: seria notório o *Black Monday*, quando, no dia 27 de maio de 1935, a Suprema Corte por unanimidade declarou inconstitucional o *National Industrial Recovery Act*, considerado um dos principais planos de governo. A estratégia muda, porém, quando o *justice Robert* muda de lado na Suprema Corte, possivelmente influenciado pela popularidade da reeleição de ROOSEVELT, passando a posicionar-se invariavelmente favorável às medidas do governo. Doravante, a Suprema Corte seria conhecida como “*ROOSEVELT Court*”. Com as portas do Judiciário fechadas aos opositoristas, o caminho pela via legislativa passou a ser mais certo para o controle da regulação das Agências.

⁵¹⁹ Trata-se do artigo **Fierce Compromise: The Administrative Procedure Act emerges from Neal Deal politics**, 1995-1996. Trabalho de semelhante envergadura e proposta foi desenvolvido por WALTER GELLHORN, **The Administrative Procedure Act: the beginnings**, 1986. Para contato com a discussão histórica sobre o APA nos Estados Unidos à época, cf. NATHANIEL L. NATHANSON, **Some Comments on the Administrative Procedure Act**, 1946-1947, p. 368-377; JOHN W. GWYNNE, **The Architecture of the New Administrative Procedure Act**, 1946, p. 550-551; e WILLIS SMITH, **Drafting the Proposed Federal Administrative Procedure Act**, 1945-1946, p. 133-134.

⁵²⁰ *Idem*, p. 1560. Tradução livre. Do original: “*Congressional support for the bill was unanimous only because many legislators recognized that, although the bill was imperfect, it was better than no bill*”.

GEORGE B. SHEPHERD indica que o cenário era de discussão sobre o equilíbrio entre os Poderes com o advento das Agências Reguladoras não apenas nos Estados Unidos, mas também no Reino Unido. Dentre os principais fatores da consternação figura a publicação de estudos sobre o aumento dos poderes regulatórios das Agências, mas especificamente: *The New Despotism*, de LORD HEWART, em 1929, e *Our Wonderland of Bureaucracy*, de JAMES BECK, em 1932. Assim, diversos projetos de lei foram apresentados com o único e exclusivo propósito de controle e contenção do exercício de poderes pelas Agências Reguladoras. O primeiro projeto de lei apresentado foi o *Norris Bill*, em 1929, que previa a constituição de uma Corte Administrativa e o estabelecimento da dualidade de jurisdição no sistema constitucional norte-americano. Também é digno de menção o *Logan Bill*, de 1933, apresentado pelo Senador MILLS LOGAN⁵²¹ logo após o episódio conhecido como *100 Days*, em que pelo período de cem dias todos os projetos de lei de originários do Executivo foram aprovados e transformados em leis. O que há de especial neste projeto é a proposta de tratamento jurídico do processo como mecanismo de controle das Agências Reguladoras.

A partir de então, o principal personagem da construção do APA seria a comissão especial criada pelo *American Bar Association* (ABA) para discussão sobre a reforma administrativa, qual seja, *American Bar Association's Special Committee on Administrative Law* (ABA Committee), criado em 1933. De um modo geral, o ABA Committee era contrário ao *New Deal* – especula-se que seus membros eram sócios de grandes escritórios de advocacia e contratados por grandes empresas reguladas – e ao longo de mais de dez anos trabalhou para a edição de uma lei de contenção das Agências Reguladoras. Três eram as soluções aventadas: (i) edição de uma lei que estabelecesse de modo mais rígido regras processuais; (ii) a uniformização do controle judicial das Agências Reguladoras; e (iii) a criação de uma justiça administrativa especializada.

⁵²¹ O foco processual do controle das Agências Reguladoras no *Logan Bill* deve-se ao fato de o Senador MILLS LOGAN – cujo sobrenome empresta ao projeto de lei que apresentou ao Senado – ter tido direto envolvimento na Administração como gestor público, tendo participado de diversos Conselhos, como o *State Board of Education* e o *State Board of Sinking Fund Commissioners*, além de ter sido incumbido de criar e administrar um novo sistema tributário em Kentucky. Conhecedor das práticas administrativas, e crítico aberto da informalidade nas ações administrativas, MILLS LOGAN desenhou um projeto de lei para tornar o processo administrativo o meio de ação regulatória do Estado, em substituição às decisões *ad hoc* e costumeira, bem como disciplinar a revisão judicial dos atos regulatórios. *Idem*, p. 1568-1569.

Em um primeiro momento, de 1933 a 1936, a linha de ação do *ABA Committee* era a constituição de uma Corte Administrativa. Dentre os trabalhos que mais se destacam estava o anteprojeto de lei que foi apresentado no Senado e na Casa dos Representantes, respectivamente, em 1936, pelo Senador MILLS LOGAN e pelo Representante EMANUEL CELLER, recebendo o nome de *Logan-Celler Bill*. Outro evento digno de nota corresponde à aprovação, em 1935, do *Federal Register Act*, previamente uma proposta do *ABA Committee*, que determina a publicação de todas as normas editadas pelas Agências no Registro Federal. A partir de 1937, o *ABA Committee* mudou de estratégia de tentar a aprovação de uma Corte Administrativa para a edição de uma lei que disciplinasse o processo de regulação que as Agências passariam a se condicionar e que também previsse o controle judicial das decisões regulatórias. Este seria o prelúdio do APA. A proposta era inovadora: disciplina dos processos de resolução de conflitos (*adjudication*), com previsão explícita do direito de defesa, tratamento do processo para elaboração de normas (*rulemaking*)⁵²² e disciplina aprofundada do controle jurisdicional (*judicial review*). Contudo, ela não ganharia maior atenção no âmbito do Legislativo.

O assunto seria revigorado com a substituição da Presidência *ABA Committee*, de O.R. MCGUIRE por ROSCOE POUND, então Diretor da Faculdade de Direito de Harvard, o que conferiria à futura proposta legitimidade científica, eis que a Comissão já era acusada de ser simples opositorista ao *New Deal*, sem maiores preocupações com o aprimoramento da regulação. Em 1938, o projeto de APA, ainda mais rigoroso para a Administração Pública que os antecedentes, foi novamente apresentado ao Senado e, nessa nova oportunidade, ganhou destaque na arena política. Trata-se do *Walter-Logan bill*, vetado por ROOSEVELT em 1940. Como reação, ROOSEVELT encomendou ao Procurador-Geral MURPHY anteprojeto de lei sobre processo administrativo e, em 1939, o Procurador-Geral instaurou uma comissão de estudos (*The Attorney General's Committee on*

⁵²² Seria a primeira vez que o *rulemaking* seria considerado em um projeto de lei, com determinação de que toda e qualquer norma editada pelas Agências Reguladoras tivessem previamente a correspondente minuta informada à sociedade para que pudesse se manifestar sobre o seu conteúdo (*notice and comment*). Na visão de GEORGE B. SHEPHERD, esta seria a mais relevante inovação trazida pelo APA. Porém, a proposta de previsão do *rulemaking* não necessariamente se coaduna com um propósito garantista, mas pode ter sido um oportuno instrumento de desaceleração da política do *New Deal* implementada pelas Agências Reguladoras: ao subordinar a competência normativa à realização de processo administrativo, significativa parcela de tempo e recursos seria consumido. Cf. **Fierce Compromise: The Administrative Procedure Act emerges from New Deal politics**, 1995-1996, p. 1583. A justificativa oficial, porém, prezava pelo direito de participação dos cidadãos na atividade normativa das Agências Reguladoras. Nesse sentido, cf. o artigo **The Federal Administrative Procedure Act** (1946-1947, p. 11-13), de DAVID REICH, que teve participação na redação do *Final Report of Attorney General's Committee on Administrative Procedure*, de 1941.

Administrative Procedure) com esta finalidade, aproveitando para convidar WALTER GELLHORN⁵²³ – único advogado que havia se posicionamento contrário ao projeto no *ABA Committee* – e KENNETH CULP DAVIS como seu assessor. A partir de então, seria travado legítimo duelo legislativo sobre o projeto de lei do APA, tendo diminuído de intensidade apenas quando do envolvimento dos Estados Unidos na II Guerra Mundial.

Um dos efeitos da II Guerra Mundial sobre a edição do APA foi inaugurar um período de cooperação política, resultando na aprovação do APA em 1946. Logo, as duas grandes chaves de transformação do APA estavam presentes: *adjudication vs. rulemaking* e *formal vs. informal procedures*⁵²⁴.

Ao comparar o panorama de desenvolvimento das Agências Reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos, diversos administrativistas sustentam que, apesar da similitude de diversos aspectos das Agências brasileiras com o modelo norte-americano, haveria uma substancial diferença entre ambos os sistemas: enquanto a criação das Agências reguladoras se daria no contexto de incremento da regulação nos Estados Unidos, com expressivo aumento das normas estatais de disciplina da iniciativa privada, no caso brasileiro as Agências Reguladoras seriam criadas em um contexto de deslegalização. No entanto, assim como nos Estados Unidos, as leis de processo administrativo surgem em um momento de intensificação da atividade normativa estatal, seja com a edição de significativa quantidade de novas leis pelo Legislativo⁵²⁵, seja com a intensificação do movimento de edição de regulamentos pela Administração Pública, que passaria a contar com uma estrutura especializada para tanto em alguns mercados regulados, qual seja, a estrutura das Agências Reguladoras.

⁵²³ Futuramente, WALTER GELLHORN se tornaria Professor de Direito Administrativo da Columbia Law School, sendo apontado como um dos mais influentes administrativistas nos Estados Unidos. Sua obra introdutória sobre o processo administrativo – **Administrative Process in a Nutshell** – é considerada uma referência no tema, apesar do despretensioso objetivo de tão somente introduzir alunos de graduação ao estudo do processo administrativo.

⁵²⁴ Cf. ASHLEY SELLERS, “**Informal**” Dispositions under the Administrative Procedure Act, 1946, p. 646.

⁵²⁵ Opõe-se ao argumento da deslegalização, segundo o qual se verificaria no Brasil um fenômeno de redução da intensidade da atividade legislativa e consequente aumento da atividade normativa da Administração Pública, resultando na perda de espaço da lei formal em favor do regulamento. Fato é que também a atividade legislativa se intensificou, bastando verificar a quantidade de leis lançadas desde 1990 para noticiar o quanto do regime de direito administrativo foi reconfigurado com as novas leis, muitas delas efetivos marcos regulatórios, como as leis de criação das diversas Agências Reguladoras, as leis de concessão (Lei 8.987/95) e de PPP (Lei 11.079/2004), a lei de consórcio público (Lei 11.107/2005), dentre outras. Segundo CARLOS ARI SUNDFELD, o que se verifica é a *intensificação normativa*. Cf. **Direito Administrativo para Céticos**, 2012, p. 152.

Assim como no sistema norte-americano, as leis de processo administrativo surgem em um contexto de pluralidade normativa, com a intensificação da atividade normativa de um modo geral, abrangendo leis, regulamentos, contratos e precedentes normativos do Supremo Tribunal Federal. Contudo, *não houve transplante* do APA norte-americano para o panorama legislativo nacional. As leis gerais de processo administrativo, como analisado, não foram originariamente delineadas visando à regulação⁵²⁶. Em grande medida, a codificação do processo administrativo no Brasil esteve diretamente relacionada à redemocratização após longo período de ditadura, como mais uma medida de garantia de direitos individuais frente ao Poder Público. Contudo, não se pode negar a conveniência da existirem leis gerais de processo administrativo para afirmação da reforma regulatória no Brasil.

O contexto de Reforma do Estado e criação de Agências Reguladoras enfatizou a importância de uma lei geral de processo administrativo. A clara *influência do common law* na criação das Agências Reguladoras no Brasil determinou não apenas a modelagem da estrutura das autoridades reguladoras, mas também ensejou a adoção de um modo de funcionamento análogo, em que o processo administrativo permeável à participação administrativa fosse o percurso obrigatório de uma regulação válida. Estrutura e função, ambas seriam peças fundamentais à instrumentalização da regulação no Brasil, sendo o processo administrativo elemento imprescindível para viabilizar a dinâmica regulatória, minimamente caracterizada pelas leis gerais de processo administrativo. Nessa medida, o movimento de criação das Agências Reguladoras no Brasil contribuiu para a edição das leis gerais de processo administrativo, ainda que com baixa influência sobre seu conteúdo. Assim como no caso norte-americano, uma lei geral de processo administrativo contribuiria ao menos em três aspectos para o incremento da dinâmica regulatória: (i) controle do exercício de poderes públicos pelo regulador; (ii) racionalização da tomada de decisão regulatória; e (iii) permeabilidade da regulação, com a previsão de instrumentos de participação administrativa.

⁵²⁶ Excepciona-se a Lei Paulista de Processo Administrativo, cujo encaminhamento do então Governador MÁRIO COVAS do anteprojeto para apreciação pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo esteve diretamente relacionado à reforma administrativa no Governo do Estado de São Paulo, com vistas à atração de capital estrangeiro para investimento no Estado. Nessa linha, contribuíram para a edição da Lei Paulista de Processo Administrativo a privatização das COMGÁS e o programa de concessão de rodovias. É o que afirmou CARLOS ARI SUNDFELD em aula ministrada na Direito GV no dia 18 de outubro de 2012.

As leis gerais de processo administrativo *reforçariam o controle da regulação*, sem que as garantias dos regulados e dos usuários em geral se limitassem à previsão em lei específica, via de regra, a lei de criação das Agências Reguladoras. A projeção das leis gerais de processo administrativo às Agências Reguladoras acresce, portanto, direitos oponíveis ao regulador⁵²⁷. No exemplo da participação administrativa, ainda que a lei de criação de uma determinada Agência Reguladora federal não preveja instrumentos de audiência e de consulta pública, encontra-se o regulador legalmente autorizado a adotá-los nos processos administrativos normativos em razão da aplicação subsidiária da Lei Federal de Processo Administrativo. Ademais, prazos, procedimentos, direito de defesa, dever de motivar e exercício do contraditório são todos exemplos de como a processualidade na regulação praticada pelas Agências Reguladoras favorece o controle do exercício de poderes regulatórios e, por consequência, corrobora com a garantia dos direitos particulares. Nessa medida, as leis gerais de processo administrativo conferem uniformidade, ainda que mínima, à atuação das Agências Reguladoras, uniformização essa que confere maior efetividade à defesa de direitos individuais.

A *racionalização* do processo de construção das decisões das Agências Reguladoras também figura dentre os aspectos que determinam a processualização da atividade regulatória. Ocorre que esta processualização determina que a decisão final seja uma decisão construída, objeto de detida reflexão e discussão no curso de um processo. Formada por uma sucessão de atos administrativos, a *instrução processual* volta-se a discutir estudos técnicos, interpretações de fatos, normas jurídicas, efeitos esperados e alternativas de modelagem da regulação (*e.g.*, regulação por ato individual e concreto *vs.* regulação por contrato) e, nessa dinâmica, qualifica a tomada de decisão pelo regulador. Potencialmente, uma decisão tomada nessas circunstâncias tende a apresentar melhor qualidade, mostrando-se mais efetiva no alcance das finalidades setoriais. Em outros termos, a regulação se torna mais racional. Por esta razão se afirmar ser inválida uma decisão final absolutamente destoante do processo administrativo, por vício de motivação.

⁵²⁷ Segundo FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, o manejo de ampla gama de poderes pelas Agências Reguladoras determina a submissão delas a rigorosas normas processuais. Cf. **Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos e seu regime jurídico**, 2005, p. 66.

A melhor interpretação ao dever de motivar que hoje pode ser conferida corresponde ao dever de exposição das razões de fato e de direito deduzidas no processo administrativo⁵²⁸.

Ainda na relação Poder Público – administrado, a codificação do processo administrativo propicia a aproximação saudável entre ambos, dada a disciplina das formas básicas de *participação administrativa*. Uma vez que as leis gerais contemplaram regras sobre a participação do administrado na máquina pública, abre-se um direito ao cidadão de ter a sua voz ouvida pelo Poder Público ao mesmo tempo em que aproximações ilícitas são repudiadas pelo sistema (a exemplo do conluio, das diversas formas de corrupção e captura). O desenho do sistema processual administrativo em uma lei geral determina a composição dos múltiplos interesses que se pode apresentar no âmbito do processo administrativo. Neste ponto, o comportamento da Administração Pública será de arbitramento de interesses, buscando conciliar todos os interesses legítimos processualizados.

Todos esses fatores elevam o valor do processo administrativo no âmbito da regulação econômica, integrando-se no que FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO denominou como *transformações metodológicas* do modo de exercício das competências regulatórias, ao lado da transparência, da participação administrativa e da especialização técnica e jurídica⁵²⁹. Nessa linha, as leis gerais de processo administrativo mostraram-se oportunos marcos jurídicos para a afirmação do modelo regulatório de intervenção estatal na esfera privada⁵³⁰. Dispondo de uma lei geral de processo administrativo, que positivaria e unificaria a atuação processual básica dos órgãos e entes administrativos, novas Agências Reguladoras poderiam ser criadas, eis que a função já estaria minimamente prevista.

⁵²⁸ Cf. item IV.3.3. deste trabalho.

⁵²⁹ Cf. **Balances e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil**, 2005, p. 4.

⁵³⁰ Segundo FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, “[n]ão é mera coincidência que ao surgimento desse novo paradigma regulatório corresponda também um forte avanço na tendência de procedimentalização da atividade administrativa, do qual a edição recente de leis e códigos de processo administrativo é exemplo ilustrativo. Na verdade, a mudança nos métodos de se exercer a atividade regulatória é consequência direta dos outros dois vetores anteriormente vistos. Quando, de um lado, se coloca o interesse do indivíduo como razão e finalidade justificadoras da intervenção estatal e, de outro, se introduz uma nova forma de relacionamento Estado-sociedade, coloca-se a necessidade de que a atividade regulatória ofereça maiores oportunidades de efetiva participação e acompanhamento, pelo indivíduo, da atividade regulatória estatal. Afinal, estes dois outros vetores impõem novos parâmetros de legitimidade e de legitimação da autoridade, para o que os mecanismos de limitação, transparência e permeabilidade do exercício do poder são imprescindíveis”. *Idem*, p. 7.

Com incidência em toda a Administração Pública, aplicando-se, inclusive, subsidiariamente aos processos administrativos específicos⁵³¹, as leis gerais de processo administrativo marcam o *dever de realizar processo administrativo* a todos os órgãos e entes administrativo. Com essas leis, o Direito Administrativo brasileiro não mais recepciona outro modo de atuação administrativa que não por meio de processo, ressalvados os casos excepcionais em que o desenvolvimento prévio do processo administrativo prejudicaria a satisfação de finalidades públicas. Trata-se de um modo de relacionamento entre Administração Pública e administrados, assim como de exercício de prerrogativas públicas, que passa a ser orientação geral para toda a Administração Pública, especialmente às Agências Reguladoras, em que o processo administrativo tem destacada importância.

II.3.3. Tendência à codificação do processo administrativo no Brasil vs. disciplina especial: contraposição ou coexistência?

Após a descrição do contexto de aprovação da Lei 9.784/99 e edição das leis gerais de processo administrativo no plano dos Estados e Municípios, é possível desde já afirmar a tendência à codificação do processo administrativo no Brasil. Contudo, esta é uma informação que merece um tratamento mais aprofundado para se posicionar sobre qual é o estágio dessa codificação, bem como quais são os limites à disciplina jurídica do processo administrativo por meio de leis gerais. Não é possível descolar o estudo da codificação do processo administrativo do contexto de crescente produção normativa que se apresenta no Brasil. Afinal, haveria mesmo uma tendência à codificação diante de uma série de normas especiais sobre processo administrativo?

⁵³¹ A Lei Federal de Processo Administrativo é bastante clara com relação à *incidência geral* de seus preceitos logo no art. 1º: “[e]sta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”. Quanto à aplicação subsidiária da Lei 9.784/99, o correspondente art. 69 assim dispõe: “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”. No caso da Lei Paulista de Processo Administrativo, preceitos análogos são apresentados: “art. 1º. Esta Lei regula os atos e procedimentos administrativos da Administração Pública centralizada e descentralizada do Estado de São Paulo, que não tenham disciplina legal específica. Parágrafo único. Consideram-se integrantes da Administração descentralizada estadual toda pessoa jurídica controlada ou mantida, direta ou indiretamente, pelo Poder Público estadual, seja qual for seu regime jurídico. Art. 2º. As normas desta Lei aplicam-se subsidiariamente aos atos e procedimentos administrativos com disciplina legal específica”.

A prática do Direito Administrativo demonstra que o fenômeno de aumento da produção normativa alcança o processo administrativo. No âmbito legal, crescem as *leis que estabelecem processos administrativos específicos*, direcionados a lidar com um dado objeto de forma peculiar. Também é notável o crescimento de *normas infralegais que disciplinam os diversos procedimentos* adotados pelo Poder Público. Trata-se de uma decorrência pragmática para adequar o funcionamento dos órgãos e entes administrativos às finalidades que têm por função pública satisfazer, conferindo, assim, maior aderência dos processos às necessidades que cada matéria ou setor predica. A regulamentação do processo administrativo em esfera infralegal se volta à disciplina de procedimentos especiais, como visto, bem como à instituição de instrumentos processuais específicos. Tal se verifica, por exemplo, com os acordos administrativos, que não têm previsão na Lei 9.784/99, mas são previstos em diversas normas processuais das Agências Reguladoras.

Além dos processos administrativos disciplinar, tributário e antitruste já mencionados, é de se considerar também as diversas leis que criam as Agências Reguladoras que, por vezes, estabelecem prazos específicos e orientações particulares. Nessa medida, a lei geral de telecomunicações (Lei 9.472/97) fixa como prazo para decidir 90 dias (art. 44, LGT) e determina a obrigatoriedade de realizar consultas públicas antes a edição de atos normativos (art. 42, LGT) ao contrário da Lei 9.784/99, que estipula em 30 dias o prazo para decidir e coloca à disposição do gestor público, como mera faculdade, as audiências e consultas públicas.

Coloca-se hoje interessante dinâmica de definição de *standards* legais para ensejar ampla disciplina normativa pelas autoridades públicas no exercício de competência discricionária. As normas resultantes deste trabalho complexo e plural terminam por ser mais consentânea com as especificidades e as finalidades setoriais. Nessa medida, a Administração Pública se autovincula aos comandos normativos que ela mesma cria, abrindo-se o dever de observar não apenas os preceitos constitucionais e legais contemplados no bloco de legalidade, mas também os diversos atos normativos que orientam a atuação administrativa.

Esse é um dado que deve ser observado na análise da tendência à codificação do processo administrativo. Na verdade, não haveria uma oposição entre disciplina por meio de código e disciplina especial do processo administrativo, mas sim complementariedade: a lei geral estabelece a dinâmica básica do processo administrativo, essencial para a racionalidade na tomada de decisões pelo Poder Público e para a tutela dos direitos dos cidadãos, ao passo que as normas especiais modelam o processo administrativo em razão das especificidades do objeto tutelado, bem como as finalidades públicas que se apresentam.

II.4. Processualização da atividade administrativa no Brasil: uma tarefa inacabada

Uma das mais relevantes conquistas democráticas no Brasil corresponde à edição das leis gerais de processo administrativo, que marcam relevante capítulo na trajetória da processualização da atividade administrativa. Mas até o final da década de 1990, quando as primeiras leis foram editadas, a luta para fazer da função pública uma função processualizada foi longa e envolveu diversos atores.

Precocemente órfão da jurisdição administrativa, o Direito Administrativo brasileiro voltaria a novamente debater o tema do processo administrativo em suas principais doutrinas com a edição do Estatuto dos Funcionários Públicos, no qual também o processo administrativo disciplinar seria objeto de disciplina jurídica. Trata-se de um exemplo de codificação parcial do Direito Administrativo, em discussão por direta influência do movimento de sistematização de outros ramos do Direito em complexos e exaustivos Códigos, a exemplo do Direito Processual Civil e do Direito do Trabalho. A partir deste momento, o processo administrativo se deslocaria nos manuais do Capítulo sobre contencioso administrativo para o Capítulo dos servidores públicos e, nessa toada, passaria a ser compreendido a partir dos processos especiais, notadamente o processo de desapropriação e a licitação, além do mencionado processo administrativo disciplinar. No âmbito constitucional, a previsão do processo administrativo nas Constituições anteriores à vigente também estaria adstrita ao tema dos servidores públicos, cabendo ao Supremo Tribunal Federal garantir a efetividade da ampla defesa e, desse modo, construir uma

jurisprudência que foi fundamental para o reconhecimento da processualidade ampla. A pesquisa empírica demonstrou que o Supremo cumpriu com os papéis de regulador e revisor do processo administrativo (função esta mais recentemente renegada, porém) diante da ausência de leis gerais de processo administrativo.

Pode-se afirmar que o desenvolvimento do processo administrativo no Brasil tem direta relação com as necessidades de operacionalização administrativa. A disciplina jurídica do processo administrativo no Brasil avançou de acordo com as contingências que se apresentaram à Administração Pública, razão pela qual, até a edição das leis gerais de processo administrativo, as *leis de procedimento* eram fundamentalmente voltadas à determinação de competências, afirmação de poderes públicos e previsão de garantias mínimas ao administrado, com destaque para a garantia da ampla defesa.

A redemocratização do Estado, o trabalho doutrinário e a criação das Agências Reguladoras foram fatores de alavancagem da edição de leis gerais de processo administrativo. Se era uma característica do Direito Administrativo brasileiro a ausência de disciplina geral do processo administrativo, paulatinamente parte dos Estados e Municípios dispuseram sobre suas leis gerais de processo administrativo, enquanto os entes que não contam com leis gerais próprias fazem aplicação da Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99).

O instituto do processo administrativo adquiriu diferentes conformações no curso do desenvolvimento do Direito Administrativo, revestindo-se de características reflexas do modelo de Administração Pública e dos valores públicos amparados pelo regime administrativo. Na ponta, a transformação do processo administrativo é resultado da transformação da atividade administrativa, mais permeável à participação administrativa e consentânea com a governança pública. Este é um cenário que não se limita ao panorama brasileiro.

JAVIER BARNES, por exemplo, sintetiza o movimento de transformação do processo administrativo em três gerações⁵³². A *primeira geração* de processo administrativo tem por finalidade proteger os direitos individuais, controlar a discricionariedade administrativa e

⁵³² Cf. **Transforming Administrative Procedure. Towards a third generation of administrative procedures**, 2009, p. 3-11.

aplicar a lei no caso concreto, ou seja, tomar decisões individuais. A *segunda geração* de processo administrativo corresponde ao processo administrativo normativo (*rulemaking*), ou seja, desloca o foco da decisão da aplicação concreta da lei, estruturada em soluções individuais e concretas, para soluções gerais e abstratas. Por fim, a *terceira geração* de processo administrativo não tem por principal finalidade a tomada de decisão pela Administração Pública – individual e concreta ou geral e abstrata – mas sim estabelecer uma permanente comunicação entre órgãos e entes administrativos, bem como Poder Público e particulares na dinâmica de governança pública.

Os dois principais modelos de lei geral de processo administrativo no Brasil, correspondentes às Leis adotadas na União e no Estado de São Paulo, aproximam-se da primeira geração de processo administrativo, como demonstra o estudo empírico sobre os processos legislativos da Lei federal 9.784/99 e da Lei paulista 10.177/98. De fato, a principal preocupação demonstrada pelos elaboradores das leis mencionadas era com relação às garantias de direitos, o que correspondeu substancialmente ao texto final dessas Leis, marcado por substancial carga de direitos dos administrados face ao Poder Público que terminaram por consubstanciar verdadeiras sujeições, como os deveres de motivar, conferir publicidades aos atos interlocutórios e aos atos finais, assim como de ouvir aqueles diretamente interessados no objeto da decisão administrativa. Exatamente por terem sido editadas em contexto posterior à primeira geração⁵³³, essas leis já eram conhecedoras do valor do processo administrativo normativo e das políticas públicas como modo de satisfação de finalidades públicas. Assim, elementos como participação administrativa, dever de motivar e intervenção dos terceiros interessados no conteúdo da decisão administrativa final estiveram presentes em ambas as leis gerais de processo administrativo. Por isso sustenta-se que o Brasil é um caso especial na comparação com os demais sistemas jurídicos, não se aplicando em sua totalidade a esquematização – científica e acurada, todavia – de JAVIER BARNES para o movimento de codificação do processo administrativo no Brasil.

⁵³³ JAVIER BARNES delimita a seguinte cronologia para as gerações de processo administrativo: primeira geração, do século XIX ao século XX, tendo por principal marco a Lei espanhola de processo administrativo, de 1889; a segunda geração, após a II Guerra Mundial, cujo principal marco normativo corresponde ao APA norte-americano, de 1946; e a terceira geração, na virada do século XX para o século XXI, que tem como principal marco normativo a *Strategic Environmental Assessment Procedures*, de 2001. *Idem*, p. 6.

Tomando como referência as variáveis de análise da legislação de processo administrativo propostas por JAVIER BARNES, adaptadas para os fins dessa pesquisa, a seguinte tabela sistematiza o movimento de codificação do processo administrativo no Brasil:

Tabela 04 – Sistematização das fases da disciplina jurídica do processo administrativo no Brasil

	CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	LEIS DE PROCEDIMENTO	LEIS GERAIS DE PROCESSO
<i>Período</i>	Monarquia	Década de 1930 a 1995	A partir de 1996
<i>Exemplo simbólico</i>	Inexistente	Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União (Decreto-Lei 1.713/39)	Leis Federal e Paulista de Processo Administrativo
<i>Regime político</i>	Monárquico: soberano vs. súdito	Ditadura: Administração vs. administrado	Democracia: Administração vs. cidadão
<i>Modelo de gestão</i>	Administração patrimonialista	Administração burocrática	Administração gerencial
<i>Administração</i>	Administração centralizada	Administração piramidal	Administração policêntrica
<i>Contexto de reforma administrativa</i>	<i>Teorie du Pouvoir Neutre</i>	Reforma Burocrática de 1936	Reforma do Estado
<i>Escopo da lei</i>	Resolução de conflitos no âmbito da jurisdição administrativa	-Exercício de prerrogativas públicas -Organização administrativa -Previsão de garantias	-Exercício de prerrogativas públicas -Organização administrativa -Previsão de garantias -Tomada de decisão administrativa -Elaboração de políticas públicas
<i>Abrangência da lei</i>	Cidadãos individuais	Cidadãos individuais	Cidadãos individuais e coletividade
<i>Equilíbrio da relação autoridade vs. liberdade</i>	Autoridade	Autoridade	Liberdade
<i>Dinâmica procedimental</i>	Equivalente ao contencioso judicial	Equivalente ao contencioso judicial	Equivalente ao contencioso judicial quanto à adjudicação e dinâmica colaborativa para edição de normas
<i>Regime jurídico</i>	-Constituição -Costumes	-Constituição -Leis especiais -Deliberações do DASP até o advento do Decreto-Lei 200/67 -Costume	-Constituição -Leis gerais -Leis especiais -Regulamentos -Costume -Súmulas vinculantes após 2005
<i>Decisão administrativa típica</i>	-Ato administrativo individual e concreto	-Ato administrativo individual e concreto	-Ato administrativo individual e concreto -Ato administrativo geral e abstrato -Acordos administrativos
<i>Foco do processo</i>	Decisão final: ato administrativo	Decisão final: ato administrativo	Decisão final: ato administrativo com maior atenção ao processo e ao envolvimento do administrado
<i>Dever de realizar processo</i>	Existente apenas com relação à atuação do Conselho de Estado	Existente apenas com relação aos processos com disciplina em lei especial	Dever geral de realizar processo administrativo
<i>Controle</i>	Inexistente	<i>Ex ante</i>	<i>Ex ante</i> , com abertura para o controle <i>ex post</i>
<i>Finalidade do exercício de competências</i>	Julgar	Exercer prerrogativa pública para bem do serviço público ou do interesse público	Satisfação de finalidades públicas
<i>Funções do processo</i>	Formalidade para trâmite do conflito no Conselho de Estado	Assegurar a legalidade	-Assegurar a legalidade -Mecanismo de controle -Racionalização da decisão administrativa -Arena de participação administrativa -Arbitramento de interesses -Conformação da decisão final

<i>Processamento</i>	Bilateral e adversário	Bilateral e adversário	Bilateral e adversário ou colaborativo quanto à adjudicação e multilateral e colaborativo quanto aos processos normativos
<i>Papel dos particulares</i>	“Parte”: sujeitos da decisão final	“Parte”: sujeitos da decisão final	“Parte” – sujeitos da decisão final na adjudicação – e “cidadãos”, partícipes na construção da decisão normativa
<i>Fluxo de informação</i>	Inquisitório	Investigativo	Investigativo nos processos de adjudicação e colaborativo nos processos normativos
<i>Participação administrativa</i>	Inexistente	Inexistente	Restrita aos processos normativos e não obrigatória, ressalvado nos casos de autovinculação
<i>Relação Legislativo – Executivo</i>	Inexistente diante do Poder Moderador	Rivalidade e aplicação da legalidade formal	Complementariedade, com aplicação da legalidade formal apenas aos procedimentos de restrição de direitos

Fonte: elaboração própria.

Não se pode negar que o desenvolvimento do tema processo administrativo no Direito Administrativo brasileiro é substancial. Porém, a evolução do processo administrativo ainda está em curso no Brasil.

Como analisado no Capítulo I deste trabalho, o exercício da competência normativa pela Administração Pública nunca foi condicionado à realização de prévio processo administrativo, assegurada a participação administrativa dos cidadãos interessados. Tampouco a atividade normativa da Administração Pública foi encarada como uma arena racional de construção lógica do ato normativo, visando a efeitos futuros desejados e, preferencialmente, precedida de avaliação de impacto regulatório. Ainda hoje paira no imaginário publicista a figura do processo administrativo como um procedimento litigioso bilateral do qual o Poder Público participa na qualidade de parte. Com partes bem delimitadas, o processo administrativo se destinaria a alcançar uma decisão de natureza individual, especificamente endereçada à situação concreta de exercício de prerrogativa pública sobre direito individual. A dinâmica do processo administrativo seria orientada pelo contraditório dual, pela ampla defesa e pela imparcialidade em sucessivos atos concatenados até a decisão final tomada pelo Poder Público e sujeita a controle externo pelo Judiciário. Trata-se de uma visão do processo administrativo ainda forte e que, em grande medida, influenciou o desenho das leis de processo administrativo nos países tradicionalmente filiados à matriz europeia-continental de Direito Administrativo⁵³⁴.

⁵³⁴ Cf. JAVIER BARNES, *Transforming Administrative Procedure. Towards a third generation of administrative procedures*, 2009, p. 2.

Atividade administrativa normativa e processo administrativo são dois elementos que ainda hoje dificilmente são indicados como correlacionados, de modo que para edição de ato abstrato e geral seja imprescindível o prévio desenvolvimento de *processo administrativo normativo*. Eis o legado ditatorial que há tempos o Direito Administrativo tem guardado. Ainda hoje a regra no exercício da competência administrativa pelo Poder Público é de edição de atos normativos *one shot*. A regra que ainda se verifica na prática do Direito Público no Brasil é de exercício da competência normativa em absoluta verticalização das relações administrativas, nas quais o cidadão é mero destinatário do ato normativo, e não colaborador do Poder Público para edição do ato normativo, cujos anseios e interesses sejam considerados antes da tomada de decisão. Outras vezes, as leis federais de processo administrativo não são tomadas como referência, mas sim o processo legislativo da Câmara dos Deputados⁵³⁵. *A Processualização da atividade administrativa no Brasil é uma tarefa inacabada*: ainda é preciso alcançar em sua plenitude a atividade normativa da Administração Pública.

⁵³⁵ É o que se verifica, por exemplo, nos principais órgãos relacionados ao exercício de competência normativa pela Presidência da República, que aplicam subsidiariamente o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Em aula do *Curso de Elaboração Normativa* no âmbito do Programa de *Intercâmbio da Secretaria de Assuntos Legislativos* (SAL), do Ministério da Justiça, realizada em Brasília no dia 29 de janeiro de 2013, foi apresentado o processo político normativo do chefe do Poder Executivo. O rito processual é, em linhas gerais, o seguinte: primeiramente, o Ministério faz a análise técnica e jurídica do objeto que, com o aval do Ministro, é encaminhado para os demais Ministérios cuja pasta se relacione com o tema em discussão para nova avaliação técnica e jurídica. Conseguídos os avais dos Ministros acionados, o projeto é encaminhado ao Sistema de Geração e Tramitação de Documentos Oficiais do Governo Federal (SIDOF) da Casa Civil, incumbida de realizar a mediação entre os órgãos governamentais para redação final. No âmbito da Casa Civil, o projeto é analisado por dois órgãos distintos: primeiramente pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (SAG), que realiza a análise do conteúdo do projeto, e, posteriormente, pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República (SAJ), que fundamentalmente se incumbem de analisar a qualidade regulatória do projeto. Dentre os principais elementos analisados pelo SAJ, os seguintes parâmetros de avaliação são considerados: atendimento à finalidade pública; capacidade de produzir os efeitos pretendidos; análise de custo-benefício; potencialidade de aplicação e efetividade da futura norma, inclusive quanto ao risco de questionamento judicial; harmonização com o ordenamento jurídico existente, notadamente a questão de constitucionalidade; e atendimento aos requisitos de técnica legislativa previstos na Lei Complementar 95/98. Após a análise do SAJ, o projeto é encaminhado para a Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República (SRI) com a única e exclusiva finalidade de apreciar o contexto político, a fim de evidenciar (i) se o momento é adequado para a edição da norma e (ii) qual é o formato que a norma deve adotar, se Medida Provisória, se Decreto ou se Lei. Neste último caso, a SRI elabora mensagem à Câmara dos Deputados para submissão de Projeto de Lei da Presidência da República.

Capítulo III. PROCESSO ADMINISTRATIVO NORMATIVO: ANÁLISE DE EXPERIÊNCIAS

“Rulemaking is one of the greatest inventions of modern government”⁵³⁶.

“O que os administrativistas têm de fazer é trabalhar no aperfeiçoamento tanto teórico quanto normativo dos outros mecanismos jurídicos que não a vinculação da Administração ao legislador. Precisam contribuir mais na discussão sobre quais são os arranjos institucionais administrativos capazes de garantir os valores democráticos e os direitos, quando da tomada de decisões. Precisam trabalhar mais sobre a ideia de estudo prévio de impacto regulatório. Precisam investir suas energias nos debates sobre as várias classes de processo administrativo, especialmente as audiências e consultas públicas de projetos de regulamentos”⁵³⁷.

III.1. O *rulemaking* e a experiência norte-americana de processo administrativo normativo – III.1.1. Itinerário do *rulemaking* no Direito Administrativo norte-americano – III.1.1.1. Surgimento do *rulemaking* no APA – III.1.1.2. A “*era do rulemaking*” – III.1.1.3. Ceticismo sobre *rulemaking* – III.1.1.4. Recentes aproximações do *rulemaking* – III.1.2. Principais debates sobre o *rulemaking* – III.1.2.1. O debate sobre a ossificação do *rulemaking* – III.1.2.2. O debate sobre o papel do OIRA no controle presidencial do *rulemaking* – III.1.3. Os procedimentos de *rulemaking* – III.1.3.1. O *rulemaking* no APA – III.1.3.2. Processos administrativos normativos sem prévia fase de comentário – III.1.3.2.1. *Interim-final rulemaking* – III.1.3.2.2. *Direct-final rulemaking* – III.1.3.3. *Regulatory Negotiated Rulemaking* – III.2. A recente experiência brasileira sobre processo administrativo normativo – III.2.1. O desafio da processualização da atividade administrativa normativa no Brasil – III.2.2. A construção do processo administrativo normativo no Brasil – III.2.2.1. Ausência de um ente administrativo de supervisão dos atos normativos – III.2.2.2. O meio eletrônico como arena típica do processo administrativo normativo – III.2.2.3. Abertura do processo administrativo normativo à participação administrativa – III.2.2.4. Múltiplas formalizações da competência normativa na esfera administrativa – III.2.2.5. Análises regulatórias – III.2.2.6. O planejamento normativo – III.2.2.7. Pluralidade de procedimentos para elaboração de atos normativos – III.2.2.8. O ato normativo final: volume de produção

⁵³⁶ KENNETH CULP DAVIS, *Administrative Law Treatise*, 1978, p. 471.

⁵³⁷ CARLOS ARI SUNDFELD, *Administrar é Criar?* in *Direito Administrativo para Céticos*, 2012, p. 155.

Apesar da incipiência do processo administrativo normativo no Brasil, determinados entes administrativos têm efetivamente desenvolvido processos administrativos normativos, alguns deles já dispendo, inclusive, de normas próprias para disciplinar seus procedimentos de elaboração normativa. Este é o principal achado de pesquisa que será apresentado neste Capítulo.

Como será demonstrado, o processo administrativo normativo no Brasil tem se aperfeiçoado ao longo de sua experimentação, especialmente no âmbito das Agências Reguladoras. Em grande medida, o desenvolvimento do processo administrativo normativo nas Agências Reguladoras deve-se à influência dos sistemas de *common law*, notadamente o norte-americano, bem como em razão dos documentos de análise do panorama regulatório brasileiro produzidos pela OCDE. Considerou-se oportuno apresentar o *rulemaking* no sistema jurídico norte-americano tendo em vista a metodologia de direito comparado utilizada para desenvolvimento do processo administrativo normativo no Brasil. Os debates travados nos Estados Unidos sobre o processo normativo da Administração Pública – e sua codificação, notadamente – serão apresentados com a finalidade de apresentar um panorama mais completo da experiência norte-americana com vistas a viabilizar análises comparadas mais qualificadas.

Todavia, a *processualização da atividade administrativa ainda é um desafio no Brasil*. A experiência que efetivamente existe no Brasil ainda é incipiente e se limita quase que inteiramente às Agências Reguladoras criadas no contexto da Reforma do Estado. Pontualíssimos são os órgãos e entes administrativos que desenvolvem processo administrativo normativo fora do ambiente das Agências Reguladoras, como o CNJ e o CONAMA. Corre-se o risco de que o processo administrativo normativo seja compreendido como um instrumento de regulação das Agências Reguladoras, quando, na verdade, trata-se de um dever inescusável a todos órgãos e entes que exerçam poder normativo.

O principal objetivo nesse Capítulo é mapear a recente experiência brasileira sobre processo administrativo normativo, o que será especialmente útil para o estudo que será depreendido no próximo Capítulo sobre a dinâmica do processo administrativo normativo. Pretende-se que a análise da experiência do *rulemaking* nos Estados Unidos contribua à qualificação dos diálogos de direito comparado já evidenciados no Brasil, de modo que o desenvolvimento do processo administrativo normativo não se resuma a uma sucessão de “*transplantes*” de soluções jurídicas internacionais.

III.1. O *rulemaking* e a experiência norte-americana de processo administrativo normativo

Nos itens a seguir, será apresentado o *rulemaking* no Direito Administrativo norte-americano⁵³⁸. Antes, porém, cabe uma advertência. O *rulemaking* é uma linha de pesquisa extraordinariamente disseminada nos estudos acadêmicos norte-americanos, envolvendo análises jurídicas, econômicas e de ciências sociais. O interesse pelo tema não decorre apenas de sua introdução no sistema jurídico norte-americano ainda em 1946, com a edição do APA. O *rulemaking* passou a ser detidamente analisado porque hoje tanto desempenha a relevante função de arena de elaboração de políticas públicas como consiste em uma das variáveis consideradas na análise da qualidade da regulação. De longa data o *rulemaking* tem sido um dos objetos centrais da agenda de pesquisa nos Estados Unidos. Diante da densidade da experiência norte-americana, seria inviável apresentar todas as nuances e reflexões em curso sobre o *rulemaking*.

O objetivo desse item é bem menos pretensioso. Pretendo que esta apresentação do *rulemaking* proporcione satisfatório grau de informação para permitir análises de direito comparado em benefício do processo administrativo normativo brasileiro. Para tanto, o

⁵³⁸ O panorama processual administrativo no sistema norte-americano já foi profundamente analisado por autores brasileiros. Três trabalhos, particularmente, devem ser consultados para melhor compreender as similitudes e as diferenças entre as dinâmicas do processo administrativo brasileiro e norte-americano, quais sejam: VERA SCARPINELLA BUENO, **Devido Processo Legal e Administração Pública no Direito Norte-Americano. Uma breve comparação com o caso brasileiro**, 2001, *passim*; RODRIGO PAGANI DE SOUZA, **Participação Pública nos Processos Decisórios das Agências Reguladoras: reflexões sobre o direito brasileiro a partir da experiência norte-americana**, 2002, *passim*, e DEMIAN GUEDES, **Breve Análise do Processo Administrativo nos Estados Unidos: a Suprema Corte e as Garantias dos Administrados**, 2007, *passim*.

rulemaking será trabalhando considerando três eixos de análise: (i) itinerário do *rulemaking*; (ii) principais debates sobre o *rulemaking* hoje em curso, quais sejam, controle dos atos normativos pelo Executivo, por meio do OIRA, e a ossificação do processo normativo; e (iii) principais procedimentos de *rulemaking*.

III.1.1. Itinerário do *rulemaking* no Direito Administrativo norte-americano

III.1.1.1. Surgimento do *rulemaking* no APA

O *rulemaking* foi primeiramente disciplinado pelo APA, o que não significa, porém, que este procedimento já não fosse anteriormente adotado pela Administração Pública norte-americana⁵³⁹. A aprovação do APA em 1946 pode ser considerada até mesmo simbólica para a atividade normativa da Administração norte-americana, a qual passaria a estar plenamente legitimada para continuidade da agenda política do programa *New Deal*, de ROOSEVELT⁵⁴⁰. No APA, o *rulemaking* estaria expressamente previsto e definido no §551, 5, como “*processo de agência para formulação, alteração ou revogação de norma*”⁵⁴¹. Com a definição de *rule*⁵⁴², o âmbito de abrangência do *rulemaking* também estaria definido, sendo de verificação obrigatória para edição de uma norma legislativa

⁵³⁹ Cf. JERRY MASHAW, **Recovering American Administrative Law: federalist foundations, 1787-1801**, 2006, p. 1256. Segundo RICHARD J. PIERCE, já em 1789 o Congresso delegou poderes para o Presidente editar normas para estabelecimento de benefícios para os veteranos da Guerra de Independência dos Estados Unidos. Cf. **Rulemaking and the Administrative Procedure Act**, 1996-1997, p. 185.

⁵⁴⁰ Sobre o contexto de criação do APA nos Estados Unidos e as razões para previsão do *rulemaking*, cf. item II.3.2.3.2. deste trabalho.

⁵⁴¹ Tradução livre. Do original: 5 USC § 551(5): “*‘rule making’ means agency process for formulating, amending, or repealing a rule*”.

⁵⁴² 5 USC § 551(4): “*‘rule’ means the whole or a part of an agency statement of general or particular applicability and future effect designed to implement, interpret, or prescribe law or policy or describing the organization, procedure, or practice requirements of an agency and includes the approval or prescription for the future of rates, wages, corporate or financial structures or reorganizations thereof, prices, facilities, appliances, services or allowances therefor or of valuations, costs, or accounting, or practices bearing on any of the foregoing*”. Cf., ainda, 5 USC § 552(a)(1)(D). Uma *rule* se diferencia de uma *adjudicative order* na medida em que goza de aplicabilidade genérica, sendo destinada a uma categoria de pessoas, e não a partes individualizadas, e situações fáticas. Com relação à locução “*particular applicability*” presente no conceito de *rule*, ERNEST GELLHORN e RONALD M. LEVIN explicam que se trata, na verdade, de uma “*anomalia histórica*” para submeter à revisão tarifária o *rulemaking*. Cf. **Administrative Law and Process in a Nutshell**, 1997, p. 300. Ademais, as normas têm fundamentalmente aplicabilidade para o futuro: os pontualíssimos casos de edição de normas pelas Agências com efeitos retroativos devem estar amparadas em preceitos normativos que expressamente defiram essa competência, como decidido no caso BOWEN v. GEORGETOWN UNIVERSITY HOSPITAL (488 U.S. 204 1988).

(“*legislative rule*” ou “*substantive rule*”, com força de lei por alterar direitos), que não se confunde com as normas interpretativas (“*interpretative rules*”) e as declarações gerais de política (“*general statements of policy*”), ambos tipos de normas que o APA dispensa a prévia realização de *rulemaking*.

No processo de elaboração do APA, o *rulemaking* foi ignorado nas fases iniciais de discussão do projeto no ABA, quando as atenções se voltavam quase que exclusivamente ao controle judicial e ao processo de *adjudication*⁵⁴³. Apesar de não ser o foco de discussões, o *rulemaking* foi previsto no APA com a exigência de que todas as propostas normativas fossem submetidas à participação administrativa. Mais do que assegurar aos particulares a oportunidade de contribuição no desenho dos atos normativos, a exigência de participação administrativa seria uma técnica de contenção da Administração Pública, um dos principais propósitos do ABA diante do engrandecimento da máquina do Estado no contexto do *New Deal*⁵⁴⁴. Assim foi inaugurado o *notice-and-comment rulemaking*, pelo qual as minutas normativas deveriam ser submetidas à participação administrativa, para comentários⁵⁴⁵. Este seria o procedimento do *informal rulemaking*, diferenciado do *formal rulemaking* pelo APA quanto ao modo de participação administrativa: nos casos em que a lei determinasse a realização de *formal rulemaking*, aplica-se o disposto nas seções 556-557⁵⁴⁶, que aproxima o *rulemaking* a um processo judicial.

Todavia, nas duas primeiras décadas após a edição do APA, raros eram os casos de realização de *rulemaking*⁵⁴⁷. As decisões das Agências eram tomadas quase que totalmente nos processos de *adjudication*, endereçadas à situação concreta que lhes era apresentada⁵⁴⁸. Nos poucos casos de utilização do *rulemaking* nos Estados Unidos, vigorava o *formal rulemaking*, isto é, o procedimento administrativo normativo com prévia participação administrativa oral, com registro formal das contribuições. Apesar do rigor procedimental,

⁵⁴³ Cf. GEORGE B. SHEPHERD, **Fierce Compromise: the Administrative Procedure Act emerges from New Deal politics**, 1995-1996, p. 28.

⁵⁴⁴ Cf. item II.3.2.3.2. deste trabalho.

⁵⁴⁵ Cf. 5 USC § 553(b)(c).

⁵⁴⁶ Cf. 5 USC § 553(c).

⁵⁴⁷ Cf. RICHARD J. PIERCE, **Rulemaking and the Administrative Procedure Act**, 1996-1997, p. 187.

⁵⁴⁸ Cf. REUEL E. SCHILLER, **Rulemaking’s Promise: administrative law and legal culture in the 1960s and 1970s**, 2001, p. 1145-1147. O autor reporta que o principal fator de negligência do *rulemaking* corresponde à desconfiança das Agências Reguladoras, já forte no contexto de edição do APA. Desse modo, a atuação das Agências seguia fundamentalmente o modelo judicial, com preferência à *adjudication*. Como afirma REUEL E. SCHILLER, “*Agency rulemaking was essentially ignored*”. Tanto assim que as primeiras recomendações presidenciais endereçadas às Agências na gestão KENNEDY faziam menção somente aos processos de *adjudication*. *Idem*, p. 1146.

o controle judicial da atividade normativa das Agências Reguladoras era tênue, pois a *expertise* das Agências Reguladoras associada ao fraco envolvimento da Casa Branca nas atividades regulatórias das Agências resultou em um cenário de quase completa deferência judicial ao exercício da competência normativa pelo Poder Público norte-americano⁵⁴⁹.

III.1.1.2. A “Era do Rulemaking”

O *rulemaking* passou por um considerável processo de transformação nas décadas de 1960 e 1970.

O crescimento do *rulemaking* deve-se fundamentalmente à demanda dos *Scholars* em colocar o processo normativo em ação nas Agências, tido como mais isonômico e controlável na comparação com os processos de *adjudication*. A crescente produção bibliográfica de valorização do *rulemaking* exerceu significativa influência também sobre o Judiciário, quando “vários juízes uniram-se aos doutrinadores, exortando as Agências a aumentar a sua confiança nos atos normativos”⁵⁵⁰. Nessa linha, diversas foram as decisões judiciais que invalidaram decisões tomadas pelas Agências em *adjudication*, quando deveriam ter sido operadas por meio de *rulemaking* por apresentarem caráter normativo⁵⁵¹. A “euforia pelo *rulemaking*”⁵⁵² levou seu criador, KENNETH CULP DAVIES, a proferir a seguinte declaração sobre a cada vez maior adoção do *rulemaking* pelas Agências:

⁵⁴⁹ Cf. PETER STRAUSS, **From Expertise to Politics: the transformation of american rulemaking**, 1996, p. 753. Segundo o autor, “[n]or at this time did the political branches make concerted efforts to control or participate in rulemaking. Rulemaking was an ordinary agency activity”. *Idem, ibidem*.

⁵⁵⁰ Cf. RICHARD J. PIERCE, **Rulemaking and the Administrative Procedure Act**, 1996-1997, p. 189. Tradução livre. Nessa medida, foi desenvolvida jurisprudência no sentido de condicionar a Agência a realizar *rulemaking* sempre que esta se mostrasse uma alternativa viável. *Idem, ibidem*. Ademais, as Cortes passaram a posicionar-se favoravelmente à competência para realização de *rulemaking* pelas Agências Reguladoras quando esta fosse dúbia. O entendimento foi primeiramente adotado no caso NATIONAL PETROLEUM REFINERS ASS’N v. FTC (482 F.2d 672 DC Circ. 1973). Na ocasião, a *Federal Trade Commission* emitiu uma regulação para determinar que os postos de gasolina indicassem a octanagem nas bombas de gasolina. Contra essa medida, os comerciantes se insurgiram, alegando ausência de competência normativa para tanto. A Corte de Apelação de D.C. determinou que o poder normativo das Agências deveria ser interpretado “liberalmente” devido aos inúmeros benefícios relacionados ao *rulemaking*. Comentário sobre o caso foi apresentado por ERNEST GELLHORN e RONALD M. LEVIN, **Administrative Law and Process in a Nutshell**, 1997, p. 299.

⁵⁵¹ Cf., em especial, BELL AEROSPACE CO. DIV. OF TEXTRON, INC. v. NLRB, 475 F.2d 485 (2nd Circ. 1973) e MORTON v. RUIZ, 415 U.S. 199 (1974).

⁵⁵² Cf. RICHARD J. PIERCE, **Rulemaking and the Administrative Procedure Act**, 1996-1997, p. 190.

*“De fato, de todas as ferramentas que o governo dispõe para conduzir programas editados pelo Legislativo, rulemaking rapidamente se transforma no dominante. Durante as próximas décadas, a projeção é que governos ao redor do mundo adotem as ideias norte-americanas de rulemaking como o pilar da máquina pública”*⁵⁵³.

Assim, apesar da importância histórica do *rulemaking* para legitimar o *New Deal*⁵⁵⁴, o grande impulso veio a partir da década de 1960, quando o *rulemaking* passou a ser o principal instrumento de formulação de políticas públicas nos Estados Unidos⁵⁵⁵. Naquele período, temas de “*interesse público*” constituíram a pauta do Congresso que terminou por editar diversas leis em matéria de meio ambiente, saúde, segurança e defesa do consumidor⁵⁵⁶. Em comum, essas leis determinavam o desenho de políticas públicas sob os auspícios das novas Agências Reguladoras criadas por essas leis⁵⁵⁷. Como narra RICHARD J. PIERCE, “[e]ssas Agências eram conduzidas por uma nova geração de tecnocratas que já tinham internalizado as vantagens das normas com a principal forma de moldar condutas”⁵⁵⁸.

A importância do *rulemaking* para a efetividade e legitimidade das políticas públicas determinou que a primeira reforma do instituto viesse no sentido de simplificar o *rulemaking*, fazendo com que este procedimento fosse cada vez mais adotado pelos reguladores. Assim, a Suprema Corte norte-americana aceitou a realização de processos

⁵⁵³ **Administrative Law Trease**, 1936, p. 448-449. Tradução livre. Do original: “[i]ndeed, of all the tools that government has for carrying out programs enacted by the legislative body, rulemaking procedure is rapidly becoming the dominant one. During coming decades, the prospect is that governments all over the world will adopt American ideas about rulemaking as a mainstay of governmental machinery”.

⁵⁵⁴ Cf. item II.3.2.3.2. deste trabalho.

⁵⁵⁵ Cf. ERNEST GELLHORN e RONALD M. LEVIN, **Administrative Law and Process in a Nutshell**, 1997, p. 298.

⁵⁵⁶ Segundo REUEL E. SCHILLER, a edição de leis de interesse público decorre da atuação de “*public interest lawyers*” nos bastidores dos Poderes, tendo desempenhado papel fundamental na edição dessas leis e para a abertura das Agências Reguladoras à participação administrativa. Cf. **Rulemaking’s Promise: administrative law and legal culture in the 1960s and 1970s**, 2001, p. 1145.

⁵⁵⁷ Cf. PETER STRAUSS, **From Expertise to Politics: the transformation of american rulemaking**, 1996, p. 755. São exemplos de Agências Reguladoras criadas nesse período o *National Highway Traffic Safety Administration* (1966), o *Environmental Protection Agency – EPA* (1970) e o *Consumer Products Safety Commission* (1972). Na trajetória do *rulemaking*, o EPA exerceu relevante papel de aperfeiçoamento do *rulemaking*, com especial destaque para a criação de novos procedimentos de *rulemaking*. Cf. item III.1.3.1. deste trabalho.

⁵⁵⁸ Cf. **Rulemaking and the Administrative Procedure Act**, 1996-1997, p. 189. Tradução livre. Do original: “[t]hese agencies were led by a new generation of technocrats who had already internalized the advantages of rules as the primary means of shaping conduct”.

normativos com fase de comentários escritos, sem audiência pública⁵⁵⁹ (“*public hearing*”)⁵⁶⁰. Era a criação do *informal rulemaking*, ou meramente *notice-and-comment rulemaking*, que passou a ser o principal procedimento de edição de normas pelas Agências Reguladoras norte-americanas⁵⁶¹.

Contudo, se por um lado a Suprema Corte valoriza a adoção do *rulemaking* pelas Agências, por outro resguarda o poder de controle da atuação administrativa normativa. No caso *Abbott Labs.*⁵⁶², julgado em 1967, foi superado o tradicional entendimento de que o controle judicial da ação administrativa apenas se verificaria na execução da decisão administrativa. Admitindo-se controle prévio à execução da decisão administrativa (*pre-enforcement review*), o foco do controle judicial desloca-se do ato administrativo final para o processo de tomada de decisão administrativa. Em outros termos, no julgamento do caso *Abbott Labs.* a Suprema Corte terminou por reconhecer o envolvimento dos juízes no *rulemaking*.

O caso *Abbott Labs.* impactou o modo de condução do *rulemaking* pelas Agências. Por um lado, passou-se a assumir que as ações regulatórias significativas seriam objeto de questionamento judicial devido à quantidade de grupos de interesse envolvidos. Desse modo, as Agências deveriam dispor de substancioso registro⁵⁶³ (“*record*”), que seriam objeto de apreciação judicial anteriormente à aplicação da norma. A necessidade de extenso registro no *rulemaking* foi reafirmada no caso *Overton Park*⁵⁶⁴, em 1971. Para REUEL E. SCHILLER,

⁵⁵⁹ Os casos que levaram à criação do *informal rulemaking* são: UNITED STATES v. ALLEGHENY-LUDLUM STEEL CORP. (406 U.S. 742, 1972) e UNITED STATES v. FLORIDA EAST COAST RAILWAY CO. (410 U.S. 224, 1973). Em comum, a questão de debate em ambos os casos corresponde à validade de atos normativos editados pela *Interstate Commerce Commission* sem prévia realização de audiência, o que não se coadunaria com o processo de *formal rulemaking* previsto no APA. A Suprema Corte reconheceu a validade dessas normas, que haviam sido editadas segundo o procedimento de *informal rulemaking*, tendo em vista que as “*trial-like adjudications*” não seriam adequadas à elaboração de políticas públicas pelas Agências.

⁵⁶⁰ O termo *public hearing* foi traduzido como “*audiência pública*”, como já se tem trabalhado no Direito Administrativo brasileiro. Cf. DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO, **Mutações do Direito Administrativo**, 2007, p. 255-256.

⁵⁶¹ Cf. MICHAEL KOLBER, **Rulemaking Without Rules: an empirical study of direct final rulemaking**, 2009, p. 84-85.

⁵⁶² ABBOTT LABORATORIES v. GARDNER, 387 U.S. 136, 1967.

⁵⁶³ Os registros do *rulemaking* incluiriam ato de publicação da norma proposta; os comentários recebidos na participação administrativa; transcrição da audiência pública, no caso de *formal rulemaking*; a motivação da norma, com a indicação do fundamento jurídico e da correspondente proposta; e as análises desenvolvidas pela Agência.

⁵⁶⁴ CITIZENS TO PRESERVE OVERTON PARK, INC. v. VOLPE, 401 U.S. 402, 1971.

“[a]inda que *Overton Park* envolvesse adjudication, juntamente com *Florida East Coast Railway*, *Allegheny-Ludlum* e *Abbott Labs.*, enviaria uma mensagem coerente sobre a reação da [Suprema] Corte com o aumento do *informal rulemaking*: ele seria encorajado, mas intensamente controlado”⁵⁶⁵.

A adoção de um método de revisão judicial da regulação mais metucioso e exigente por parte do Poder Judiciário (*hard look review*) determinou o condicionamento do *informal rulemaking* a diversas exigências típicas do *formal rulemaking*, como o dever de instaurar sessões de interrogatório e a adoção do sistema de exame cruzado (“*cross-examination*”)⁵⁶⁶. Este método de controle judicial resultou na criação de um “*hybrid rulemaking*”, devido às exigências típicas de *formal rulemaking* ao *informal rulemaking*⁵⁶⁷. A principal característica do *hybrid rulemaking* consiste na combinação do *informal rulemaking* com atos procedimentais impostos pelo Poder Judiciário típicos do *formal rulemaking*. Exatamente por conta da dispersão das decisões judiciais impositivas de obrigações procedimentais no *rulemaking*, não é clara a definição do *hybrid rulemaking*⁵⁶⁸. Assim, são comuns as determinações judiciais de audiência, com ou sem interrogatório, para que a Agência exponha com minúcias o conteúdo da regulação⁵⁶⁹. O precedente que sedimentou o entendimento da Suprema Corte com relação à controvérsia do *hybrid rulemaking* corresponde ao caso *Vermont Yankee*⁵⁷⁰, em que a Suprema Corte considerou

⁵⁶⁵ Cf. **Rulemaking’s Promise: administrative law and legal culture in the 1960s and 1970s**, 2001, p. 1154. Tradução livre. Do original: “[t]hough *Overton Park* involved an adjudication, its holding, along with *Florida East Coast Railway*, *Allegheny-Ludlum*, and *Abbott Labs.*, sent a coherent message about the Court’s reaction to the rise of *informal rulemaking*: it was to be encouraged, but intensely reviewed”.

⁵⁶⁶ Eram especialmente previstas exigências de *suporte fático* das normas editadas pelas Agências norte-americanas, o que não era reconhecido à época da edição do APA, como relata JEFFREY LUBBERS. Segundo o autor, reconhecia-se a presunção de existência factual do conteúdo da regulação normativa, como estabelecido no caso *Pacific States Box & Basket’s*, decidido pela Suprema Corte ainda em 1935 (*PACIFIC STATES BOX & BASKET’S CO. v. WHITE*, 296 U.S. 176). A presunção de existência factual foi apenas relativizada no caso *Overton Park*, cuja decisão afirmou a relevância do registro formal dos atos e fatos do *rulemaking* para viabilizar posterior controle judicial desses documentos. Cf. **A Guide to Federal Agency Rulemaking**, 2006, 315-319. Por sua vez, REUEL E. SCHILLER indica o comportamento proativo do CHIEF JUDGE BAZELON no D.C. Circuit, em cujos casos apreciados sobre *informal rulemaking* houve sistemática imposição de registros formais, além de audiências públicas, sendo este *Judge* um dos principais formuladores de *hybrid rulemakings*. Cf. **Rulemaking’s Promise: administrative law and legal culture in the 1960s and 1970s**, 2001, p. 1155-1166.

⁵⁶⁷ Também conhecido como *notice-and-comment plus*, o *hybrid rulemaking* consiste em um procedimento de elaboração normativa de origem pretoriana, a partir de exigências de adoção de elementos típicos do *formal adjudication* no *informal adjudication*.

⁵⁶⁸ Cf. PHILIP HARTER, **Negotiating Regulations: a cure for malaise**, 1982-1983, p. 5.

⁵⁶⁹ Cf. *PORTLAND CEMENT ASS’N vs. RUCKELSHAUS*, 486 F.2d 375, 392-93 (DC Circ., 1973).

⁵⁷⁰ *VERMONT YANKEE NUCLEAR POWER CORP. vs. NATURAL RESOURCES DEFENSE COUNCIL, INC.*, 435 U.S. 520, 1978. No caso concreto, ambientalistas requereram o direito de contraditar prova técnica produzida

ilegítima a determinação pelo Judiciário de normas procedimentais ao *rulemaking*, mas exigiu que as Agências dispusessem de registro formal dos atos e fatos analisados no decorrer do processo de *rulemaking*.

De semelhante modo o Congresso norte-americano criou vários tipos de *hybrid rulemakings* com a edição de leis que previam a obrigatoriedade de realização de audiências públicas, com a possibilidade de instrução probatória, oitiva de testemunhas e exames cruzados, a exemplo do disposto no *Occupational Safety and Health Act* (1970) e no *Federal Mine Coal Mine Safety Act* (1969). Ademais, ainda previram a necessidade de registro formal dos atos e das análises no decorrer do *rulemaking*, como o *Consumer Product Safety Act* (1972) e as emendas ao *Clean Air Act* de 1977⁵⁷¹.

O estabelecimento de exigências formais no *rulemaking* pelo Judiciário e pelo Legislativo gerou descontentamento nas Agências. Pelo discurso oficial, tais requerimentos tornavam a regulação normativa mais custosa e demorada, o que poderia comprometer as finalidades setoriais. Por outro lado, esclarece-se que era reconhecido o receio dos reguladores quanto ao controle judicial, então viabilizado com a determinação de registro formal dos atos praticados no *rulemaking*. Ainda, a presunção de litigiosidade do ato normativo também colocava em dúvida a segurança jurídica na medida em que não seria reconhecida a estabilidade regulatória primordial para a redução dos custos de transação. O modo de reação das Agências Reguladoras norte-americanas foi a criação de uma Agência de caráter consultivo, qual seja, a *Administrative Conference of the U.S.* (ACUS), em 1968.

Trata-se de uma espécie de *think tank* governamental focado nos processos administrativos conduzidos pelas Agências. Assim como as demais Agências, o Presidente nomeia mediante sabatina do Senado o Diretor da ACUS e os membros do conselho. Por sua vez, o Diretor faz as nomeações para os cargos de “*membros*”, que variam de 75 a 91 postos. Prioritariamente, os cargos são assumidos por acadêmicos de direito

pela *Nuclear Regulatory Commission*. No D.C. Circuit, o CHIEF JUDGE BAZELON deu provimento ao pedido. Em sede de recurso, a questão foi levada à apreciação pela Suprema Corte.

⁵⁷¹ Segundo REUEL E. SCHILLER, contudo, o debate mais incisivo sobre a criação de *hybrid rulemaking* se verificou nos debates do *Federal Trade Commission Improvement Act*, de 1975. Na ocasião, representantes do FTC argumentavam que a Agência deveria estabelecer seu próprio procedimento de produção normativa, pois a natureza do objeto da regulação determinaria uma edição mais célere do ato normativo – como resposta regulatória dentro do tempo de mercado –, ou uma análise mais espaçada do conteúdo da regulação. No entanto, “*it was clear that the members of Congress (and their aides) had been reading the courts’ hard look opinions*”. *Idem*, p. 1169.

administrativo⁵⁷², mas também são encontrados representantes dos regulados e das Agências Reguladoras. A ACUS dispõe de “*poder*” de estudo empírico do funcionamento das Agências com a finalidade de desenvolver análises que sirvam de subsídio às suas “*recomendações*”, seu ato final por excelência. Atualmente a ACUS se organiza nas seguintes comissões: *adjudication, administration and management, collaborative governance, judicial review, regulation e rulemaking*.

No contexto de criação da ACUS, esta Agência seria, na verdade, a “*voz*” das Agências Reguladoras. Diante de um quadro de crescente intervenção do Judiciário e do Legislativo na dinâmica de processamento do *rulemaking*, a ACUS serviria de contraponto às soluções jurídicas que então se apresentavam. Por meio de suas recomendações – legitimadas e tecnicamente qualificadas pela maciça presença de acadêmicos dentre seus membros –, a ACUS terminaria por estabelecer um *guideline* de atuação das Agências diverso daquele encontrado nos precedentes judiciais, voltado à preservação da autonomia das Agências. Assim, as três primeiras recomendações da ACUS versaram sobre assuntos sensíveis às Agências naquele momento histórico: disciplina jurídica do *informal rulemaking* (Recomendação 72-5), delimitação do conteúdo e da abrangência do registro formal no *rulemaking* (Recomendação 74-4) e previsão da dinâmica de participação administrativa (Recomendação 76-3)⁵⁷³.

Dois ordens de preocupação marcaram a disciplina jurídica do *rulemaking* nesse período: (i) participação dos destinatários da regulação ao processo normativo das Agências e (ii) *accountability* da atividade normativa das Agências. Não por outra razão, a literatura jurídica se voltava fundamentalmente à avaliação dos instrumentos de participação administrativa, por um lado, e ao estudo da captura do regulador nos

⁵⁷² JERRY MASHAW indica que a ACUS consiste, efetivamente, em uma “*Agência Acadêmica*”, sendo a sua lei de criação aludida como “*Law Professors Relief Act*”. Composta por alguns dos mais proeminentes *scholars* do Direito Administrativo norte-americano, o diferencial desta Agência está exatamente no substrato acadêmico, que permite disseminar na Administração valores e conhecimento teórico. Cf. **Reforming the Bureaucracy: the Administrative Conference technique**, 1974, p. 261-268.

⁵⁷³ Cf. REUEL E. SCHILLER, **Rulemaking’s Promise: administrative law and legal culture in the 1960s and 1970s**, 2001, p. 1171. Segundo o autor, todas essas recomendações foram alcançadas mediante compromisso daqueles favoráveis à manutenção das competências das Agências e da relativa discricionariedade de funcionamento e aqueles outros defensores da limitação das Agências. *Idem*, p. 1173. Segundo o autor, “*ACUS staked out a position hostile to Chief Judge Bazelon’s and Congress’s desire to control procedures in informal rulemaking. The agencies, speaking through ACUS, felt that control over the procedural mechanisms by which they made their rules lay at the core of their expertise and defined the boundary of their institutional sovereignty*”. *Idem*, p. 1175.

processos de *rulemaking*, tendo em vista que os grupos de interesse estariam menos propensos a se apresentar nos processos de adjudicação⁵⁷⁴.

Refletindo essas preocupações, uma sucessão de leis foi editada para prever a obrigatoriedade de audiências em processos normativos de determinadas Agências⁵⁷⁵. O Congresso também editou diversas leis para condicionar o *rulemaking* a valores públicos de transparência e controle. Em 1972 foi editado o *Federal Advisory Committee Act* (FACA), voltado à disciplina de constituição e funcionamento de comitês consultivos das Agências⁵⁷⁶; o *Government Sunshine Act* foi publicado em 1972 para prever os “*open meetings*”, ou seja, para possibilitar que o público acompanhasse as reuniões das Agências; e o *Freedom of Information Act* (FOIA), editado em 1966, foi substancialmente alterado em 1974 para prever mais exigências de divulgação de informações. Some-se a isso o julgamento do caso *DATA PROCESSING SERVICES ORGANIZATION, INC. v. CAMP* em 1970 pela Suprema Corte⁵⁷⁷, no qual foi alargada a abrangência das categorias de interessados que poderiam requerer a revisão judicial de normas administrativas.

É também do período compreendido entre as décadas de 1960 e 1970 o desenvolvimento da ideia de articulação entre as Agências e a Casa Branca no processo normativo, tendo em vista os custos da regulação para diversos setores da economia. O

⁵⁷⁴ Cf. PETER STRAUSS, **From Expertise to Politics: the transformation of American rulemaking**, 1996, p. 756.

⁵⁷⁵ São citados os exemplos do *Consumer Product Safety Act* (1972), *Safe Drinking Water Act* (1974), *Toxic Substances Control Act* (1976) e *Endangered Species Act Amendments* (1978). Cf. JEFFREY LUBBERS, **The Transformation of the U.S. Rulemaking Process – for better or worse**, 2008, p. 473-474.

⁵⁷⁶ O *Federal Advisory Committee Act* foi incorporado ao USC no Apêndice 2. Desde a década de 1950 o Congresso norte-americano já tinha interesse de estabelecer parâmetros mínimos de funcionamento dos comitês consultivos do Executivo, o que abrange o Presidente e as Agências federais. Na década de 1970, diante de um cenário político favorável ao controle externo do Executivo, a lei foi editada. Cf. WILLIAM F. FUNK, JEFFREY S. LUBBERS e CHARLES POU JR., **Federal Administrative Procedure Book**, 2008, p. 552-553. O assessoramento externo do Poder Público integra a prática pública nos Estados Unidos: mesmo com a edição da Ordem Executiva 12.838 em 1993, que resultou na extinção de um terço dos comitês consultivos existentes, em 2012 eram contabilizados 1.077 comitês consultivos estabelecidos nas Agências federais. Informação disponível em: <http://www.gsa.gov/portal/content/248953>. Acesso em 23 de setembro de 2013. O claro receio de captura do Executivo por grupo de interesses se depreende da exposição de motivos do FACA. Dentre as principais determinações do FACA, as seguintes são salientadas: necessidade de prévia publicidade sobre a constituição de comitê consultivo; clara definição do escopo e objeto do comitê; necessária qualificação do membro do comitê consultivo à temática de discussão; ausência de conflito de interesse do membro do comitê consultivo ao tema de análise; periódica revisão do funcionamento e da necessidade do comitê consultivo; obrigatoriedade de reunião pública; e submissão ao controle do administrador do *General Services Administration* (GSA), a que os comitês consultivos do Executivos estão vinculados. Para uma visão geral do FACA e a dinâmica que termina por estabelecer na política do Executivo, cf. JAY S. BYBEE, **Advising the President: separation of Powers and the Federal Advisory Committee Act**, 1994-1995, p. 51-128.

⁵⁷⁷ 397 U.S., 150.

National Environmental Policy Act, de 1969, previu ineditamente a necessidade de os reguladores considerarem o impacto das normas que seriam editadas, em coordenação com a Casa Branca. A conscientização dos custos da regulação foi determinante para que o Congresso editasse leis que previssem a necessidade de submissão das normas regulatórias para apreciação do Congresso, que poderia vetá-las⁵⁷⁸.

Em 1971, foi editada pelo então Presidente RICHARD NIXON o *Quality of Life Review*, que determinou a submissão ao *Office of Management and Budget* (OMB) propostas significativas e normas finais, o qual se incumbiria de circular o documento para outras Agências diretamente relacionadas com o objeto da regulação. Esta seria a primeira expressão do “*presidential oversight*”, tema de grande relevância a partir da década de 1980 e até hoje objeto de controvérsias entre os *scholars*⁵⁷⁹.

Em 1974 a Ordem Executiva 11.821 foi editada pelo Presidente FORD para estabelecer o *Inflation Impact Statement Program*, em que as Agências Executivas foram obrigadas a preparar análise de impacto da inflação (“*inflation impact statement*”) antes da submissão da proposta de uma *major rule* à fase de comentários. Originalmente as Agências dispunham de margem de liberdade para catalogarem, segundo seus próprios critérios, as *major rules*⁵⁸⁰. Com a ampliação do alcance da Ordem Executiva 11.821/74, substituiu-se a análise de impacto da inflação para a análise de impacto econômico (“*economic impact statement*”), o que seria mais condizente com a proposta de otimização da relação de custos e benefícios das propostas normativas⁵⁸¹.

Na comparação com o período anterior, o desenvolvimento do *rulemaking* foi notável nas décadas de 1960-1970, propiciado pela ampla aceitação do processo como

⁵⁷⁸ Cf. PETER STRAUSS, **From Expertise to Politics: the transformation of American rulemaking**, 1996, p. 758.

⁵⁷⁹ Cf. itens III.2.1.4. e III.2.2.1. deste trabalho.

⁵⁸⁰ Cf. WILLIAM FUNK, JEFFREY LUBBERS e CHARLES POU JR., **Federal Administrative Procedure Sourcebook**, 2008, p. 219. Segundo os autores, o *Council on Wage and Price Stability* sugeriu alguns critérios para se reconhecer uma *major rule*, dentre eles o custo anual mínimo de \$100 milhões da norma ou de \$150 milhões na margem de dois anos. Posteriormente, essa racionalidade seria oficialmente adotada na disciplina da análise de impacto regulatório. *Idem, ibidem*.

⁵⁸¹ *Idem, ibidem*.

mecanismo de regulação e promoção de políticas públicas. Esse período ficaria conhecido como “*era do rulemaking*”⁵⁸².

III.1.1.3. Ceticismo sobre o *rulemaking*

Todavia, as exigências de controle e de participação administrativa não significam limitação às Agências, pelo contrário: é esse o período de maior expansão da Administração Pública norte-americana. A resistência a esse programa expansionista de governo apenas viria em 1977, com a eleição de JIMMY CARTER. Neste governo e na gestão de seus sucessores – RONALD REAGAN (1981-1989) e GEORGE BUSH (1989-1993) –, a proposta com relação à atuação regulatória do Estado norte-americano era de aumento do controle presidencial sobre o *rulemaking*⁵⁸³. No Governo CARTER, foi editada a Ordem Executiva 12.044, em 1978, na qual expressamente se encontravam expressões como “*regulatory analysis*” e “*cost-benefit analysis*”, as quais seriam posteriormente consagradas na doutrina e na prática do *rulemaking*. A Ordem Executiva 12.044/78 também exigiu a publicação de agendas regulatórias periódicas e procedimentos para identificação das *major rules* e do modo menos custoso de formalizar a sua regulação⁵⁸⁴.

Em 1981 O Presidente REAGAN editou a Ordem Executiva 12.291 com a proposta de “*reduzir os encargos dos regulamentos existentes e futuros, aumentar a responsabilização das Agências pela atuação regulatória, prever a supervisão presidencial do processo regulatório, minimizar duplicação e conflitos dos regulamentos e assegurar regulamentos bem fundamentados*”⁵⁸⁵. Ineditamente fora atribuída ao OMB a competência de revisão presidencial dos atos normativos editados pelas Agências norte-

⁵⁸² Cf. THOMAS MCGARITY, **Some Thoughts on “Deossifying” the Rulemaking Process**, 1991-1992, p. 1385.

⁵⁸³ Cf. PETER STRAUSS, **From Expertise to Politics: the transformation of American rulemaking**, 1996, p. 760.

⁵⁸⁴ Cf. WILLIAM FUNK, JEFFREY LUBBERS e CHARLES POU JR., **Federal Administrative Procedure Sourcebook**, 2008, p. 220.

⁵⁸⁵ Cf. preâmbulo da Ordem Executiva 12.291/81. Tradução livre. Do original: “(...)to reduce the burdens of existing and future regulations, increase agency accountability for regulatory actions, provide for presidential oversight of the regulatory process, minimize duplication and conflict of regulations, and insure well-reasoned regulations (...)”.

americanas⁵⁸⁶, que ficaria a cargo do OIRA, criado um ano antes no *Paperwork Reduction Act*, de 1980, para revisar os requisitos que as Agências impunham aos regulados para exercício de competências regulatórias. Esta Lei também determinou que as Agências analisassem como as futuras normas podem aumentar os custos de obtenção de informações pelos regulados. No mesmo ano foi editado o *Regulatory Flexibility Act (Reg-Flex)*, que determinou a mensuração do impacto das normas propostas pelas Agências em pequenas empresas e Municípios.

Foi conferida oportunidade para as Agências Reguladoras independentes aderirem consensualmente à Ordem Executiva 12.291/81, o que, porém não se verificou⁵⁸⁷. Ademais, também se colocou problema de ordem prática na aplicação da Ordem Executiva 12.291/81, pois o controle presidencial era verificado apenas ao final do *rulemaking*, comprometendo, então, a sua efetividade⁵⁸⁸. Tendo em vista o ímpeto de controle da regulação, foi editada a Ordem Executiva 12.498/85, em que se estabeleceu o *Regulatory Program of the United States Government*. Assim, as Agências passaram a submeter anualmente ao OMB as propostas mais significativas antes da instauração do *rulemaking*. A revisão da minuta se fazia fundamentalmente quanto à coordenação da proposta com as agendas regulatórias das demais Agências e os regulamentos existentes, dos quais resultaria um plano coordenado de ação regulatória.

A partir da década de 1980, são aperfeiçoados os instrumentos de controle do *rulemaking* manejados pelo Legislativo, pelo Judiciário e pela Casa Branca⁵⁸⁹, fatores esses responsáveis pela *ossificação do rulemaking*, como se analisará mais adiante⁵⁹⁰.

III.1.1.4. Recentes aproximações do *rulemaking*

⁵⁸⁶ Cf. Sec. 6 da Ordem Executiva 12.291/81.

⁵⁸⁷ Cf. CASS SUNSTEIN, **The Cost-Benefit State: the future of regulatory protection**, 2002, p. 10-11.

⁵⁸⁸ Cf. WILLIAM FUNK, JEFFREY LUBBERS e CHARLES POU JR., **Federal Administrative Procedure Sourcebook**, 2008, p. 221.

⁵⁸⁹ O Governo BUSH I manteve o programa de regulação estabelecido no Governo antecessor. A única medida que merece maior destaque corresponde à criação do *Council on Competitiveness*, voltado a regular determinadas normas e supervisionar o funcionamento do OMB.

⁵⁹⁰ Cf. item III.1.2.1. deste trabalho.

Durante a gestão de BILL CLINTON (1993-2001), o *rulemaking* seria um dos principais focos da Reforma Regulatória conduzida pelo Vice-Presidente AL GORE que resultou em substancial alteração do *rulemaking*. Logo no começo de mandato, foi lançado o *National Partnership for Reinventing Government*, comumente conhecida como *National Performance Review*, cujo projeto de lei, porém, não foi aprovado pelo Congresso de maioria republicana e onde algumas das principais diretrizes da reforma do *rulemaking* estavam presentes, como a simplificação processual, a adoção de fórmulas consensuais, a busca por uma maior abertura ao diálogo com os administrados e a descentralização da competência normativa⁵⁹¹.

Como plano de ação da Reforma Regulatória, foi editada a Ordem Executiva 12.866, em 1993, que dispõe sobre o *Regulatory Planning and Review*⁵⁹². Lastreada nas diretrizes das Ordens Executivas 12.291/81 e 12.498/85, a Ordem Executiva 12.866/93 se apoia no binômio planejamento – controle presidencial para aperfeiçoamento regulatório. Em seus princípios, fica clara a mínima intervenção regulatória na medida em que a Ordem determina o exercício da competência normativa pelas Agências apenas nos casos previstos em lei, em que se fizer necessária a edição de regulamento para fins de hermenêutica ou diante de alguma circunstância de necessidade pública que demande a edição de ato normativo.

Com relação ao planejamento, as Agências estariam obrigadas a apresentar sua agenda regulatória anual (“*annual rulemaking agenda*”) ao OIRA, que passou a exercer o principal papel de coordenação das Agências. Pelo controle das agendas regulatórias anuais do OIRA, o Presidente poderia participar ativamente da construção da política regulatória, ainda antes da divulgação da minuta para comentário público⁵⁹³. Com a publicação da *Unified Agenda of Federal Regulation*, em que as agendas regulatórias eram sintetizadas e apresentadas ao público, também os cidadãos passariam a dispor de

⁵⁹¹ Disponível em: <http://govinfo.library.unt.edu/npr/library/nprprt/annrpt/redtpe93/2342.html>. Acesso em 29 de outubro de 2013.

⁵⁹² Sobre o contexto de edição da Ordem Executiva 12.866/93, cf. É o que aponta MARTHA MINOW, **OIRA Avoidance**, 2011, p. 994-995.

⁵⁹³ Para ELENA KAGAN, o processo de revisão da regulação normativa praticada pelas Agências norte-americanas seria um dos principais meios de controle presidencial da máquina burocrática estatal, corroborando para o engrandecimento da figura do Presidente atuação administrativa. Esse quadro é referido pela autora como a “*era of presidential administration*”, em alusão ao aperfeiçoamento de instrumentos de controle das Agências diretamente pelo Presidente durante a gestão BILL CLINTON. Cf. **Presidential Administration**, 2000-2001, *passim*.

informação para participar das primeiras etapas do *rulemaking*. Se os atos normativos das Agências Reguladoras independentes não se submetem à revisão do OIRA, por outro lado a Ordem Executiva 12.866/93 é bastante clara ao exigir que as correspondentes agendas regulatórias sejam apresentadas ao OIRA. Também integra a frente do planejamento as *Agencies' Policy Meeting*, que correspondem às reuniões anuais do Vice-Presidente com os Diretores das Agências.

Com a edição da Ordem Executiva 12.866, em 1993, o OIRA foi consagrado como o “*centro do universo do rulemaking*”⁵⁹⁴. Nesses termos a Ordem Executiva 12.866 faz referência ao OIRA como “[r]epositório de conhecimentos sobre questões regulatórias, incluindo metodologias e procedimentos que afetam mais de uma agência, esta ordem executiva, e as políticas de regulação do Presidente”⁵⁹⁵. Além da submissão da agenda regulatória anual, as Agências passam a ter de apresentar ao OIRA um plano regulatório⁵⁹⁶. Foi conferido amplo poder de revisão das decisões das Agências sem autonomia e independência quanto à legalidade, adequação às prioridades do Presidente e aos princípios da Ordem Executiva, dentre os quais se destaca a *análise de custo-benefício*⁵⁹⁷. Primeiramente, a normativa define a ação regulatória significativa (“*significant regulatory action*”): norma que tenha impacto anual na economia na ordem de, no mínimo, \$100 milhões; seja antinômica a qualquer norma de outra Agência; altere o volume de repasses públicos para fins de subsídios e custeio de direitos, assim como taxas de utilização ou programas de empréstimos; ou determine novas questões jurídicas ou políticas, considerando as leis, as prioridades do Presidente e os princípios estabelecidos na Ordem Executiva⁵⁹⁸. Na sequência, a norma determina o dever de as Agências realizarem análises de impacto de qualquer ação regulatória significativa, sujeita à revisão do OIRA⁵⁹⁹.

⁵⁹⁴ JEFFREY LUBBERS, *The Transformation of the U.S. Rulemaking Process – for better or worse*, 2008, p. 475.

⁵⁹⁵ Tradução livre. No original: “[t]he repository of expertise concerning regulatory issues, including methodologies and procedures that affect more than one agency, this Executive order, and the President’s regulatory policies”.

⁵⁹⁶ Sec. 4 (c)(F)(2).

⁵⁹⁷ Sec. 6 (a)(1). As análises de custo-benefício estão circunscritas às matérias determinadas pela Agência ou pelo OIRA como “*economicamente significativa*”, nos termos da Sec. 3(f)(1).

⁵⁹⁸ Sec. 3(f).

⁵⁹⁹ Esse é o texto da Sec. 6 (a)(3)(C): “[f]or those matters identified as, or determined by the Administrator of OIRA to be, a significant regulatory action within the scope of section 3(f)(1), the agency shall also provide to OIRA the following additional information developed as part of the agency’s decision-making process (unless prohibited by law): (i) An assessment, including the underlying analysis, of benefits anticipated from the regulatory action (such as, but not limited to, the promotion of the efficient functioning of the economy and private markets, the enhancement of health and safety, the protection of the natural environment, and the elimination or reduction of discrimination or bias) together with, to the extent feasible,

A Ordem Executiva 12.866/93 marca a especialização do regime jurídico do *rulemaking* para edição de “*significant regulatory action*”, cuja tomada de decisão passaria por análises de custo-benefício e avaliações de risco⁶⁰⁰. Contudo, a determinação não alcança as ações regulatórias significativas das *Agências Reguladoras*, isto é, das Agências com autonomia reforçada.

Os princípios da regulação assinalados na Sec.1(b) da Ordem Executiva 12.866/93 constituem, na prática, efetivas diretrizes para desenvolvimento de análises de impacto regulatório. Dentre as principais obrigações que as Agências devem atender para se coadunarem com os princípios da Ordem Executiva 12.866/93, as seguintes merecem destaque: (i) identificar o problema; (ii) identificar e avaliar os instrumentos jurídicos de regulação, considerando, inclusive, métodos alternativos; (iii) proceder à análise de custo-benefício; e (iv) rever periodicamente as normas editadas. As ações regulatórias significativas devem, nos termos da Ordem Executiva 12.866/93, ser precedidas de análise de impacto regulatório.

Novas exigências de análise foram editadas pelo Legislativo norte-americano. Em 1995 foi editado o *Unfunded Mandates Reform Act*, pelo qual as Agências se obrigam a realizar análise de impacto regulatório quando a regulação pudesse impactar Estados e Municípios, bem como no caso de a norma impactar significativamente o setor privado. A edição do *Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act* (SBREFA), em 1996,

a quantification of those benefits; (ii) An assessment, including the underlying analysis, of costs anticipated from the regulatory action (such as, but not limited to, the direct cost both to the government in administering the regulation and to businesses and others in complying with the regulation, and any adverse effects on the efficient functioning of the economy, private markets (including productivity, employment, and competitiveness), health, safety, and the natural environment), together with, to the extent feasible, a quantification of those costs; and (iii) An assessment, including the underlying analysis, of costs and benefits of potentially effective and reasonably feasible alternatives to the planned regulation, identified by the agencies or the public (including improving the current regulation and reasonably viable nonregulatory actions), and an explanation why the planned regulatory action is preferable to the identified potential alternatives”.

⁶⁰⁰ Cf. RICHARD J. PIERCE, *Rulemaking and the Administrative Procedure Act*, 1996-1997, p. 196. Com relação à reforma do sistema do controle judicial da regulação normativa, abrangida pela Reforma Regulatória do APA, o autor indica o efeito de transformar o “*rulemaking ossification*” em “*rulemaking petrification*”. *Idem, ibidem*. Para tanto, o documento básico de orientação da Ordem Executiva 12.866/93 foi a Recomendação 88-9/89 da ACUS.

reforçou o dever de análise de impacto regulatório sobre pequenas empresas, já anteriormente previsto no *Reg-Flex*⁶⁰¹.

Com relação à própria interação do Legislativo com o *rulemaking*, parte do SBREFA, conhecido como *Congressional Review of Rules Act*, determina que as Agências submetam suas normas para apreciação do Congresso. Caso se trate de uma *major rule*, determina-se vacância obrigatória de sessenta dias para que o Congresso disponha de tempo para apresentar, se for o caso, uma resolução conjunta de desaprovação com assinatura do Presidente⁶⁰².

A centralização das políticas de governo no âmbito da Casa Branca teve impacto direto nas duas principais instituições do panorama regulatório dos Estados Unidos: o OIRA e a ACUS. No caso do OIRA, o impacto foi positivo. Como analisado, o órgão passou a ser o centro do controle presidencial da regulação. Todavia, a ACUS foi negativamente impactada e, em 1995, teve suas atividades encerradas. Segundo o argumento oficial, crise fiscal norte-americana foi determinante para o desmantelamento da ACUS⁶⁰³. Todavia, fato é que a ACUS concorria com o OMB na edição de recomendações regulatórias e, diante da proposta de centralização da regulação, seria conveniente a extinção da ACUS. Apenas em 2004 a ACUS teria novamente as suas atividades retomadas.

⁶⁰¹ Embora com aplicação apenas indireta ao *rulemaking*, o *Information Quality Act* (IQA), de 2000, determina que as Agências devem editar diretrizes para garantir a máxima qualidade, objetividade, utilidade e integralidade das informações fornecidas ao público.

⁶⁰² O envolvimento do Congresso norte-americano com o *rulemaking* se evidencia de diversas formas. Primeiramente, os desenhos dos procedimentos do *rulemaking* são primeiramente definidos pela lei formal, além de assegurar a competência normativa das Agências. Todavia, a lei tem ganhado recentemente um papel que vai além dos parâmetros de uma lei-quadro no sistema norte-americano. Diversas leis foram editadas pelo Congresso para determinar o dever de instrução do processo normativo informal nos moldes do processo normativo formal, tais como audiências públicas presenciais, interrogatório de testemunhas e exigências de motivação mais robusta. Não por outra razão, juntamente com o Judiciário o Legislativo corrobora para o desenvolvimento do *hybrid-rulemaking*. Como afirmar JEFFREY LUBBERS, o Congresso manifesta preocupação com a celeridade do processo normativo e tem editado leis contendo prazo máximo para conclusão do *rulemaking*, a exemplo do *Asbestos Hazard Emergency Response Act*, de 1986, segundo o qual o EPA deve publicar notícia adiantada de proposta de *rulemaking* em 60 dias, proposta de norma em 180 dias e a norma final em 360 dias. **A Guide to Federal Agency Rulemaking**, 2006, p. 15. Mas também o Congresso tem desenvolvido controle sobre o ato normativo final resultado do *rulemaking*. Trata-se da revisão congressual do *rulemaking*. Durante o ano de 1983 foram editadas leis que previam o *veto legislativo* dos atos normativos das Agências, o que foi rechaçado pela Suprema Corte no julgado *IMMIGRATION AND NATURALIZATION SERVICE v. CHADHA* (472 U.S. 919, 1983) por ofensa à separação de Poderes.

⁶⁰³ Cf. WALTER GELLHORN, **Birth Pangs of the Administrative Procedure Act**, 1996, p. 53.

No término do Governo CLINTON, diante da confirmação da controversa vitória de GEORGE W. BUSH sobre AL GORE, foram editadas em curtíssimo espaço de tempo as chamadas “*midnight regulations*”, que tinham por principal propósito estabelecer instrumentos jurídicos e regras alinhadas aos ideais do Partido Democrata para imprimir a marca da gestão CLINTON na futura administração republicana. Essas normas seriam acusadas de terem baixa qualidade: editadas às pressas, na véspera da transição de governo, as *midnight regulations* não eram objeto de detida análise regulatória⁶⁰⁴. Elas seriam, portanto, estratégicas para aprovação de projetos controversos, muito embora a ACUS tenha constatado empiricamente que, no geral, essas normas resultam de processos já há longo tempo em discussão ou dispõem sobre organização administrativa⁶⁰⁵.

Ainda na toada da análise de impacto regulatório, em 2003 o OMB editou a Circular A-4 para disciplinar o *regulatory analysis*, decomposto em duas metodologias básicas: a análise de custo-benefício (*cost-benefit analysis* – CBA) e a análise de custo-efetividade (*cost-effectiveness analysis* – CEA). A Circular A-4 do OMB ainda determina a obrigatoriedade de realização de análises quantitativas quando o custo da regulação for igual ou superior a \$1 bilhão. Segundo a Circular A-4/2003, os seguintes itens devem constar na preparação das análises regulatórias: introdução; justificativa de que a ação regulatória federal se faz necessária; análise de alternativas regulatórias; apresentação de

⁶⁰⁴ Como decorrência da dinâmica das *midnight rules*, é reconhecido o *efeito Cinderela*: na certeza de que os agentes comissionados perderão seus postos de trabalho com a mudança de Governo, os mesmos se apressam para editar normas “*antes da meia noite*”, quando passarão a ser novamente cidadãos comuns. Cf. PATRICK A. MCLAUGHLIN e JERRY ELLIG, **Does OIRA Review Improve the Quality of Regulatory Impact Analysis? Evidence from the final year of Bush II Administration**, 2011, p. 189.

⁶⁰⁵ Cf. *Administrative Conference Recommendation* 2012-2, de 2012. Partindo da premissa de que o *rulemaking* não pode ser simplesmente “*suspense*” em novembro até a posse do novo Presidente, a ACUS apresenta as seguintes recomendações ao Governo em retirada: (i) tentar planejar as fases do *rulemaking* de modo que não haja acúmulo de atividades ao final do período de gestão; (ii) buscar submeter à participação administrativas as propostas significativas ainda antes do resultado das eleições; (iii) quando a edição de uma *midnight rule* for inevitável, deve-se dispor sobre o tempo da regulação na motivação; (iv) considerar a possibilidade de dilatar a *vacio legis*, preferencialmente para que o termo seja superior a 90 dias da nova Administração, de modo que a esta seja conferida a oportunidade de rever a norma final; (v) evitar usar as *midnight rules* para disciplinar temas de organização administrativa que impactem o futuro governo, especialmente em matéria orçamentária; (vi) tentar manter a troca de informações entre a Administração em retirada e a nova Administração. Como se pode evidenciar, as *midnight rules* pressupõem forte envolvimento político dos órgãos e entes administrativos. No caso brasileiro, essas diretivas não seriam propriamente aplicáveis às Agências Reguladoras, cuja blindagem política é uma de suas mais caras características. O diálogo com a experiência norte-americana das *midnight rules* seria mais oportuno, porém, com relação ao exercício da atividade normativa pelos órgãos e entes administrativos regidos pelo regime administrativo comum (e não o regime administrativo especial das Agências Reguladoras). Para tanto, imprescindível estudar o instituto da revogação, considerando valores públicos como certeza jurídica e legítima confiança na Administração Pública, e o papel das “*razões de interesse público*” para legitimar mudanças radicais de políticas públicas já em curso na sociedade.

estudos; mensuração dos custos e benefícios da medida; apresentação de estudos específicos; mapeamento dos grupos de interesse na medida regulatória; e data de vigência do estudo técnico (geralmente correspondente a um ano). Especificamente com relação à análise de custo-benefício, os seguintes passos são necessários de acordo com a Circular A-4/2003: expor como as ações regulatórias se relacionam com os benefícios esperados; comparar os custos e os benefícios com o paradigma de análise, geralmente a inação administrativa; e identificar os efeitos positivos e negativos residuais.

Diante desse quadro, as Agências passaram a editar normas não substantivas em detrimento de realizar o *rulemaking*. Na verdade, as Agências têm reiteradamente “evitado” o OIRA, cuja revisão tem se mostrado custosa e demorada⁶⁰⁶. Tendo em vista que as normas meramente interpretativas e as declarações gerais de política regulatória consistem em hipóteses de exceção à realização de *rulemaking* conforme o APA, as Agências passaram a fazer uso desses tipos de normas. Como reação à tendência, em 2007 o OMB lançou o Boletim 07-02 – “*Final Bulletin for Agency Good Guidance Practices*” – com condicionantes à formulação pelas Agências de diretrizes significantes (“*significant guidance documents*”), as quais também estariam submetidas à apreciação do OMB⁶⁰⁷.

Uma das primeiras ações da Gestão OBAMA foi submeter a Ordem Executiva 12.866/93 à consulta pública, estimulando a participação de *scholars*⁶⁰⁸. Em 2011, foi editada a Ordem Executiva 13.563, que complementa as determinações da Ordem Executiva 12.866/93. Designada como *Improving Regulations and Regulatory Review*, a Ordem Executiva 13.563/2011 determina que a ação normativa da Administração Pública deve se verificar nos casos em que os benefícios superem os custos, bem como estabelece o dever de menor onerosidade dos atos normativos aos regulados. Outra determinação importante da Ordem Executiva 13.563/2011 refere-se ao uso da *internet* e da mídia social

⁶⁰⁶ É o que aponta MARTHA MINOW, no estudo de sugestivo nome **OIRA Avoidance**, 2011, p. 994-995.

⁶⁰⁷ O efeito prático do Boletim 07-02 do OMB é apresentado por JEFFREY LUBBERS: “[m]any of the prescriptions of this bulletin are sensible approaches to the problem of abuse of the policy statement exemption from notice-and-comment rulemaking, but on the same day, OMB amended Executive Order 12,866 to require that ‘significant guidance documents’ be submitted for OMB review, thus making it more difficult for agencies to offer any form of important guidance”. **The Transformation of the U.S. Rulemaking Process – for better or worse**, 2008, p. 478.

⁶⁰⁸ As contribuições de *scholars* e de centros de pesquisa estão disponíveis em: <http://www.reginfo.gov/public/jsp/EO/fedRegReview/publicComments.jsp>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

para promover uma oportunidade significativa para comentários (“*meaningful opportunity for public comment*”).

Além dessas Ordens Executivas gerais, outras Ordens Executivas foram editadas para prever análises específicas para tutela de determinados valores públicos, sendo muitas delas em benefício de categorias vulneráveis. Atualmente, a fase decisória do *rulemaking* deve necessariamente considerar as seguintes normas: Ordem Executiva 12.889/93 (*Implementation of the North American Free Trade Agreement*), que determina ser 75 dias o período de comentários mínimo quando a proposta versar sobre regulação técnica ou sanitária; Ordem Executiva 12.898/94 (*Federal Actions to Address Environmental Justice in Minority Populations and Low-Income Populations*), segundo a qual cada Agência deve elaborar um plano em que identifica e propõe alternativas aos efeitos adversos à saúde humana ou ao meio ambiente decorrentes de sua atividade normativa, assim como preveja políticas junto com parcela sub-representada da sociedade e população de baixa renda; Ordem Executiva 12.988/96 (*Civil Justice Reform*), que estabelece regras de redação e harmonização das normas regulatórias; Ordem Executiva 13.045/97 (*Protection of Children from Environmental Health Risks and Safety Risks*), pela qual cada Agência deve minimizar os impactos regulatórios sobre o meio ambiente e sobre a criança e o adolescente; Ordem Executiva 13.132/99 (*Federalism*), que determina a consulta a Estados e Municípios para avaliação de eventuais impactos de uma regulação federal sobre eles; Ordem Executiva 13.175/2000 (*Consultation and Coordination with Indian Tribal Governments*), que requer que comunidades indígenas sejam consultadas antes da edição de uma regulação que possa ter impactos sobre as mesmas; Ordem Executiva 13.211/2001 (*Actions Concerning Regulations that Significantly Affect Energy Supply, Distribution, or Use*), que determina a consideração dos impactos energéticos na análise de impacto regulatório, bem como a submissão ao OMB de um *Statement of Energy Effects* na hipótese de ações relevantes em matéria de energia (*significant energy actions*); e Ordem Executiva 13.272/2002, que determina a comunicação da edição de uma norma que possa impactar pequenas empresas ao OMB, OIRA e à Procuradoria junto ao *Small Business Administration's Office*.

III.1.2. Principais debates sobre o *rulemaking*

A descrição do itinerário do *rulemaking* confere o pano de fundo dos principais debates travados em torno do tema no sistema norte-americano. Diante da impossibilidade de analisar com a devida profundidade todas as discussões em curso no Direito Administrativo norte-americano, foram escolhidos dois dos mais representativos e que mais têm ensejado reflexões sobre a transformação no funcionamento do *rulemaking*: o debate sobre a ossificação do *rulemaking* e o debate sobre o controle presidencial do *rulemaking* por meio do OIRA.

III.1.2.1. O debate sobre a ossificação do *rulemaking*

Um dos temas em discussão no sistema jurídico norte-americano corresponde à *ossificação do rulemaking*⁶⁰⁹, compreendido como o resultado de um conjunto de fatores que tornam este processo mais moroso e custoso. A tese sustentada pela maior parte dos doutrinadores é que os controles praticados pelo Judiciário, pelo Executivo e pelo Congresso terminam por ossificar o *rulemaking* na medida em que cada ente incute seu próprio conceito de “*boa regulação*”, sufocando a capacidade de regulação técnica pelas Agências⁶¹⁰.

Três seriam os principais fatores de ossificação do *rulemaking*. Primeiramente, indicam-se as inúmeras exigências de análise de impacto regulatório das *major rules*. Como se analisou anteriormente⁶¹¹, são diversas as Ordens Executivas que condicionam a tomada de decisão das Agências não independentes, levando-as a dispenderem esforços e tempo para atendimento dessas análises. Por outro lado, as propostas normativas se submetem ao crivo do OIRA, onde uma segunda rodada de análise se desenvolve considerando, dentre outros fatores, a adequação da minuta com as prioridades de governo,

⁶⁰⁹ Apesar de o “*peso do rulemaking*” já ser uma pauta debatida pelos doutrinadores desde a década de 1970, o termo “*ossificação*” foi primeiramente empregado por THOMAS MCGARITY. Cf. **Some Thoughts on “Deossifying” the Rulemaking Process**, 1991-1992, *passim*.

⁶¹⁰ Cf. JASON YACKEE e SUSAN YACKEE, **Testing the Ossification Thesis: an empirical examination of federal regulatory volume and speed, 1950-1990**, 2011-2012, p. 1417-1418.

⁶¹¹ Cf. item III.1.1.4. deste trabalho.

a exatidão da relação de custo-benefício da norma e a coordenação da proposta com as demais regulações. Muito embora a Ordem Executiva 12.866/93 estabeleça o prazo máximo de 90 dias para revisão do *rulemaking* pelo OIRA, o prazo pode ser prorrogado por 30 dias sucessivamente⁶¹². Na expressão de RICHARD STEWART, evidencia-se “*paralysis by analysis*”⁶¹³.

Em segundo lugar, o Congresso norte-americano terminou por estabelecer rígidos condicionamentos ao *rulemaking* nas novas leis de criação de Agências ou nas alterações legislativas. Como exemplo de condicionamento do *rulemaking*, cite-se a exigência de interrogatório na fase de instrução fixada pelo *FTC Improvement Act*, *Consumer Product Safety Act* e *Toxic Substances Control Acts*, todas essas leis publicadas em 1993⁶¹⁴. Some-se a isso as exigências de análises regulatórias determinadas por lei. É o caso, por exemplo, do *Regulatory Flexibility Act*, do *Paperwork Reduction Act* e do *National Environmental Policy Act*⁶¹⁵.

Por fim, saliente-se a rigidez do *rulemaking* determinada pelo Judiciário, que, fazendo uso da *hard look doctrine*, tem paulatinamente determinado maiores condicionamentos processuais visando à amplíssima garantia de participação administrativa e à verdade real nas decisões normativas das Agências. Pela interpretação das seções 553 e 706 do APA, em diversos casos os juízes reconheceram verdadeiros deveres processuais no *rulemaking*, como o dever de realizar interrogatórios e de exames cruzados. Como analisado, essa aproximação do *informal rulemaking* ao *formal rulemaking* inaugurou um novo tipo de procedimento, qual seja, o *informal rulemaking*⁶¹⁶. Especialmente diante do fato de que a fase de comentários consiste em uma etapa meramente formal, sendo os efetivos diálogos regulatórios travados fora do processo, a função do *rulemaking* passou de mecanismo de participação administrativa para método de compilação de dados para o controle judicial⁶¹⁷.

⁶¹² Segundo o *Administrative Conference Statement* 18, da ACUS, recentemente o processo de revisão do OIRA tem levado, aproximadamente, um ano para ser completado. 2013, p. 3.

⁶¹³ **Administrative Law in the Twenty-First Century**, 2003, p. 447.

⁶¹⁴ Cf. RICHARD PIERCE JR., **Seven Ways to Deossify Agency Rulemaking**, 1995, p. 64.

⁶¹⁵ Cf. item III.1.1.4. deste trabalho.

⁶¹⁶ Cf. item III.1.1.2. deste trabalho.

⁶¹⁷ Cf. E. DONALD ELLIOTT, **Re-Inventing Rulemaking**, 1992, p. 1492.

Todos esses fatores levaram o *rulemaking* a ser um processo custoso, rígido e pesado. Consequentemente, as Agências passaram a evitar ao máximo a realização do *rulemaking*. Além de evitarem exercer a competência normativa para disciplinar determinada atividade, ainda que necessária, as Agências retornaram ao *case-by-case adjudication* como forma de estabelecer entendimentos de aplicação geral⁶¹⁸. Assim, pelas sucessivas decisões individuais e concretas as Agências firmam entendimento de natureza normativa. Outra técnica empregada pelas Agências corresponde ao aumento do uso de normas de interpretação e planos regulatórios que, por não serem considerados “*normas legislativas*”, estão excepcionados de prévia realização de *rulemaking* pelo APA⁶¹⁹.

Sobre a ossificação do *rulemaking*, o debate acadêmico se desenvolve em dois grandes eixos. O primeiro deles corresponde à caracterização da ossificação, suas evidências concretas e possíveis causas. De fato, o reconhecimento do fenômeno da ossificação é controverso, apesar de reconhecido pela maior parte dos doutrinadores. JASON YACKEE e SUSAN YACKEE, por exemplo, desenvolveram estudo empírico a partir das hipóteses mais aventadas sobre a ossificação do *rulemaking* e chegaram à conclusão de que, ao menos na instituição analisada, a ossificação não se verificava⁶²⁰. Em resposta, RICHARD PIERCE JR. escreveu o artigo intitulado *Rulemaking Ossification is Real: a response to Testing the Ossification Thesis*, no qual afirmou que a “*ossificação do rulemaking é real e um sério problema, medida com referência em qualquer base normativa plausível*”⁶²¹.

⁶¹⁸ Cf. LARS NOAH, **Doubts about Direct Final Rulemaking**, 1999, p. 402.

⁶¹⁹ JUAN J. LAVILLA desenvolveu estudo empírico durante os meses de janeiro a junho de 1987 no *Federal Register* com a finalidade de averiguar quantas normas, de um total de 457, foram editadas pelas Agências Reguladoras fazendo uso da expressão “*finding of good cause*”, chegando a contabilizar um total de 25%. Sem esta referência direta, mas com o mesmo fundamento jurídico, a estimativa aumenta para 33%. Cf. **The Good Cause Exemption to Notice and Comment Rulemaking Requirements Under the Administrative Procedure Act**, 1989-1990, p. 338-340. Cf., ainda, KEVIN SAUNDERS, **Interpretative Rules with Legislative Effect: an analysis and a proposal for public participation**, 1986, p. 348 e ss.

⁶²⁰ **Testing the Ossification Thesis: an empirical examination of federal regulatory volume and speed, 1950-1990**, 2011-2012, *passim*. No estudo, foram analisadas 2718 normas editadas pelo Departamento do Interior por meio de *notice-and-comment rulemaking* de 1950 a 1990. As normas foram separadas em dois períodos: 1950 a 1975 e 1976 a 1990. Tendo em vista que os doutrinadores apontam o início da ossificação na década de 1970, o confronto dos resultados de ambos os períodos poderia indicar empiricamente o “*peso*” do *rulemaking*. Todavia, não foram encontradas significativas variações entre os períodos especificados quanto ao volume normativo, tempo de elaboração normativa e uso de “*normas não legislativas*”.

⁶²¹ 2011-2012, p. 1503. Tradução livre. Do original: “[r]ulemaking ossification is a real and serious problem measured with reference to any plausible normative baseline”.

O segundo eixo de debate parte da premissa de que, efetivamente, há ossificação do *rulemaking* e que este, todavia, permanece sendo um procedimento indispensável à satisfação de valores públicos como participação administrativa e racionalidade na definição de atos normativos com efeitos gerais e abstratos. Desse modo, os administrativistas buscam apresentar possíveis alternativas para contornar o cenário de ossificação do *rulemaking*⁶²². A mais importante alternativa que desponta do reconhecimento desse cenário de ossificação do *rulemaking* corresponde à adoção de mecanismos de *governança pública*⁶²³. Muito embora a governança pública não possa ser entendida como unicamente uma proposta de superação da ossificação do *rulemaking*, este também é um fator considerado para sustentar que as ações administrativas devem cada vez mais prezar pela busca do consenso⁶²⁴. Como resultado, reformas regulatórias são sugeridas nessa linha enquanto procedimentos de *rulemaking* são aperfeiçoados com fundamento na governança pública, com destaque para o *reg-neg*⁶²⁵. Dentre as alternativas colocadas à ossificação também está a massiva adoção de esquemas flexíveis de produção normativa, em especial a *interim-final rule* e a *direct-final rule*⁶²⁶. Ainda, a ossificação do *rulemaking* tem servido para criticar os eventuais excessos do controle presidencial e as exigências de análises de impacto regulatório.

A ossificação não implica, por certo, em uma menor utilização do *rulemaking* pelas Agências⁶²⁷, mas traz consequências significativas à sua dinâmica de funcionamento.

⁶²² A melhor compilação dessas alternativas é apresentada por JASON YACKEE e SUSAN YACKEE, **Testing the Ossification Thesis: an empirical examination of federal regulatory volume and speed, 1950-1990**, 2011-2012, p. 1433-1439.

⁶²³ Cf. JODY FREEMAN, **Collaborative Governance in the Administrative State**, 1997-1998, *passim*.

⁶²⁴ Cf. ORLY LOBEL, **The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought**, 2004-2005, p. 367-369; JODY FREEMAN, **The Private Role in Public Governance**, 2000, p. 653-654; e JODY FREEMAN, **Collaborative Governance in the Administrative State**, 1997-1998, p. 8-14.

⁶²⁵ Cf. item III.1.3.3. deste trabalho.

⁶²⁶ RONALD M. LEVIN foi um dos primeiros publicistas norte-americanos a evidenciar a utilidade da *direct-final rulemaking* para superar o cenário de ossificação administrativa, apontando para uma tendência que futuramente se confirmaria, especialmente após a edição do *Report of the National Performance Review* (“*Reinventando o Estado*”, em tradução livre) pelo Governo BILL CLINTON, em 1993, e a Recomendação ACUS 95-4 (60 FR 43, 110, 1995). Segundo o autor: “[t]o date, direct final rulemaking has been little publicized and therefore little used, but the climate is right for a considerable expansion in its use. In an era in which the rulemaking process has been criticized as too cumbersome, and in which most agencies face the prospect of living under more severe resource constraints than they have experienced in the past, administrators have strong reasons to take note of the efficiencies that direct final rulemaking offers”. **Direct Final Rulemaking**, 1995-1996, p. 2.

⁶²⁷ Cf. JEFFREY LUBBERS, **The Transformation of the U.S. Rulemaking Process – for better or worse**, 2008, p. 472-473.

Identificar as causas, diagnosticar a “*moléstia*”⁶²⁸ e propor soluções jurídicas tem sido uma das linhas de análise de que se ocupam os administrativistas norte-americanos.

III.1.2.2. O debate sobre o papel do OIRA no controle presidencial do *rulemaking*

Diretamente relacionado com o debate sobre a ossificação está o controverso tema do controle presidencial do *rulemaking*. Em alguma medida, todos os atos regulatórios que passam hoje pelo OMB: ora são meramente reportados, ora são objeto de detida revisão sobre o mérito da ação administrativa. Neste debate se destaca a atuação do OIRA na qualidade de órgão central da revisão do processo normativo das Agências pela Casa Branca. Para melhor compreender o debate, convém detalhar o atual procedimento de revisão do *rulemaking*, nos termos das Ordens Executivas 12.866/93 e 13.563/2011, que conferem o atual desenho do processo de revisão do *rulemaking* pelo OIRA.

Alguns esclarecimentos prévios, no entanto, mostram-se necessários. Primeiramente, o processo de revisão do OIRA se manifesta apenas com relação às ações regulatórias significativas de Agências não independentes (as chamadas “*executive branch agencies*”). Os processos normativos das Agências cujos Diretores exercem mandatos – as Agências independentes –, portanto, não se submetem ao crivo do OIRA. Todavia, elas têm o dever de informar o plano regulatório ao OMB. Muito embora o debate sobre a atuação do OIRA no *rulemaking* se concentre no procedimento informal, qualquer procedimento pode se submeter ao processo de revisão do OIRA (*interim-final rulemaking* e *direct-final rulemaking*, por exemplo), desde que o ato normativo correspondente seja uma ação regulatória significativa e não seja proveniente de Agência Reguladora independente. Ainda, revisão do *rulemaking* pelo OIRA não se resume ao ato normativo final. O OIRA se manifesta ao longo das diversas fases do *rulemaking*, como será demonstrado a seguir⁶²⁹.

⁶²⁸ Cf. PHILIP HARTER, *Negotiating Regulations: a cure for malaise, 1982-1983, passim*.

⁶²⁹ Sobre a descrição da estrutura e do funcionamento do OIRA, cf. CASS SUNSTEIN, *The Office of Information and Regulatory Affairs: myths and realities*, 2013, p. 1841-1843. O artigo é o mais indicado para se conhecer a fundo o funcionamento da instituição tendo em vista que o autor, um dos mais conceituados *scholars* do Direito Administrativo norte-americano, foi administrador do OIRA de 2010 a 2012.

Ciente da agenda regulatória de uma determinada Agência, a qual é obrigada a divulgá-la, o OIRA pode enviar à Agência uma “*prompt letter*” para apresentar sugestões de desenho da regulação. A *prompt letter* também pode ser utilizada para recomendar o endereçamento do poder normativo para determinado tema que, na visão do OIRA, mereça ser objeto de regulação.

Ao término da fase de elaboração da proposta de ato normativo, a Agência a submete ao OIRA, desde que considerada uma ação regulatória significativa. Esta é a primeira fase do processo de revisão do OIRA, que se concentra na proposta de norma. O OIRA dispõe de 10 dias para análise da minuta, podendo ser prorrogado sucessivamente mediante autorização do Diretor do OMB ou por requisição da correspondente Agência. Durante esse período a análise de custo-benefício é revista e são realizados os primeiros trabalhos de coordenação institucional, que incluem reuniões às portas abertas e notificações. A decisão do OIRA poderá ser: (i) aprovar a proposta de norma; (ii) enviar a proposta de norma para a Agência para reconsideração mediante *carta de retorno* (“*return letter*”); ou (iii) incentivar a Agência a retirar a norma em razão de interesse comum entre Agências. Na hipótese de a decisão ser de reconsideração, a Agência deve adequar a proposta de regulamento às especificações do OIRA antes de ser submetida a comentários públicos. Importa mencionar que o mesmo procedimento se verifica com relação a outras ações de natureza normativa, desde que se materialize como uma ação regulatória significativa, a exemplo de notícias avançadas de proposta de *rulemaking*, documentos de diretivas e normas de interpretação.

A segunda fase do processo de revisão do OIRA é aberta com ao término da fase de comentários, logo após a redação final do ato normativo considerando as contribuições que foram recebidas via participação administrativa. Novamente a decisão do OIRA poderá ser: (i) aprovar a proposta, quando ela será diretamente encaminhada para publicação no *Federal Register*; (ii) enviar a proposta de norma para a Agência para reconsideração mediante cartas de retorno; ou (iii) incentivar a Agência a retirar a norma em razão de interesse comum entre Agências. Todavia, nesse período os trabalhos se concentram na atividade de coordenação, razão pela qual o prazo conferido pela Ordem Executiva é de 90 dias. No caso de conflito entre OIRA e Agência, o que pode se verificar na recusa de

reconsiderar a proposta normativa nos termos da carta de retorno, por exemplo, é aberto um processo pelo Diretor do OMB ou pelo Diretor da Agência para resolução presidencial que deve durar, no máximo, 60 dias⁶³⁰.

O Administrador do OIRA ainda pode submeter discricionariamente *cartas de revisão* (“*review letters*”) em qualquer momento do *rulemaking*. Por meio dessas cartas, exige-se que sejam realizadas análises regulatórias que não foram desenvolvidas pela Agência, possivelmente por considerar que a proposta não se encaixa em alguma das hipóteses de análise regulatória ou porque o OIRA entende que a proposta configura uma ação regulatória significativa. A carta de revisão ainda pode ser enviada com a finalidade de determinar que a Agência considere em sua análise as alternativas regulatórias que o OIRA repute adequadas para o conteúdo da regulação.

Assim, muito embora a doutrina tenha como foco de discussão o controle das análises de custo-benefício, fato é que a coordenação regulatória entre as Agências tem preenchido a maior parte da agenda do OIRA⁶³¹. Cumpre ao OIRA catalogar todas as Agências diretamente envolvidas em uma específica regulação e promover o diálogo entre os reguladores para alcançar uma solução de compromisso. Trata-se, portanto, de um trabalho de *coordenação institucional*, que visa a evitar, sobretudo, antinomias normativas e insegurança jurídica ensejada pela existência de diversas orientações na Administração Pública.

No ano de 2012, foram analisadas 341 ações regulatórias significativas providas de 26 Agências, das quais 83 eram economicamente relevantes, o que requer análise de custo-benefício⁶³². O controle presidencial supera em larga medida o controle praticado pelo Congresso ou pelo Judiciário dos processos normativos das Agências, tanto em números quanto em profundidade, dado que, ao contrário do controle jurisdicional, não se adota uma postura de deferência aos atos normativos das Agências⁶³³. A tabela abaixo sistematiza as decisões tomadas pelo OIRA no ano de 2012:

⁶³⁰ Sec. 7, Ordem Executiva 12.866/93.

⁶³¹ Cf. CASS SUNSTEIN, **The Office of Information and Regulatory Affairs: myths and realities**, 2013, p. 1841-1843.

⁶³² Disponível em: <http://www.reginfo.gov/public/do/eoCountsSearch>. Acesso em 5 de novembro de 2013.

⁶³³ Cf. JENNIFER NOU, **Agency Self-Insulation under Presidential Review**, 2013, p. 1758.

Tabela 05 – Sistematização das decisões tomadas pelo OIRA no ano de 2012 por categoria

Decisão do OIRA	Porcentagem
Proposta considerada consistente com recomendação	77,12%
Proposta considerada consistente	12,97%
Proposta retirada	5,89%
Processo terminado por advento do prazo	3,77%
Proposta enviada por equívoco	0,23%

Fonte: Elaboração própria a partir do link <http://www.reginfo.gov/public/do/eoCountsSearch>. Acesso em 5 de novembro de 2013.

À semelhança do que se verifica com o debate sobre a ossificação do *rulemaking*, também se discute o comportamento das Agências em evitar submeterem seus atos normativos ao processo de revisão do OIRA: de fato, revisões normativas são custosas e maculam uma norma como controvertida⁶³⁴, o que pode repercutir na legitimidade da disciplina jurídica que a norma estabelece.

Está em curso o debate sobre o papel do OIRA na dinâmica do *rulemaking*. Se, por um lado, é consensual compreensão de que o sistema regulatório norte-americano necessita de um órgão de coordenação e integração das normas regulatórias, por outro lado há grande dissenso sobre a profundidade da ingerência do OIRA nos processos normativos das Agências⁶³⁵.

Na medida em que as Agências dispõem de especialização técnica, seria a análise de custo-benefício do OIRA efetivamente a “*mais adequada*”? Quais podem ser os efeitos do OIRA no comportamento das Agências com relação ao desenvolvimento de seus processos normativos? A longo prazo, a atuação do OIRA junto ao *rulemaking* levaria a uma efetiva melhora na qualidade da regulação? E em que medida é possível afirmar haver

⁶³⁴ Cf. MARTHA MINOW, **OIRA Avoidance**, 2010-2011, p. 999.

⁶³⁵ Muito das críticas ao controle presidencial tem como pano de fundo a preocupação quanto à capacidade decisória das Agências, pois o centro decisório passaria a ser o chefe do Poder Executivo. A seguinte passagem de PETER STRAUSS simboliza o vigor do debate: “(...) *my own conclusion is that in ordinary administrative law contexts, where Congress has assigned a function to a named agency subject to its oversight and the discipline of judicial review, the President's role – like that of the Congress and the courts – is that of overseer and not decider. These oversight responsibilities, in my judgment, satisfy the undoubted constitutional specification of a unitary chief executive, while avoiding the executive tyranny horn of Corwin's dilemma*”. Cf. **Overseer, or “The Decider”? The President in Administrative Law**, 2006-2007, p. 704-705.

clareza sobre as *regras do jogo* no sistema regulatório norte-americano tendo em vista que o OIRA, um órgão tão ou mais político que técnico, participa diretamente na elaboração de normas administrativas? Essas são algumas das questões que animam os debates sobre o papel do OIRA no *rulemaking*.

III.1.3. Os procedimentos de *rulemaking*

Nos próximos itens pretende-se apresentar o panorama dos principais procedimentos de *rulemaking* no sistema norte-americano. A proposta não é investigar à exaustão todas as nuances procedimentais do *rulemaking*, mas apresentar sua dinâmica básica de funcionamento. Esta é considerada uma investida relevante para propiciar um estudo de direito administrativo comparado mais efetivo em contribuição ao aprimoramento do processo administrativo normativo no Brasil.

III.1.3.1. O *rulemaking* no APA

São previstos no APA dois procedimentos de *rulemaking*: o *formal* e o *informal rulemaking*.

Nos termos da Seção 553(c) do APA, quando uma lei formal dispuser que determinada norma deva ser editada lastreada em registros (“*on the record*”) e após a oportunidade de audiência pública, são aplicáveis as Seções 556 e 557 do APA. Em outros termos, o preceito dispõe sobre o *formal rulemaking* ou *on-the-record rulemaking*. Trata-se de uma modalidade de processo normativo que se aproxima do processo judicial⁶³⁶, no qual se aplicam os rigorosos preceitos relativos às audiências públicas (§556) e de instrução processual e registro (§557). Pelo procedimento do *formal rulemaking*, as Agências encontram-se obrigadas a realizar audiências públicas dirigidas por algum

⁶³⁶ O *formal rulemaking* também é conhecido como *trial-type procedure* na medida em que a sua dinâmica de robusta instrução processual se aproxima do processo judicial.

membro da Agência ou pelo juiz de direito administrativo⁶³⁷, realizar interrogatórios de testemunhas na busca da verdade real, determinar a realização de estudos técnicos ou, por outro lado, proibidas de realizar comunicações *ex parte* durante a tomada de decisão⁶³⁸.

A adoção do *formal rulemaking* apenas é obrigatória mediante expressa determinação legal. Com o julgamento do caso *Florida East Coast Railway* pela Suprema Corte, em 1973⁶³⁹, passou-se a reconhecer a exigência legal de desenvolvimento do processo normativo de modo formal apenas quando presente a expressão “*on the record*” no preceito da lei.

Todavia, é o *informal rulemaking* que predomina na prática da regulação normativa dos Estados Unidos.

Também conhecido como *notice-and-comment rulemaking*, o *informal rulemaking* corresponde ao procedimento de elaboração de normas que segue o rito disposto na Seção 553 do APA, qual seja: (i) publicação da instauração do *rulemaking*, com descrição da norma que se pretende editar (*notice*); (ii) recebimento das contribuições ao conteúdo normativo submetido a comentários (*comment*); e (iii) edição da norma, considerando na tomada de decisão a fase de comentários. Tem-se, assim, um “*three-step rulemaking procedure*”⁶⁴⁰, de acordo com o APA. Na prática, porém, o desenvolvimento do *informal rulemaking* mostra-se um tanto mais complexo. Na sequência será explicado o processo de elaboração normativa utilizado pelas Agências norte-americanas em sentido amplo⁶⁴¹, desde a deliberação inicial sobre a utilidade de editar norma regulatória até o controle *ex post* do ato normativo.

⁶³⁷ Trata-se do *Administrative Law Judge* (ALJ), servidor concursado responsável por dirigir a instrução dos processos de *adjudication*, especialmente as audiências públicas em que são apresentadas de provas orais em exame cruzado.

⁶³⁸ Cf. JEFFREY LUBBERS, *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, 2006, p. 58-59.

⁶³⁹ UNITED STATES v. FLORIDA EAST COAST RAILWAY, 410 U.S. 224, 1973.

⁶⁴⁰ Cf. RICHARD J. PIERECE JR., *Distinguishing Legislative Rules from Interpretative Rules*, 2000, p. 549-550.

⁶⁴¹ O procedimento que passa a ser descrito considera não apenas o APA, mas todo o arcabouço normativo que modela o processo normativo das Agências. A sistematização desse procedimento pode ser consultada no *site* do OIRA, que desenvolveu o documento **The Reg Map – Informal Rulemaking**, no qual as etapas processuais são descritas com precisão. Disponível em: <http://www.reginfo.gov/public/reginfo/Regmap/regmap.pdf>. Acesso em 5 de novembro de 2013. É com base nesse documento que o procedimento do *informal rulemaking* será descrito.

A primeira fase corresponde ao *motivo* que leva a Agência a elaborar uma norma. O motivo do processo administrativo normativo pode ser identificado pela própria Agência a partir da observação do mercado, da eleição de valores públicos ou do desenvolvimento de nova tecnologia, por exemplo, que demande uma resposta regulatória da Agência ou a ocorrência de um acidente que enseje a intervenção regulatória da Agência. Mas outros fatores podem ser igualmente determinantes para ensejarem a reflexão sobre a edição de norma regulatória. Sem a pretensão de exaurir essas possibilidades, os seguintes exemplos são mencionados: revisões normativas requeridas por lei ou regulamento, petições de requerimento de *rulemaking* oferecidas por regulados e as *prompt letters* do OMB.

Nesse momento a Agência já pode editar um *aviso prévio de proposta de regulamentação* (“*advanced notice of proposed rulemaking*” – ANPRM) com a finalidade de informar os regulados e a sociedade em geral sobre o interesse de a Agência desenvolver processo normativo para editar determinado ato normativo que vise a atender determinadas finalidades públicas e alcançar certos objetivos. Ao contrário da fase de comentários, o aviso prévio de proposta de regulamentação é colocado à disposição dos interessados para comentário ainda antes da instauração de processo normativo. Exatamente pelo estágio inicial da análise da futura norma, as contribuições tendem a ser mais efetivas, determinando, inclusive, as diretrizes da norma. Por outro lado, o aviso prévio de proposta de regulamentação informa os interessados sobre o futuro desenvolvimento de processo normativo. A previsibilidade da fase de participação administrativa permite que os interessados disponham de tempo hábil para preparar suas contribuições, visando à melhor defesa de seus interesses.

Uma vez reconhecida a utilidade em se editar ato normativo, é preciso analisar o tipo de formalização jurídica que se mostre a mais adequada tendo em vista os motivos e as finalidades públicas que levaram à decisão favorável ao exercício da competência normativa. A principal utilidade em desenvolver esse tipo de análise é verificar a obrigatoriedade de seguir o procedimento de *rulemaking* especificado no §553 do APA: caso a norma seja de natureza procedimental ou interpretativa, bem como disponha sobre organização administrativa ou sobre política geral da Agência, o *rulemaking* não se mostra necessário, bastando a publicação da norma no *Federal Register*⁶⁴². O mesmo se verifica

⁶⁴² Cf. 5 USC §553(3)(A).

com relação às exceções de boa causa, em que a fase de comentários e, portanto, o *rulemaking* se mostre inviável, desnecessário ou contrário ao interesse público⁶⁴³. Nesta fase também se faz a deliberação pelo tipo de procedimento para elaboração da norma. Considerando as características da norma e a expectativa de como se desenvolverá a etapa de comentários, um dos seguintes procedimentos podem ser adotados: *reg-neg*, *interim-final rulemaking*, *direct-final rulemaking* ou *informal rulemaking*.

Para o desenho da proposta de norma que será publicada na sequência, a Agência deve realizar as análises regulatórias previstas em lei ou ato do OMB⁶⁴⁴. A publicação da minuta normativa no *Federal Register* marca a instauração formal do *rulemaking*, na qual também se indica o período de realização da fase de comentários para que os interessados no conteúdo da regulação apresentem suas considerações. No caso de proposta de ação regulatória significativa, a mesma se submete à avaliação do OIRA, ressalvadas aquelas editadas por Agências Reguladoras independentes.

Segundo a Ordem Executiva 12.866/93, o período mínimo para envio de comentários escritos sobre determinada proposta de norma corresponde a 60 dias. Ressalvados os casos expressamente previstos em lei, a realização de audiência pública fica a juízo discricionário do Poder Público. Após avaliação das contribuições recebidas na fase de comentários, o ato normativo final é, então, publicado. Em se tratando de ação regulatória significativa, porém, necessariamente a norma final deve ser submetida ao OIRA para controle presidencial da regulação. Antes de a norma surtir efeito, porém, duas vias do *rulemaking* devem ser submetidas a ambas as Casas do Congresso para fins de controle congressual do ato normativo final.

⁶⁴³ Cf. 5 USC §553(3)(B). Também são causas de exceção normas concernentes a assuntos militares, internacionais, propriedade pública, empréstimos, benefícios ou contratos.

⁶⁴⁴ Em resumo, os seguintes documentos de análise de impacto regulatório devem instruir o processo normativo: análise de impacto econômico (Ordem Executiva 12.866); análise de flexibilidade regulatória (5. USC §601-612); análise de mandatos sem provisão (*Unfunded Mandates Reform Act*, 2 USC 17-A, 25); análise sumária de impacto federalista (Ordem Executiva 13.132); análise sumária de impacto tribal (Ordem Executiva 12.175); análise de impacto ambiental (*National Environmental Policy Act*, 42 USC 4321-4347); análise empresarial (Ordem Executiva 12.630); análise de saúde ambiental ou dos efeitos de segurança sobre as crianças (Ordem Executiva 13.045); e análise de impacto energético (Ordem Executiva 13.211).

Em resumo, este é o procedimento básico do *informal rulemaking*⁶⁴⁵. Muito embora sua dinâmica fundamental seja ditada pela Seção 553 do APA, fato é que o sistema processual norte-americano passou a dispor de diversos outros condicionamentos normativos que terminam por configurar o procedimento apresentado.

III.1.3.2. Processos administrativos normativos sem prévia fase de comentário

A ossificação do *rulemaking* norte-americano⁶⁴⁶ serviu de cenário propício para o desenvolvimento de processos normativos mais simplificados, de origem eminentemente prática, no âmbito das Agências Reguladoras. São variações do típico *notice-and-comment rulemaking*, que a princípio afastam a etapa de comentários na tomada de decisão normativa pelo Poder Público. Esta simplificação do processo administrativo normativo mostra-se especialmente benéfica para que o Poder Público consiga apresentar respostas regulatórias mais céleres à sociedade e ao mercado, sem que a demora inerente ao processo normativo ossificado impeça que situações que demandam disciplina jurídica permaneçam desreguladas ou recebam um tratamento normativo a destempo. São dois os processos administrativos normativos sem a prévia etapa de comentário: o *interim-final rulemaking* e o *direct-final rulemaking*.

Embora sem previsão expressa no APA, a doutrina em geral retira do próprio APA a validade jurídica desses instrumentos operacionais⁶⁴⁷. O APA dispensa a realização de

⁶⁴⁵ O *informal rulemaking* dispõe de mais detalhes e debates. Diante da impossibilidade de exaurir esse procedimento na presente tese, preferiu-se trabalhar as principais discussões acadêmicas envolvendo o *informal rulemaking* quando da análise do processo administrativo normativo brasileiro, dado que a realização de análise de direito administrativo comparado pode ser de grande utilidade para reflexão sobre o instituto no Brasil. Cf. item IV.3. deste trabalho.

⁶⁴⁶ A ossificação do *rulemaking* deve-se, por um lado, ao controle judicial cada vez mais detido e às inúmeras exigências de análise regulatória pelo Congresso e pelo próprio Poder Executivo. A realização de *rulemaking* pelas Agências norte-americanas se tornou extremamente onerosa, tendo por principal consequência a demora para edição das normas regulatórias. O tema da ossificação do *rulemaking* será analisado com maior riqueza de detalhes no item III.2.2. deste estudo, a que remeto o leitor.

⁶⁴⁷ Em sentido contrário, cf. LARS NOAH, **Doubts about Direct Final Rulemaking**, 1999, p. 412-424. Segundo o autor, faltaria fundamento jurídico à utilização desses instrumentos na medida em que inexistia previsão expressa no APA para afastar a fase de comentários: “*Congress could amend the APA to impose such an exhaustion requirement, and it could eliminate the procedural objections by authorizing direct final rulemaking, but there appears to be no particularly reason for doing so*”. *Idem*, p. 428. Em resposta, ao texto de LARS NOAH, RONALD M. LEVIN escreveu o artigo resposta **More on Direct Final Rulemaking: streamlining, not corner cutting**, 1999, p. 757-767.

fase de comentário no § 553(b)(3), nos seguintes casos: (A) edição de normas interpretativas, declarações gerais de política ou normas de organização da agência e seus correspondentes processos e práticas e (B) “quando a Agência, por boa causa determina (e incorpora as razões e uma breve exposição de motivos nas normas editadas) que o aviso e o processo público são impraticáveis, desnecessários ou contrários ao interesse público”⁶⁴⁸. Ainda vale mencionar a Seção 553(d)(3), que torna a norma eficaz imediatamente, afastando-se a vacância geral de 30 dias. Essas causas de dispensa da fase de comentários são conhecidas como “good cause exemptions”, sendo tomadas como normas autorizativas dos processos administrativos normativos sem a prévia participação administrativa. Assim, o *interim-final rulemaking* e o *direct-final rulemaking* cabem nos casos em que o procedimento de *notice-and-comment* se mostrar “impraticável”, “desnecessário” ou “contrário ao interesse público”⁶⁴⁹.

Como será analisado na sequência, o *interim-final rulemaking* e o *direct-final rulemaking* são, ambos, procedimentos normativos juridicamente viáveis na prática administrativa brasileira. No entanto, no Direito Administrativo brasileiro apresentam utilidade diametralmente oposta à funcionalidade original no sistema norte-americano. Ocorre que os processos normativos sem prévia fase de comentários foram desenvolvidos para combater a ossificação que os tornava mais demorados e custosos, principalmente em razão das inúmeras exigências de análises regulatórias que as Agências devem cumprir. No caso brasileiro, a aplicação desses instrumentos vem para reforçar a ideia de participação administrativa.

⁶⁴⁸ Tradução livre. Do original: 5 USC § 553(b)(3)(B): “when the agency for good cause finds (and incorporates the finding and a brief statement of reasons therefor in the rules issued) that notice and public procedure thereon are impracticable, unnecessary, or contrary to the public interest”.

⁶⁴⁹ Historicamente, essas exceções estão diretamente relacionadas à sobrevivência do *New Deal*, de cunho eminentemente pragmático. O *Report of Senate Judiciary Committee* sobre o Projeto que em 1946 se tornaria o APA, apresenta a leitura pertinente às exceções indicadas: “[i]mpracticable’ means a situation in which due and required execution of the agency functions would be unavoidably prevented by its undertaking public rule-making proceedings. ‘Unnecessary’ means unnecessary so far as the public is concerned, as would be the case if a minor or merely technical amendment in which the public is not particularly interested were involved. ‘Public interest’ supplements the term ‘impracticable’ or ‘unnecessary’; it requires that public rule-making procedures shall not prevent an agency from operating and that, on the other hand, lack of public interest in rule making warrants an agency to dispense with public procedure”. **Administrative Procedure Act. Legislative History**, 1997, p. 200. Se, por um lado, tais exceções conferem flexibilidade às agências, por outro lado, elas precisam ser efetivas exceções, utilizadas em casos pontualíssimos e acompanhadas da devida fundamentação. Cf. JEFFREY LUBBERS, **A Guide to Federal Agency Rulemaking**, 2013, p. 106.

III.1.3.2.1. *Interim-final rulemaking*

No Direito Administrativo norte-americano, admite-se a possibilidade de edição de normas sem prévio processo administrativo normativo em razão de “*good cause*” – como nas hipóteses deste processo se manifestar “*impraticável*”, “*desnecessário*” ou “*contrário ao interesse público*” – para posteriormente se sujeitarem à dinâmica de notícia e comentário. Essas são as “*interim-final rules*”⁶⁵⁰, editadas sem prévia fase de comentários, a qual se verifica apenas posteriormente. Em outros termos, a fase de comentários se verifica apenas após a edição da norma interim-final, quando os comentários recebidos serão considerados na edição da *norma final*, que irá ocupar o lugar da norma interim-final⁶⁵¹.

Trata-se de um compromisso pragmático que envolve tempo, custos e eficiência na solução regulatória. Considerando especialmente o fator tempo, as normas interim-finais permitem que o ato normativo seja editado dentro do tempo ótimo da regulação, evitando que a resposta do Poder Público chegue atrasada ou simplesmente não chegue, comprometendo a efetividade da intervenção estatal. Registre-se, uma vez mais, que nesta categoria de norma a Administração Pública ainda realiza processo administrativo normativo típico, posteriormente. Por essa razão, MICHAEL ASIMOW considera a norma interim-final um meio de “*apressar lentamente*”⁶⁵², já que a norma plenamente eficaz é imediatamente editada, mas ao mesmo tempo serve de notícia para posterior comentário visando à decisão normativa final. RONALD M. LEVIN, por sua vez, indica a utilidade do instituto quando o objeto da norma for altamente controvertido⁶⁵³. De qualquer modo, coloca-se um difícil *trade-off* entre a necessidade de imediata adoção de uma norma e os valores de participação administrativa e de análise regulatória⁶⁵⁴.

⁶⁵⁰ Outros nomes são indicados para descrever o mesmo fenômeno: “*interim rules*”, “*temporary rules*”, “*post-promulgation comment*” e “*final rules; comments requested*”.

⁶⁵¹ As normas interim-finais não consistem em um meio de convalidação de ato normativo por vício de procedimento, no caso, ausência de processo administrativo normativo. O vício de procedimento é insanável. No caso das normas interim-finais, há procedimento, embora não seja do tipo normativo por não dispor de fase de comentários.

⁶⁵² Cf. **Interim-Final Rules: making haste slowly**, 1999, p. 704.

⁶⁵³ Cf. **Direct Final Rulemaking**, 1995-1996, p. 3.

⁶⁵⁴ Ocorre que o sistema norte-americano excepciona as normas editadas pela Administração Pública nos casos de exceção ao *rulemaking* por boa causa geralmente são de menor complexidade e terminam por afastar diversas normas que se voltam à racionalização da tomada de decisão administrativa, dentre elas: *Regulatory Flexibility Act* (Reg-Flex), que determina a avaliação dos possíveis impactos do ato normativo

Via de regra, as normas interim-finais são editadas com fundamento em uma causa de exceção ao *rulemaking* prevista no APA e não se submetem à vacância geral de 30 dias. Porém, pela indiscutível utilidade operacional deste tipo de produção normativa, a partir da década de 1990 cada vez mais as Agências norte-americanas fizeram uso das normas interim-finais, de modo que não necessariamente, hoje, elas se efetivam apenas diante de uma *good cause exemption* e várias delas obedecem ao prazo geral de vacância⁶⁵⁵. Interessante considerar que, pela cláusula da boa causa, as Agências não estariam obrigadas a realizar posterior etapa de comentários. As Agências poderiam simplesmente editar a norma sem prévio ou posterior processo administrativo normativo, e esta seria considerada plenamente válida e eficaz para todos os efeitos. Por que, então, as normas interim-finais são cada vez mais utilizadas? A razão mais razoável para justificar o massivo uso do instrumento está na presunção de boa-fé que a norma interim-final enseja, o que pode ser um argumento persuasivo para a deferência do Judiciário quando do controle externo da atividade normativa da Administração Pública⁶⁵⁶.

As normas interim-finais são cada vez mais parte da dinâmica normativa da Administração Pública norte-americana, fundamentalmente devido à capacidade de que dispõem de contornar o cenário de *ossificação* do processo administrativo normativo com as inúmeras exigências de formalização, análises regulatórias e de participação administrativa⁶⁵⁷. Por razões notadamente pragmáticas, portanto, as normas interim-finais têm ganhado espaço na atividade administrativa normativa dos Estados Unidos, a ponto de leis formais preverem expressamente a sua adoção para disciplina jurídica de determinada ação de governo pelas Agências Reguladoras em detrimento do *informal rulemaking*.

nas pequenas empresas e o *Unfunded Mandates Reform Act* (UMFA), que exige a realização de análise de custo-benefício para a edição de atos normativos mais sofisticados ou custosos. Cf. item III.2.2.

⁶⁵⁵ *Idem*, p. 704-705.

⁶⁵⁶ *Idem*, p. 711. Trata-se de uma razão tática, Segundo o autor: “[w]hen an agency adopts an interim-final rule, it warrants that the process of public participation is continuing and that the rule is not yet concrete. All interested persons are invited to comment by a fixed date, and the agency explicitly agrees to consider those comments as part of the process of finalizing the rule. This invitation is likely to provoke significant public participation”. *Idem*, p. 712. Em sua Recomendação 95-4 (60 FR 43, 110, 1995), a ACUS recomenda que as Agências Reguladoras norte-americanas sempre adotem *interim-final rule* nos casos de exceção ao *rulemaking* por boa causa de normas legislativas. Ademais, sugere que o procedimento também seja adotado para normas de caráter não legislativo, como as normas interpretativas e as normas procedimentais, ressalvados os casos em que a fase de comentário seja absolutamente desnecessária.

⁶⁵⁷ Cf. item III.2.2. deste trabalho.

Essas normas interim-finais seriam válidas no ordenamento jurídico brasileiro? A resposta é afirmativa.

Como analisado, o Direito Administrativo brasileiro admite exceções à realização de processo administrativo para tomada de determinadas decisões, a exemplo da dispensa e da inexigibilidade para a licitação. Diante da impossibilidade de desenvolvimento do processo administrativo normativo, notadamente pela necessidade de expedita edição de ato normativo, o Poder Público encontra-se autorizado a manejar a competência normativa e lançar o regulamento no âmbito de um processo administrativo simples. Ora, se o Poder Público está legitimado para tanto, por consequência lógica também se encontra plenamente autorizado a realizar o processo administrativo normativo em etapa posterior para edição do ato normativo final. Saliente-se que nesse caso não se coloca para a Administração opção de escolha entre a realização de processo administrativo normativo e edição de norma interim-final, pois esta cabe apenas nos pontualíssimos casos de exceção ao processo administrativo normativo. Apenas a lei formal poderá estabelecer a preferência pela norma interim-final em detrimento do processo administrativo normativo, pois das leis gerais de processo administrativo decorre o dever de processualização da atividade normativa da Administração Pública. Em outros termos, a previsão da norma interim-final fora das hipóteses de exceção ao processo administrativo normativo consiste em uma reserva de lei.

Na adoção da norma interim-final, coloca-se o ônus de a Administração Pública motivar o porquê da adoção deste mecanismo de produção normativa em detrimento do processo administrativo normativo, além da exposição das razões de fato e de direito relativas ao próprio conteúdo do regulamento. Também a edição da norma interim-final corresponde à notícia de uma futura etapa de comentários, notadamente por meio de consulta ou audiência públicas, os dois principais instrumentos de participação administrativa no Brasil. O grande risco associado à norma interim-final corresponde à inércia da Administração em dar prosseguimento ao processo e deixar a norma no “*interim limbo*”⁶⁵⁸. Para evitar que as normas interim-finais não tenham esse desfecho, recomenda-se que a correspondente publicação seja acompanhada de ao menos uma estimativa para realização da fase de comentário, preferencialmente a especificação da data de realização

⁶⁵⁸ Esta expressão é de MICHAEL ASIMOW, **Interim-Final Rules: making haste slowly**, 1999, p. 737.

da audiência pública ou do prazo máximo para recebimento de comentários sobre a norma editada pelo Poder Público⁶⁵⁹.

III.1.3.2.2. *Direct-final rulemaking*

O “*direct-final rulemaking*”, traduzido como “*processo normativo direto-final*”, foi criado pela *Environmental Protection Agency* (EPA) no começo da década de 1980 com a finalidade de dotar o processo administrativo normativo de maior eficiência por meio da simplificação do processo com a supressão da fase de comentários quando o conteúdo do ato normativo final for rotineiro ou não for controvertido. Duas razões foram fundamentais para a criação desta modalidade de processo: o considerável volume de produção normativa da Agência, que passou a ter um papel central no direcionamento das políticas ambientais do Governo a partir da década de 1970⁶⁶⁰, e a constatação de que em diversas ocasiões não eram recebidos qualquer “*comentário adverso significativo*”⁶⁶¹. Desse modo, a supressão da fase de comentários seria notadamente providencial para economia do tempo da regulação, permitindo prontas respostas regulatórias ao mercado e à sociedade, além dos benefícios relacionados, como a economia de custos.

A despeito da supressão da fase de comentário, abre-se a oportunidade de qualquer pessoa questionar o caráter rotineiro ou não controverso da norma editada, a qual passa a se submeter, então, ao procedimento normativo típico.

⁶⁵⁹ Nessa linha, cf. Recomendação ACUS 95-4 (60 FR 43, 110, 1995). Cf., ainda, JEFFREY LUBBERS, *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, 2006, p. 114-115.

⁶⁶⁰ Cf. item III.2.2. deste trabalho.

⁶⁶¹ Tradução livre. Do original: “*significant adverse comment*”. Cf. JEFFREY LUBBERS, *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, 2006, p. 116. A história é bem relatada por RONALD M. LEVIN: fortemente criticada pela demora em aprovar revisões ao *State Implementation Plans* (SIP), referente ao *Clean Air Act*, o EPA lançou um pacote de aceleração no qual constava o *direct-final rulemaking*, primeiramente praticado em 1981. A simplificação do processo administrativo normativo veio da constatação prática de que, devido à natureza do SIP, várias das propostas revisões receberam poucas, senão nenhuma, contribuição. Após seis meses de experimentação, a Agência contabilizou que menos de 5% de normas editadas conforme este procedimento foram revogadas e transformadas em minuta normativa. Por outro lado, o tempo de processamento das revisões ao SIP se reduziu a menos da metade com a adoção do *direct-final rulemaking*. A partir de então, o EPA decidiu fazer uso do procedimento sempre que possível, sendo o principal instrumento para edição de “*significant new use rules*” (SNUR) de acordo com o *Toxic Substances Control Act*. **Direct Final Rulemaking**, 1995-1996, p. 4. A partir da metade da década de 1990, o EPA, que ainda hoje é a Agência que mais uso faz do instrumento do *direct-final rulemaking*, normas estranhas a ambos os programas passaram a ser editados de acordo com esse tipo de processo administrativo normativo. Cf. MICHAEL KOLBER, *Rulemaking Without Rules: na empirical study of direct final rulemaking*, 2009, p. 89-90.

A dinâmica básica do *direct-final rulemaking* se inicia com a publicação da norma no *Federal Register*⁶⁶² acompanhada da correspondente motivação e da indicação de que a norma publicada se torna válida e eficaz para todos os efeitos se a Agência não receber qualquer comentário adverso ou notificação formal sobre a intenção de determinada pessoa em apresentar comentário adverso. Geralmente é conferido prazo de 30 dias para envio de comentários, enquanto a norma se torna plenamente válida e eficaz dentro de 60 dias da publicação. Caso qualquer pessoa envie comentário adverso, a Agência deve revogar a norma e imediatamente republicar o seu conteúdo como uma minuta normativa para submissão ao processo administrativo normativo típico, com fase de comentário⁶⁶³.

As vantagens mais óbvias da adoção do processo normativo direto-final correspondem à economia de tempo e recursos. O grande diferencial positivo do processo normativo direto-final, porém, corresponde à certeza de que a fase de participação era mesmo desnecessária, já que nenhuma objeção se fez quanto ao conteúdo da norma editada diretamente pela Administração Pública. Argumentos relacionados ao déficit democrático são, portanto, afastados, revestindo de legitimidade democrática a atuação normativa do Poder Público com economia de tempo e recursos, pois a participação administrativa, nestes específicos casos, era mesmo dispensável.

Nos Estados Unidos, o processo normativo direto-final foi considerado como um relevante instrumento de eficiência administrativa no *Report of the National Performance*

⁶⁶² Para que a resposta regulatória não venha a destempo, é usual a publicação de uma *direct-final rule* e uma *proposed rule* ao mesmo tempo, de modo que se ocorrer qualquer insurgência à *direct-final rule* o *informal rulemaking* já está em andamento.

⁶⁶³ Assim, muito embora sejam lastreados em *good cause exemption*, o *direct-final rulemaking* não se confunde com o *interim-final rulemaking*. Primeiramente, enquanto o *interim-final rulemaking* é utilizado nos casos de urgência na regulamentação, o *direct-final rulemaking* não se volta propriamente a situações de urgência. Ademais, enquanto o *interim-final rulemaking* lida fundamentalmente com normas de conteúdo controverso, que intensificam a fase de comentários, no *direct-final rulemaking* a Administração parte do pressuposto de que nenhuma contribuição será feita e, caso seja, haverá instauração de processo administrativo típico. Outra substancial diferença entre os procedimentos corresponde à própria dinâmica normativa. No *interim-final rulemaking* duas normas são articuladas, quais sejam, a norma-interim, precedida de processo administrativo simples, e a norma final, precedida de processo administrativo normativo. Por sua vez, o *direct-final rulemaking* se desenvolve em torno de uma única norma. Ainda, enquanto no *interim-final rulemaking* a etapa de comentário é obrigatória, mesmo que posteriormente, no *direct-final rulemaking* esta não se verificará, pois, se se fizer necessária mediante algum comentário adverso significativo, instaurar-se-á o *informal rulemaking*.

*Review*⁶⁶⁴, o documento de Reforma Administrativa na gestão BILL CLINTON estruturado em dois objetivos centrais: valorização do cidadão nas relações com o Poder Público, priorizando ações *bottom-up* em detrimento das ações *top-down*, e adoção de práticas que conferissem maior eficiência à atuação administrativa, com especial destaque para o funcionamento das Agências Reguladoras. No documento, o processo normativo direto-final ganha destaque, figurando dentre uma das principais recomendações o seu uso pelas Agências⁶⁶⁵. Na Recomendação 95-4⁶⁶⁶, de 1995, a ACUS sugere que todas as Agências editem suas próprias regras sobre processo normativo direto-final, em que haja definição de “*significant adverse comment*” e o seguinte procedimento mínimo seja observado: (i) publicação do texto da norma no *Federal Register*, tanto na seção de normas finais, quanto na seção de minutas normativas com indicativo do prazo para comentário público, nunca menor que 30 dias; (ii) motivação específica para a Agência considerar a norma como não controversa; (iii) indicação de que na ausência de recebimento de qualquer comentário adverso significativo, (iii.1.) ao menos que a norma seja revogada por recebimento de comentário significativo, ao término de 30 dias a norma será plenamente eficaz ou que (iii.2.) a Agência irá notificar que em 30 dias a norma passará a surtir efeitos; e (iv) no caso de revogação por apresentação de comentário significativo, a Agência deve publicar aviso no *Federal Register* de que o processo normativo direto-final foi terminado⁶⁶⁷.

Ambos os documentos serviram de legitimação governamental para a prática do processo normativo direto-final e foram essenciais para a difusão da prática no âmbito da Administração Pública norte-americana. Hoje, o processo normativo direto-final é amplamente usado pelas Agências, apresentando-se como um dos principais instrumentos de superação do estágio de ossificação da regulação normativa⁶⁶⁸.

⁶⁶⁴ Disponível em: <http://www.nsf.gov/pubs/stis1993/npr93a/npr93a.txt>. Acesso em 10 de setembro de 2013.

⁶⁶⁵ É o texto: “REG05: STREAMLINE AGENCY RULEMAKING PROCEDURES. Streamline internal agency rulemaking procedures, use ‘direct final’ rulemaking for noncontroversial rules and expedite treatment of rulemaking petitions”. **Report of the National Performance Review**, 1993. Disponível em: <http://www.nsf.gov/pubs/stis1993/npr93a/npr93a.txt>. Acesso em 10 de setembro de 2013.

⁶⁶⁶ Disponível em: <http://www.acus.gov/sites/default/files/95-4.pdf>. Acesso em 26 de abril de 2014.

⁶⁶⁷ Recomendação 95-4 (60 FR 43, 110, 1995), p. 3. Os principais objetivos almejados com a adoção do *direct-final rulemaking* pela Administração Pública como um todo são assim sintetizados na Recomendação: “[t]he agency to issue the rule without having to go through the review process twice (i.e., at the proposed and final rule stages), while at the same time offering the public the opportunity to challenge the agency’s view that the rule is noncontroversial”. *Idem, ibidem*.

⁶⁶⁸ Cf. item III.2.2. deste trabalho.

O sistema de direito administrativo brasileiro admite o uso do processo normativo direto-final pela Administração Pública. Na verdade, tendo em vista que a participação administrativa é meramente facultativa na Lei Federal de Processo Administrativo, o processo normativo direto-final ainda confere maiores garantias de participação administrativa, pois basta um comentário significativo de oposição ao conteúdo normativo veiculado pelo Poder Público para que a norma se consubstancie em minuta e se submeta a processo administrativo normativo em que a fase de comentários seja obrigatória. Pelas mesmas razões que se admite o processo normativo interim-final, também o processo normativo direto-final encontra fundamento, afinal, ambas são hipóteses de exceção ao processo administrativo normativo típico, em que se verifica etapa de comentários.

No entanto, algumas observações se fazem úteis para a utilização do instituto na Administração Pública brasileira.

Primeiramente, é de se cuidar que o conteúdo da norma seja efetivamente *não controvertido*. Assim como no processo normativo interim-final, o maior risco do processo normativo direto-final consiste na utilização indevida do instituto, evitando a realização de prévia participação administrativa quando esta seria plenamente viável e salutar para o recolhimento de informações úteis à conformação da decisão administrativa. É oportuno registrar que a edição de norma pelo Poder Público termina por pautar o conteúdo final, tornando ainda mais difícil a modificação do conteúdo tendo em vista um específico comentário. Recomenda-se que haja um efetivo *banco de dados* com o histórico das fases de comentários em audiências e consultas públicas a fim de verificar quais matérias foram ou não controvertidas⁶⁶⁹. Da recente experiência regulatória, poucos seriam os casos de ausência de participação administrativa significativa.

⁶⁶⁹ A análise empírica é fundamental para a adequada avaliação sobre a utilidade do processo normativo direto-final para o âmbito de cada órgão ou ente administrativo que faça uso do mesmo. MICHAEL KOLBER, por exemplo, desenvolveu estudo empírico no *Food and Drug Administration* (FDA) e constatou que 40% das normas editadas pela instituição originárias de *direct-final rulemaking* foram revogadas devido à apresentação de comentário significativo, número que o autor considerou elevado. O dado sugere que ou o conceito de “*assunto não controverso*” pela FDA não é adequado, ou há uso oportunista do procedimento pela Agência, em situações que deveriam seguir ao menos o rito do *informal rulemaking*. Dentre outros achados de pesquisa, o autor indica a ausência de um banco de dados funcional sobre as matérias anteriormente submetidas à fase de comentários e a fraca motivação de suas decisões. Cf. **Rulemaking Without Rules: an empirical study of direct final rulemaking**, 2009, p. 81-83.

Nessa linha, a edição de norma pelo ente administrativo disciplinando o específico procedimento direto-final pode conferir segurança jurídica, seja quanto à legitimidade de emprego deste procedimento, seja quanto ao conteúdo dos conceitos jurídicos indeterminados “*comentário significativo*” e “*matéria controvertida*”. Essas normas podem ser genéricas, quando, então, disciplinarão o procedimento independentemente da matéria versada, ou podem ser previstas em uma norma mais ampla sobre determinada política pública que o ente tem por finalidade implementar. Nesta norma, por exemplo, cabe indicar que a disciplina jurídica administrativa será preferencialmente feita por meio de processos administrativos direto-finais. É interessante considerar a ampla publicidade da norma, que não se restringe à publicação no Diário Oficial. Páginas eletrônicas governamentais⁶⁷⁰, notadamente, estão aptas a receber esse tipo de informação.

III.1.3.3. *Regulatory Negotiated Rulemaking*

Com a passagem do movimento de ADR do processo judicial para o processo administrativo na década de 1980⁶⁷¹, desenvolveu-se nos Estados Unidos uma modalidade de processo administrativo normativo em que a proposta de norma é construída de modo consensual, por meio de rodadas de negociação perante um órgão colegiado (designado *Negotiated Rulemaking Committee*). Trata-se do *negotiated rulemaking*, ou *regulatory negotiation (reg-neg)*⁶⁷², disciplinado pelo *Negotiated Rulemaking Act*, de 1990⁶⁷³, e permanentemente autorizado pelo *Administrative Dispute Resolution Act*, de 1996⁶⁷⁴.

⁶⁷⁰ Além da página eletrônica do correspondente ente administrativo, sítios voltados à *accountability* podem ser utilizados. Na esfera federal, por exemplo, o *Portal da Transparência*, por exemplo, pode ser um canal de divulgação das normas oriundas do processo administrativo direto-final. Cf. <http://www.portaltransparencia.gov.br/>. Acesso em 16 de setembro de 2013.

⁶⁷¹ Cf. JEFFREY LUBBERS, **Achieving Policymaking Consensus: the (unfortunate) waning of negotiated rulemaking**, 2007-2008, p. 987. O autor reconhece a aplicação dos princípios do ADR no *regulated rulemaking* fundamentadamente por duas razões: (i) o processo usual de *notice-and-comment* era incapaz de promover a interação entre os agentes entre si e entre eles e a Agência e (ii) verificação prática de que em algumas oportunidades os grupos de interesse podem ser reunidos para discussão de um *draft* de norma regulatória. *Idem, ibidem*. Sobre a projeção do movimento de ADR ao Direito Administrativo norte-americano, cf. PHILIP HARTER, **Dispute Resolution and Administrative Law: the history, needs, and future of a complex relationship**, 1983-1984, p. 1393-1419.

⁶⁷² CARY COGLIANESE diferencia o instituto do *negotiated rulemaking* do *regulatory negotiation (reg-neg)*, pois este instituto seria mais abrangente e contemplaria instrumentos usados pelas Agências para recolhimento de *inputs* dos regulados, como workshops, mesas redondas e comitês consultivos. Cf. **Assessing Consensus: the promise and performance of negotiated rulemaking**, 1997, p. 1256. Nesta tese, *negotiated rulemaking* e *regulatory negotiation* serão tomados como sinônimos, em consonância com a

A ideia é simples: em determinados casos, representantes das Agências Reguladoras e dos principais interessados no objeto de regulação encontram-se plenamente habilitados para negociar o texto da minuta normativa⁶⁷⁵. Uma vez alcançado o consenso, a regulação final tende a ser mais facilmente implementada, resultando em economia de tempo e de recursos para a Agência, além de potencialmente reduzir os possíveis litígios que podem se apresentar na prática regulatória com a aplicação desta norma⁶⁷⁶. Por outro lado, ainda que o consenso não seja alcançado, o procedimento permite que relevante informação seja recolhida pela Agência durante a dinâmica de diálogo, com mapeamento dos interesses afetados, o que viabiliza decisões regulatórias de maior qualidade⁶⁷⁷. Na síntese de JEFFREY LUBBERS, o *reg-neg* “[t]em sido utilizado por várias Agências para trazer as partes interessadas no processo de redação da norma em um estágio inicial, em circunstâncias que promovem esforços cooperativos para alcançar soluções para problemas regulatórios”⁶⁷⁸.

doutrina de direito comparado e como o próprio autor procede em seu estudo, ainda que após traçar a diferença entre ambos os institutos.

⁶⁷³ O *negotiated rulemaking procedure* foi incorporado ao *United States Code* do §561 ao §570(a). É no próprio estatuto que o propósito *negotiated rulemaking procedure* é extraído: estabelecer um enquadramento para a prática do procedimento com o propósito de encorajar a adoção dos mesmos pelas Agências, especialmente quando houver aumento do *informal rulemaking process*. Cf. 5 USC §561. Sobre a história do processo legislativo do *Negotiated Rulemaking Act*, cf. WILLIAM F. FUNK, JEFFREY S. LUBBERS e CHARLES POU JR., **Federal Administrative Procedure Sourcebook**, 2008, p. 944-945.

⁶⁷⁴ Cf. *Section 11*. Originalmente, o *negotiated rulemaking* seria apenas temporariamente adotado. Vários Estados já adotaram legislação análoga ao *Negotiated Rulemaking Act* e, com suporte do *Policy Consensus Initiative*, a experiência da regulação normativa consensual também se tem verificado no âmbito dos Estados. Disponível em: www.policyconsensus.org. Acesso em 23 de setembro de 2013.

⁶⁷⁵ De acordo com a Recomendação ACUS 85-5 (50 FR 52, 895), de 1985, a negociação pode ser verificada nas diversas etapas do *rulemaking*, como a norma final. A Recomendação, no entanto, se dirige ao *reg-neg* como procedimento de complementação do *informal rulemaking* para delinear consensualmente o conteúdo da proposta de norma.

⁶⁷⁶ Para uma visão crítica do *negotiated rulemaking*, cf. WILLIAM FUNK, **When Smoke Gets in your Eyes: regulatory negotiation and the public interest – EPA’s Woodstone Standards**, 1987, p. 55-98. Segundo o autor, o procedimento subverte um valor fundamental do Direito Administrativo: a busca pelo interesse público. Na prática, o procedimento se destinaria a alcançar o consenso entre os presentes na Comissão de Negociação, com inadvertida exclusão de outros interessados. Em resumo, o arbitramento de interesses não seria completo, pois que subrepresentado, razão pela qual o consenso final não traduziria o efetivo interesse público, mas seria mero “*consensus among private parties representing particular interests*”. *Idem*, p. 97. Todavia, o autor não macula o *reg-neg*, mas defende que a sua utilização passa antes por uma investigação sobre a apropriação do procedimento por determinadas categorias de interessados. *Idem*, p. 98-99. Cf., ainda, SUSAN ROSE-ACKERMAN, *American Administrative Law Under Siege: is German a model?*, 1994, p. 1279-1302. A autora assim resume o seu ponto: “[i]n short, regulatory negotiation should have only limited applicability to the environmental field. It is only appropriate for a certain narrow class of issues, and even for those issues the process must be carefully designed if democratic legitimacy is to be preserved and an acceptable outcome reached”. *Idem*, p. 1284-1285.

⁶⁷⁷ Cf. WILLIAM F. FUNK, JEFFREY S. LUBBERS e CHARLES POU JR., **Federal Administrative Procedure Sourcebook**, 2008, p. 942.

⁶⁷⁸ Tradução livre. Do original: “(...) [*negotiated rulemaking*] has been used by several agencies to bring interested parties into the rule-drafting process at an early stage, under circumstances that foster

O então Secretário de Trabalho JOHN DUNLOP, à frente do *National Coal Policy Project*, estabeleceu o consenso como diretriz da política, que deveria ser aberta à participação efetiva de ambientalistas e industriais⁶⁷⁹. Apesar de o projeto não ter resultado em regulamentação efetiva, o mesmo serviu de modelo para o desenvolvimento da ideia de consensualidade no *rulemaking*⁶⁸⁰, o que foi posteriormente encampado.

O *reg-neg* foi primeiramente proposto por PHILIP HARTER no estudo *Negotiating Regulations: a cure for malaise*, publicado em 1982⁶⁸¹, na qualidade de consultor da ACUS. O *reg-neg* desenvolveu-se originalmente na ACUS, que, com base no estudo de PHILIP HARTER, editou a Recomendação 82-4⁶⁸², em 1982, e a Recomendação 85-5⁶⁸³, em

cooperative efforts to achieve solutions to regulatory problems". **A Guide to Federal Agency Rulemaking**, 2006, p. 212.

⁶⁷⁹ Cf. CARY COGLIANESE, **Assessing Consensus: the promise and performance of negotiated rulemaking**, 1997, p. 1261-1262.

⁶⁸⁰ Cf. HENRY H. PERRIT JR., **Negotiated Rulemaking in Practice**, 1986, p. 483-484.

⁶⁸¹ No texto, o autor sustenta que a doença do Direito Administrativo consiste na ausência de consenso no *rulemaking* e na regulação em geral. Indicando o debate em andamento sobre os possíveis desenhos procedimentais – capazes de superar impasses envolvendo tempo, custos e legitimidade da regulação estatal –, o autor propõe que a negociação entre representantes de partes interessadas no *rulemaking* pode ser uma efetiva alternativa ao atual processo normativo ossificado. Em suas palavras: “*regulatory negotiation is a response to the current malaise*”. *Idem*, p. 7. No artigo, o autor analisa as implicações jurídicas da negociação na atuação normativa do Poder Público e pontua os principais elementos de consideração das Agências para adoção desse procedimento, como a escolha dos representantes para a mesa de negociação e o engajamento das Agências na promoção do consenso, além da própria dinâmica de negociação. Embora não explícito, o principal objetivo do texto é apresentar ferramental jurídico suficiente para conferir segurança jurídica aos gestores públicos na adoção de *reg-neg*. Trata-se de um convite à adoção da consensualidade no exercício da competência normativa: “[a]t the very least, regulatory negotiation is worth a try”. *Idem*, p. 113. O impacto do artigo acadêmico foi significativo, abrindo uma linha de pesquisa teórica no Direito Administrativo norte-americano não apenas no *rulemaking*, mas na própria compreensão dos fundamentos do Direito Administrativo que a discussão sobre a *governança pública enseja*. Em termos práticos, o artigo foi o primeiro *guideline* para a adoção da consensualidade no *rulemaking*, fenômeno este anos mais tarde estudado pelo ACUS e juridicamente disciplinado apenas em 1990.

⁶⁸² A Recomendação 82-4 (47 FR 30, 708, 1982) foi redigida com a proposta de conferir diretrizes de utilização do *reg-neg* em que os benefícios da consensualidade fossem alcançados propiciando, por um lado, a todos os interessados acesso ao procedimento para defesa de seus correspondentes posicionamentos e, por outro, condicionamentos para evitar comportamento “*arbitrário*” ou “*caprichoso*” do Poder Público. Esta Recomendação da ACUS serviu de base para o *Negotiated Rulemaking Act*, editado em 1990.

⁶⁸³ Mais do que estabelecer diretrizes procedimentais para a realização do *reg-neg*, a Recomendação 85-5 (50 FR 52, 895, 1985) se volta a incentivar o emprego do procedimento a partir da apresentação de estratégias para otimização do emprego do instrumento, dentre elas: necessariamente a Agência que promove o *reg-neg* deve participar da negociação, mas o papel desempenhado pode variar significativamente (negociador, comentador, articulador etc.); a negociação apenas será exitosa se todos os participantes estiverem motivados com relação ao emprego da consensualidade no processo normativo, que propiciará regulação mais consentânea aos seus interesses que o tradicional mecanismo de *notice-and comment*; pode ser conferida oportunidade para os representantes dos grupos de interesse participarem de um treinamento prévio; a Agência pode contar com um profissional especializado em técnicas de negociação para acompanhar as discussões e servir de facilitador ao consenso; e a Agência pode eleger um “*neutral outside*”, i.e., uma pessoa de fora da negociação denominada “*convenor*”, cujo conteúdo não alcance qualquer direito seu ou interesse, com a finalidade de analisar dados confidenciais que as partes eventualmente não queiram

1985. Ambas as recomendações da ACUS seriam os principais *guias jurídicos* do *regulatory rulemaking* nos Estados Unidos até o advento do *Negotiated Rulemaking Act*, em 1990. Durante a década de 1980, proliferou o uso do *reg-neg* entre as Agências Reguladoras, com especial destaque para a EPA⁶⁸⁴, visando especialmente à complementação do *informal rulemaking* com a negociação da proposta de norma. O uso do *reg-neg* pelas Agências foi fortemente incentivado pelo Governo BILL CLINTON. Como parte da política de reforma administrativa – o *National Performance Review* –, o *reg-neg* foi elevado à condição de instrumento regulatório mais representativo dos ideais da reforma e, com a Ordem Executiva 12.866/93, determinou-se a preferência pela adoção do procedimento sempre que cabível⁶⁸⁵. Celeridade processual, redução de litigiosidade⁶⁸⁶, redução de tempos, maior legitimação do exercício da competência normativa, desenho normativo mais consentâneo com as especificidades do caso concreto e superação da postura adversária entre regulador e regulados estão entre os objetivos almejados pelas Agências com o uso do *reg-neg*^{687 688}.

abrir ao Poder Público. A Recomendação ACUS 85-5 foi editada após quatro experiências do *negotiated rulemaking* no OSHA, FAA e EPA e diante de um crescente interesse pelas demais Agências em fazerem uso do procedimento. Para um relato desses casos, bem como o relacionamento deles com as Recomendações da ACUS, cf. HENRY H. PERRITT JR., **Negotiated Rulemaking Before Federal Agencies: evaluation of recommendations by the Administrative Conference of United States**, 1985-1986, 1627 e ss.

⁶⁸⁴ Cf. WILLIAM FUNK, **When Smoke Gets in your Eyes: regulatory negotiation and the public interest – EPA’s Woodstone Standards**, 1987, p. 56.

⁶⁸⁵ 58 FR 51,735, 1993, §6(a). A preferência pela consensualidade na regulação normativa das Agências norte-americanas fica clara no relatório **Improving Regulatory Systems**, da Casa Branca: “[t]he President should encourage agencies to use *reg neg*”. REG.03, 1993. Disponível em: <http://govinfo.library.unt.edu/npr/library/reports/reg03.html>. Acesso em 23 de setembro de 2013. A ordem é clara: “*negotiate, don’t dictate*”. **Memorandum on Regulatory Reform**, 1995. Disponível em: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=51062>. Acesso em 23 de setembro de 2013. Comentando o significado desta relação de documentos para a reforma administrativa nos Estados Unidos, cf. JEFFREY LUBBERS, **Achieving Policymaking Consensus: the (unfortunate) waning of negotiated rulemaking**, 2007-2008, p. 995.

⁶⁸⁶ Este é o elemento mais atrativo do *reg-neg* para as Agências Reguladoras, na visão de MICHAEL ASIMOW e RONALD M. LEVIN, tendo em vista que a contemplação dos interesses dos regulados, ainda que parcialmente, evita a judicialização do ato normativo. Cf. **State and Federal Administrative Law**, 2009, p. 302.

⁶⁸⁷ Cf. HENRY H. PERRITT JR., **Negotiated Rulemaking Before Federal Agencies: evaluation of recommendations by the Administrative Conference of United States**, 1985-1986, 1636 e ss. Segundo o autor, “[n]egotiated rulemaking is a realistic alternative to adversarial administrative procedures”. *Idem*, p. 1627. Sobre as vantagens de adoção da negociação no *rulemaking*, cf. PHILIP HARTER, **Negotiating Regulations: a cure for malaise**, 1982-1983, p. 28-31.

⁶⁸⁸ Mas seria o *reg-neg* um instrumento efetivo? Algumas pesquisas empíricas sobre o funcionamento do *rulemaking* consensual foram desenvolvidas para verificar o quão vantajoso o procedimento é na comparação com o tradicional procedimento de *notice-and-comment*. Analisando o *Federal Register* no período de 1983 a 1996, CARY COGLIANESE (**Assessing Consensus: the promise and performance of negotiated rulemaking**, 1997) depreende que o *reg-neg* foi utilizado de modo infrequente no âmbito federal: 67 *reg-neg* foram contabilizados, dos quais 13 foram abandonados e 19 ainda estão pendentes. Na comparação com a atividade administrativa normativa em geral, o *reg-neg* correspondeu a apenas 0,19% de todos os regulamentos emitidos pela Administração Pública norte-americana em 1996. Nessa linha, o autor demonstra empiricamente que o *reg-neg* não traz redução de tempo (pelo processo de *notice-and-comment*,

A princípio, qualquer aspecto compreendido na esfera de competência da Agência Reguladora pode ser disciplinado por meio de *reg-neg*, desde que a mesma compreenda que o procedimento se coaduna com o interesse público, o qual pode ser determinado a partir da verificação dos seguintes parâmetros: (i) necessidade da norma; (ii) existência de um número limitado de interesses identificáveis que possam ser significativamente afetados pela norma⁶⁸⁹; (iii) potencialidade de o órgão colegiado ser composto por representantes balanceados; (iv) potencialidade de alcance do consenso em um prazo determinado; (v) capacidade de o *reg-neg* não atrasar desarrazadamente o *notice-and-comment rulemaking*; (vi) suficiência de recursos para custeio do procedimento, incluindo assistência técnica à comissão; (vii) tratativa do consenso a partir do parâmetro da proposta normativa⁶⁹⁰. Trata-se de uma decisão discricionária aceitar, ou não, a condução do processo administrativo normativo de modo consensual. Para tomada dessa decisão, a Agência pode contar a com a ajuda de “*organizadores*”, que têm por principal atribuição

as normas são editadas em 1.108 dias, ao passo que pelo *reg-neg* a produção normativa leva 1.013 dias) e redução de litígios. Exatamente o contrário se verificou no âmbito da EPA, Agência que mais faz uso do *reg-neg* para desempenho de sua competência normativa. CARY COGLIANESE considera, assim, que se mostra mais eficaz o Poder Público fazer uso de outros instrumentos de diálogo no curso do processo de *notice-and-comment* e tomar a melhor decisão considerando os diferentes pontos de vista, interesses e alternativas jurídicas. Artigo em resposta ao texto de CARY COGLIANESE, em defesa do *reg-neg*, foi apresentado por PHILIP HARTER (**Assessing the Assessors: the actual performance of negotiated rulemaking**, 2000-2001). Após criticar a metodologia utilizada por CARY COGLIANESE, PHILIP HARTER desenvolve estudo de casos para enfatizar as vantagens da adoção do *reg-neg* pela Administração Pública: “[r]eg-neg has proven to be an enormously powerful tool in addressing highly complex, politicized rules, the very kind that stall agencies when traditional or conventional procedures are used. Properly understood and appropriately used, negotiated rulemaking does indeed fulfill its proponents' expectations”. *Idem*, p. 56. Em defesa de seu próprio artigo frente às críticas de PHILIP HARTER, CARY COGLIANESE reafirmou o seu ponto no texto *Assessing the Advocacy of Negotiated Rulemaking: a response to Philip Harter*, 2000-2001. Como se depreende do debate acadêmico norte-americano, o tema do *reg-neg* é polêmico, sendo sua efetividade ainda um campo aberto para investigações empíricas. Outro estudo empírico sobre o funcionamento do *reg-neg* é apresentado por JODY FREEMAN e LAURA I. LANGBEIN (*Regulatory Negotiation and the Legitimacy Benefit*, 2000-2001). A partir de estudo empírico não publicado desenvolvido por NEIL KERWIN e LAURA LANGNEIN, considerando o comportamento dos *players* na dinâmica de negociação, as autoras concluem que o *reg-neg* propicia maior aprendizado devido ao incremento de troca de informações, normas de melhor qualidade e maior satisfação com o texto normativo final na comparação com o *rulemaking* convencional: “[b]ased on the results, we recommend more frequent use of regulatory negotiation, accompanied by further comparative and empirical study, for the purpose of establishing regulatory standards and resolving implementation and compliance issues”. *Idem*, p. 62.

⁶⁸⁹ Considera-se 25 o número máximo de interesses identificáveis. Cf. JEFFREY LUBBERS, **A Guide to Federal Agency Rulemaking**, 2006, p. 212. Todavia, especialmente focando a prática brasileira, o número mostra-se excessivamente alto. Considerando que a aplicabilidade mais significativa do *reg-neg* se dirige aos setores regulados, com poucos *players* bem definidos, o número recomendável se atrela a esse numerário (que, por óbvio, varia de setor para setor).

⁶⁹⁰ Cf. 5 USC §563.

identificar as pessoas que podem ser significativamente afetadas pela regulação e dialogar com as mesmas para levantar os principais aspectos que a norma deve endereçar⁶⁹¹.

O *reg-neg* é reconhecido pelo aspecto da *consensualidade*⁶⁹², que delinea o exercício da competência normativa pelo Poder Público, considerando os anseios dos principais grupos de interesse de uma regulação. Ironicamente, o maior risco do *reg-neg* é sua maior virtude: o diálogo entre regulador e regulados. Sem as cautelas necessárias, o procedimento pode terminar por viabilizar práticas de conluio ou captura do regulador, além de excluir inadvertidamente algum interessado cujo interesse deva ser defendido na mesa de negociação exatamente por ser diretamente interessado no objeto da regulação. Assim, o *Negotiated Rulemaking Act* pressupõe ampla *transparência*⁶⁹³.

Logo de partida, a decisão de realizar *reg-neg* deve ser publicada no *Federal Register*, assim como se deve conferir ampla publicidade à nota em que se anuncie a realização do procedimento. Nesta mesma nota deverá ser apresentada a descrição do assunto em discussão, o escopo da norma a ser editada e uma lista de interesses que possivelmente podem ser afetados com a norma. Ainda, a composição e o funcionamento da comissão de negociação precisam ser necessariamente indicados, incluindo: lista de pessoas consideradas para representarem os interesses envolvidos, agenda de trabalho da comissão de negociação, prazo para término das atividades da comissão, bem como relação dos representantes da agência e dos correspondentes assistentes técnicos. Duas exigências da publicação da nota de abertura do *reg-neg* se destacam pela relevância. Primeiramente, a solicitação de comentários sobre a delimitação do *reg-neg*, autorizando qualquer interessado a se manifestar sobre o inteiro teor da nota. Em segundo lugar, obriga-se a

⁶⁹¹ Cf. 5 USC §562(B)(3) e §563(b).

⁶⁹² No geral, o consenso é alcançado por unanimidade, razão pela qual qualquer parte interessada na regulação tem relevante poder de veto. Tem-se, assim, nivelamento de posições entre os diversos interesses concernentes à regulação, sejam eles provenientes de partes hipossuficientes, sejam eles relativos às partes com maior poder de barganha no processo regulatório. Cf. PHILIP HARTER, **Assessing the Assessors: the actual performance of negotiated rulemaking**, 2000-2001, p. 34.

⁶⁹³ O funcionamento da Comissão de Negociação também se submete ao *Federal Advisory Committee Act* (FACA), de 1972, cujas normas disciplinam o funcionamento dos comitês de assessoramento das Agências. O *Federal Advisory Committee* integra a *General Services Administration* da Casa Branca e anualmente edita relatórios endereçados ao Congresso e ao Judiciário sobre a atuação desses comitês de assessoramento, corroborando para a transparência e o controle externo da Administração norte-americana. Os relatórios estão disponíveis em: <http://facadatabase1997-2013.fido.gov/PrintedAnnualReports.asp>. Acesso em 23 de setembro de 2013. Sobre o contexto de edição do FACA, cf. item III.2.2. deste trabalho, a que remeto o leitor.

explicação de como uma pessoa pode se aplicar para integrar a comissão de negociação ou nomear outra pessoa⁶⁹⁴.

Isso significa que qualquer pessoa encontra-se legitimada a pleitear a devida representação de seus interesses, no prazo de 30 dias da publicação do aviso de convocação, questionando a indicação de determinado membro para a Comissão de Negociação, por exemplo, ou requerendo que ele mesmo ou outrem seja integrado à Comissão para efetiva representação de interesses. Necessário, no entanto, que a pessoa seja significativamente afetada pela norma proposta e que ela ou a pessoa nomeada disponham dos seguintes atributos: procuração para representação dos interesses; termo de compromisso de que a pessoa irá atuar de boa-fé e visando ao aprimoramento do objeto da negociação; e as razões pelas quais um determinado membro da Comissão de Negociação indicado pela Agência não representa os interesses do nomeante⁶⁹⁵. Além da representação de interesses, a listagem dos temas de debate, as finalidades públicas que direcionam a Comissão de Negociação e a dinâmica de negociação também podem ser questionados ou aprimorados por meio desta etapa prévia de comentários.

A dinâmica de negociação no âmbito da Comissão de Negociação geralmente é direcionada por um “*facilitador*”⁶⁹⁶, imparcial com relação ao conteúdo da regulação e especializado em técnicas de negociação. No decorrer da negociação, concessões recíprocas são feitas pelas partes, contemplando seus próprios interesses, para que o consenso seja alcançado⁶⁹⁷. Se o consenso unânime entre os membros da Comissão de Negociação for alcançado, a minuta consensual é tomada como proposta de regulação pela Agência, que a submete ao *notice-and-comment rulemaking*. Do contrário, o conteúdo

⁶⁹⁴ A disciplina jurídica da nota de abertura do *reg-neg* encontra-se no 5 USC §564(a).

⁶⁹⁵ Cf. 5 USC § 564(b).

⁶⁹⁶ Cf. 5 USC §562(B)(4) e §566(b)(c).

⁶⁹⁷ De sua experiência prática, JEFFREY LUBBERS aponta a utilidade em se fixar prazo para conclusão dos trabalhos da Comissão de Negociação, o que pode ser uma variável relevante para alcance do consenso. Todavia, se a parte já vem à mesa de negociação com um forte BATNA (“*best alternative to a negotiated agreement*”), o consenso é difícil de ser alcançado. Cf. **Achieving Policymaking Consensus: the (unfortunate) waning of negotiated rulemaking**, 2007-2008, p. 993-994. Como aponta HENRY H. PERRIT JR., o conceito de BATNA é especialmente relevante para o sucesso do *reg-neg*, pois nenhum *player* aceita sair da mesa de negociação com menos que a sua mensuração de BATNA, a qual é determinada a partir da percepção do ato que a Agência possivelmente irá emitir sem negociação, *i.e.*, no típico processo de *notice-and-comment*. Cf. **Negotiated Rulemaking in Practice**, 1986, p. 484-485. Para uma análise sobre os elementos que devem ser considerados na dinâmica de negociação no *reg-neg*, assim como estudo crítico do instituto à luz da regulação por incentivos, cf. SUSAN ROSE-ACKERMAN, **Consensus Versus Incentives: a skeptical look at regulatory negotiation**, 1993-1994, p. 1206-1220.

público da discussão passa a integrar o *rulemaking* como documentos de instrução. Via de regra, a Comissão de Negociação perdura até a edição da norma final⁶⁹⁸, mas pode ser dissolvida por ato unilateral da Agência ou por escolha das partes envolvidas.

Como garantia de efetividade da dinâmica de negociação⁶⁹⁹, nenhum ato relacionado ao funcionamento da Comissão de Negociação submete-se ao controle judicial⁷⁰⁰. No entanto, a minuta de norma resultante da consensualidade no *rulemaking* é passível de controle judicial e, neste caso, “*não será lhe concedida maior deferência pelo Judiciário que uma norma resultante de outros processos de rulemaking*”⁷⁰¹.

Apesar da expressiva atenção doutrinária que o *reg-neg* recebeu e da edição de significativa quantidade de leis que previam expressamente a adoção do procedimento para disciplina regulamentar de determinadas políticas públicas⁷⁰², é de se notar que poucos são os casos de utilização do consenso na regulação normativa na experiência recente⁷⁰³.

⁶⁹⁸ Questão prática corresponde à possibilidade de a Agência decidir, após a realização do *reg-neg*, mudar o conteúdo normativo e adotar diferente solução jurídica daquela consensualmente delimitada. A minuta normativa consensual vincula a norma final? No Caso USA LOAN SERVICES INC. v. RILEY (82 F.3d 708, 7th Circ., 1996), o *reg-neg* foi visto como mero processo consultivo, razão pela qual qualquer vinculação decorre da consensualidade, estando a Agência livre e desimpedida para editar a solução regulatória que compreender ser a mais adequada para satisfação de finalidades públicas. Nessa medida, também não se colocaria qualquer obrigação de notificação prévia aos participantes da Comissão de Negociação sobre a mudança (“*notice of variance*”). Nesse sentido, cf., ainda, CITY OF PORTLAND v. EPA (507 F.3d 706, DC Circ., 2007). Essa não parece ser a decisão mais acertada, porém. Muito embora a competência normativa que detém o Poder Público pressuponha a alteração da estratégia regulatória, diante do reconhecimento legítimo da Agência de que outro modo de proceder melhor satisfaz as finalidades públicas, razão pela qual a consensualidade não vincula a norma final, coloca-se o dever de motivar a mudança da estratégia regulatória, o que pressupõe comunicação às partes da negociação. Mais do que uma obrigação formal de motivar, a notificação cumpre com a função de garantir a legítima expectativa daqueles interessados que participaram do *reg-neg* no funcionamento da máquina administrativa.

⁶⁹⁹ Segundo PHILIP HARTE, o controle judicial do *reg-neg* conforme o mesmo parâmetro de *hard-look review* no *hybrid rulemaking* poderia não apenas comprometer as principais vantagens do processo normativo consensual, mas efetivamente inibir o uso do procedimento na regulação normativa. Cf. **The Political Legitimacy and Judicial Review of Consensual Rules**, 1982-1983, p. 485.

⁷⁰⁰ Cf. 5 USC § 570.

⁷⁰¹ 5 USC § 570, *in fine*. Do original: “(...) *A rule which is the product of negotiated rulemaking and is subject to judicial review shall not be accorded any greater deference by a court than a rule which is the product of other rulemaking procedures*”.

⁷⁰² Cf. CARY COGLIANESE, **Assessing Consensus: the promise and performance of negotiated rulemaking**, 1997, p. 1264-1265 e p. 1268.

⁷⁰³ Este é o diagnóstico de JEFFREY LUBBERS. Segundo o autor, a perda da relevância prática do *reg-neg* deve-se à extinção da ACUS em 1995, a menor provisão orçamentária para as Agências, a falta de entusiasmo dos agentes do OIRA na consensualidade, a crítica de alguns dos mais respeitados *scholars* ao uso do instituto e a submissão do *reg-neg* ao FACA, cujas determinações de extrema abertura de dados e transparência pode desencorajar a participação efetiva de importantes *players* na regulação, notadamente grandes empresas reguladas. Cf. **Achieving Policymaking Consensus: the (unfortunate) waning of negotiated rulemaking**, 2007-2008, p. 996-1001. Com a finalidade de revalorizar o *reg-neg* na prática regulatória, o autor propõe a simplificação do procedimento. Um “*reg-neg lite*” ou “*informal negotiated*

III.2. A recente experiência brasileira sobre o processo administrativo normativo

O processo administrativo normativo não é um tema estranho na teoria do Direito Administrativo. Tampouco é no campo prático. Especialmente a partir da Reforma Regulatória ocorrida na década de 1990, experiências envolvendo o processo normativo foram se solidificando. Assim, ainda que a expressão *processo administrativo normativo* praticamente não encontre acolhida nos textos normativos, está em curso relevante debate sobre alguns de seus grandes aspectos, como a participação administrativa e, mais recente, a avaliação de impacto regulatório. Nesses próximos itens apresenta-se a recente experiência brasileira envolvendo o processo administrativo normativo.

III.2.1. O desafio da processualização da atividade administrativa normativa no Brasil

Na tradição do Direito Administrativo brasileiro, o processo administrativo é geralmente atrelado à produção de atos administrativos individuais e concretos. Não por coincidência leis especiais de processo administrativo se desenvolveram para condicionar a produção de atos administrativos bastante particularizados e que, em geral, tivessem alguma implicação econômica significativa para o destinatário, como é o caso da desapropriação e do processo administrativo fiscal⁷⁰⁴. Não faz parte da cultura jurídica brasileira relacionar o processo administrativo ao exercício de competência normativa, do que decorre uma literatura bastante focada no ato normativo final, que se encerra no exame de legalidade e de constitucionalidade dos regulamentos. Ainda um estranho no Direito Processual Público brasileiro, no campo prático, “o processo que disciplina a formulação

rulemaking” pode ser mais atrativo para as Agências e administrados em geral, com a supressão, por exemplo, da figura do facilitador. *Idem*, p. 1003-1004.

⁷⁰⁴ Cf. item II.3.2.1. deste trabalho.

*de regulamentos frequentemente revela-se simplista, genérico, pouco transparente e, na prática, pouco participativo*⁷⁰⁵.

Todavia, recentes desenvolvimentos são noticiados no processo administrativo normativo. Fundamentalmente dois fatores são responsáveis pela maior atenção conferida ao instituto: (i) a demanda por participação administrativa e (ii) a influência do *common law* no funcionamento da Administração Pública, em especial no âmbito das Agências Reguladoras.

Viabilizada por um Estado redemocratizado, a participação dos administrados na Administração Pública torna-se uma realidade paulatinamente mais presente no exercício de funções públicas. Em termos jurídicos, a permeabilidade da Administração decorre diretamente da previsão de audiências e consultas públicas em leis editadas após a promulgação da Constituição de 1988. Nessa linha, a edição da Lei Federal de Processo Administrativo cumpriu com o relevante papel de servir de permissivo genérico à adoção de instrumentos participativos por todos os órgãos e entes federais, ainda quando a legislação que lhes seja especificamente relacionada não os preveja. Associada a esse movimento, surge na sociedade civil uma demanda por maior participação e controle da tomada de decisão pelo Poder Público. A legitimação de diversas escolhas públicas passa pela abertura ao diálogo da Administração com os administrados, especialmente aquelas relativas às políticas públicas, em que são definidos os beneficiários e os custos do benefício⁷⁰⁶. Em geral, as decisões de implementação de políticas públicas tomadas pelo

⁷⁰⁵ Cf. NATASHA SCHMITT CACCIA SALINAS, **Legislação e Políticas Públicas. A lei enquanto instrumento de ação governamental**, 2012, p. 16. Em sua tese de doutorado, a autora analisa o papel da legislação na construção de políticas públicas, tomando por pressuposto a íntima relação em que lei e regulamento estabelecem no sentido de que a lei confere diretrizes para os gestores públicos implementarem políticas públicas. Na delimitação do tema de estudo, a mesma assim se posiciona: “[m]uitos dos atos que emergem desses processos [normativos] assumem quase que sozinhos o papel de dirigir e influenciar comportamentos, inclusive entre aquelas normas que supostamente usurpam da sua competência regulamentar, restringindo direitos e impondo obrigações a particulares sem nenhum abrigo em dispositivos legislativos. Curiosamente, muito pouco se discute, no campo do direito, sobre o modo de produção desses atos normativos e da função que estes exercem na estruturação das políticas públicas”. *Idem, ibidem*.

⁷⁰⁶ FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO indica que as políticas públicas são resultado de um processo conflitivo, em que as categorias de administrados apresentam seus correspondentes interesses à Administração Pública, que tem por função proceder ao arbitramento de interesses quando do desenho de políticas públicas. Segundo o autor, a função instrumental de composição é fundamental na elaboração de políticas públicas. **A Concessão como Instituto do Direito Administrativo**, 2013, p. 515. Ainda do mesmo autor, cf. **Entre a Legalidade e o “Puxadinho”: a universalização da banda larga no Brasil**, 2010, p. 123-136.

Poder Público são formalizadas em atos normativos, o que corrobora a valorização do processo administrativo normativo.

Por outro lado, o movimento de aproximação do Direito Administrativo brasileiro ao *common law* com a Reforma do Estado culminou na exigência de várias leis de criação de Agências Reguladoras de que as decisões regulatórias fossem precedidas de processo administrativo; algumas delas, inclusive, previram a obrigatoriedade de fase de comentário prévio⁷⁰⁷. Mais do que uma influência estrangeira na construção do desenho institucional das Agências Reguladoras no Brasil, a valorização do processo administrativo normativo decorreu de uma necessidade de legitimação do exercício do poder normativo por essas autoridades reguladoras independentes. Frente a um cenário de abertas críticas à solução de que entes administrativos independentes dispusessem de competência normativa e diante de questionamentos sobre o controle da atuação normativa das Agências, o processo administrativo recebeu a devida atenção nesse debate. Assim, a pergunta “*há um déficit de legitimidade das Agências Reguladoras?*” foi prontamente respondida pela perspectiva procedimental: o processo administrativo normativo, aberto à participação administrativa, seria o mecanismo de racionalização da tomada de decisões administrativa e de controle do exercício de poderes pelas autoridades reguladoras independentes, determinando, portanto, uma legitimação pelo processo.

Do breve relato do panorama brasileiro, constata-se que o incipiente desenvolvimento do processo administrativo normativo deve-se a contingências eminentemente práticas. Não houve um programa de ação governamental consolidado para promover o processo administrativo normativo no Brasil, nem a doutrina de Direito Administrativo cumpriu com esse papel. Na teoria do Direito Administrativo brasileiro, os estudos mais expressivos da atividade normativa da Administração Pública centram-se na constitucionalidade e na legalidade do exercício de competência normativa pelo Poder Público e, mais recentemente, na participação administrativa. Coloca-se aqui, então, pois, o desafio aos juristas de estudar o processo administrativo normativo como um todo completo, e não em tiras. A processualização da atividade administrativa no Brasil ainda não alcançou plenamente o exercício de funções normativas pela Administração Pública. Mas há que se reconhecer um dever de realizar processo para exercício da competência

⁷⁰⁷ Cf., por exemplo, Lei 9.472/97, art. 42 (ANATEL) e Lei 9.427/96, art. 4º, §3º (ANEEL).

normativa. Como coloca FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, trata-se do *dever processual de atuação estatal*⁷⁰⁸. Nessa linha, diversos são os autores que reconhecem a existência do processo administrativo normativo no Direito Administrativo brasileiro e requerem a realização de processo para exercício da competência normativa pela Administração Pública.

III.2.2. A construção do processo administrativo normativo no Brasil

O desenvolvimento do processo administrativo normativo no Brasil é eminentemente prático. Explorar a experiência concreta nos principais entes regulatórios que realizam o processo administrativo normativo mostra-se oportuno para verificar o estágio de avanço da prática, assim como apresentar as principais características que informam este procedimento no Direito Administrativo brasileiro, ainda que restrito à atividade regulatória na esfera federal. Apenas com esse reconhecimento será possível efetivar análises de direito comparado e estudar possíveis soluções jurídicas para aprimoramento do sistema regulatório nacional.

III.2.2.1. Ausência de um ente administrativo de supervisão dos atos normativos

A primeira característica que se depreende das dinâmicas de processos administrativos normativos corresponde à ausência de um ente administrativo que discipline juridicamente este procedimento e que proceda à coordenação dos atos normativos exarados pelas Agências Reguladoras, a despeito da existência do *Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação* (Pro-Reg).

⁷⁰⁸ **Ensaio sobre o Processo como Disciplina do Exercício da Atividade Estatal**, 2012, p. 266. Segundo o autor, o fundamento do dever processual de atuação estatal deve-se ao dado de que é também pelo processo administrativo que se afirma o Estado Democrático de Direito: “[o] processo é modo pelo qual, no Estado Democrático de Direito, se exerce o poder estatal com vistas a cumprir alguma das atribuições reservada pela Constituição ao ente Estado. (...) Se no Estado não democrático o que importa é a manifestação concreta do poder (o ato administrativo, por exemplo), no Estado de Direito importa também o modo (percurso, motivação, publicidade) pelo qual o poder se manifesta. Segue, então, o deslocamento da manifestação estatal do ato (decisão) para o método (processo)”. *Idem, ibidem*.

Instituído pelo Decreto 6.062, de 2007, o Pro-Reg tem cinco grandes fins de contribuição para a melhoria: (i) do sistema regulatório; (ii) da coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório; (iii) dos mecanismos de prestação de contas; (iv) da participação administrativa; e (v) da qualidade da regulação de mercados (art. 1º). Não se trata, portanto, de uma instituição de revisão e de disciplina jurídica da regulação. O Pro-Reg não pode ser aclamado como *o regulador dos reguladores*. Sem dispor de qualquer poder público, sua atuação se volta prioritariamente à promoção de ações integradas, nos termos do art. 2º do Decreto 6.062/2007. Na prática, as principais atividades do Prog-Reg se voltam à consolidação de audiências e consultas públicas das Agências Reguladoras federais em seu *site* na *internet*⁷⁰⁹, edição de boletins semestrais com as principais notícias envolvendo a regulação por Agências, bem como realização de eventos e de treinamentos de capacitação do pessoal das Agências, que atualmente se volta à difusão da análise de impacto regulatório.

Recentemente o Pro-Reg tem se voltado ao estudo de dois grandes temas relacionados ao processo administrativo normativo: a ferramenta de avaliação de impacto regulatório⁷¹⁰ e a viabilidade jurídica de criação de um órgão ou ente administrativo voltado à avaliação da regulação. Consultorias foram contratadas com a finalidade de qualificar o debate, que pode eventualmente ser uma alternativa jurídica em discussão, ainda que não se verifiquem até o presente momento nenhuma iniciativa estatal nesse sentido⁷¹¹.

Dessas, a consultoria mais centrada na questão considerando as especificidades do panorama brasileiro corresponde ao estudo desenvolvido pelo consultor *ad hoc* WLADIMIR ANTONIO RIBEIRO com a finalidade de avaliar a viabilidade jurídica de constituição de um “*regulatory oversight body*”, traduzido pelo mesmo como “*unidade de supervisão da*

⁷⁰⁹ Disponível em: www.regulacao.gov.br. Acesso em 29 de outubro de 2013.

⁷¹⁰ Sobre a estruturação e funcionamento do Pro-Reg na avaliação de impacto regulatório, cf. PATRÍCIA RODRIGUES PESSÔA VALENTE, **Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**, 2011, p. 161-164.

⁷¹¹ Cf. WLADIMIR ANTONIO RIBEIRO, **Estudo para Subsidiar a Estruturação de uma Unidade de Coordenação, Acompanhamento e Avaliação de Assuntos Regulatórios**, 2009 e SEBASTIAN LOPEZ AZUMENDI, **Agencias de Mejoramiento y Control Regulatorio en la Experiencia Internacional: opciones para Brasil**, 2009. Ambas as consultorias estão disponíveis em: <http://www.regulacao.gov.br/trabalhos-de-consultoria>. Acesso em 29 de outubro de 2013.

regulação”⁷¹². Com base em estudo de direito comparado e no estudo da OCDE intitulado *Princípios de Boa Governança Regulatória* (que impactou diretamente a conformação do processo administrativo normativo de algumas Agências, como será analisado), o consultor sugere a criação de um ente colegiado na estrutura da Administração Indireta vinculado à Presidência da República para cumprir com a função de supervisão da regulação⁷¹³. O sugerido *Conselho Nacional de Regulação* reuniria as seguintes atribuições: estabelecer uma agenda de reforma regulatória; opinar sobre o mérito dos projetos de lei ou autógrafos de lei; disciplinar a avaliação de impacto regulatório; analisar as avaliações de impacto regulatório nas propostas de regulação relevantes; receber contribuições da sociedade civil e de órgãos ou entidades públicas para aperfeiçoamento da regulação; difundir as boas práticas da regulação; promover programa de treinamento de servidores públicos; prestar assessoria de apoio, mediante celebração de convênio; administrar banco de dados sobre regulação; e estabelecer relações de cooperação técnica com órgãos internacionais com atuação na simplificação e melhoria da qualidade regulatória⁷¹⁴.

O tema da instituição de supervisão da regulação é complexo, pelas próprias características do sistema regulatório brasileiro, e marcadamente político, cuja decisão pela implementação dessa instituição esbarra em questões fundamentais à independência e autonomia das Agências Reguladoras. Desviaria do foco do presente trabalho apresentar uma proposta de estrutura da autoridade de supervisão da regulação no Brasil. No entanto, cumpre apresentar ao menos dois esclarecimentos jurídicos que devem ser considerados no debate.

Primeiramente, a atividade normativa da Administração Pública não se resume às Agências Reguladoras independentes. Há que se reconhecer uma diversidade de regimes jurídicos a que se submete o exercício da competência normativa pela Administração Pública.

⁷¹² O Estudo para Subsidiar a Estruturação de uma Unidade de Coordenação, Acompanhamento e Avaliação de Assuntos Regulatórios, 2009, encontra-se disponível em: <http://www.regulacao.gov.br/trabalhos-de-consultoria/estudo-para-subsidiar-a-estruturacao-de-uma-unidade-de-coordenacao-acompanhamento-e-avaliacao-de-assuntos-regulatorios>. Acesso em 29 de outubro de 2013.

⁷¹³ Que não se confunde com a supervisão ministerial prevista no Decreto-Lei 200/67, como adverte WLADIMIR ANTONIO RIBEIRO, na medida em que a “*supervisão*” deve ser entendida no estudo como “*ter ciência, acompanhar e, no limite, avaliar*”. **Estudo para Subsidiar a Estruturação de uma Unidade de Coordenação, Acompanhamento e Avaliação de Assuntos Regulatórios**, 2009, p. 6.

⁷¹⁴ *Idem*, p. 70-71.

Há no Direito Administrativo brasileiro disciplina específica de supervisão da elaboração de projetos de lei, medidas provisórias e decretos pelo Poder Executivo ditada pelo Decreto 4.176/2002. De acordo com o texto do Decreto, à Casa Civil da Presidência da República compete “*examinar a constitucionalidade, a legalidade, o mérito, a oportunidade e a conveniência política das propostas de projeto de ato normativo*” (art. 34, inc. D). Ainda, são competências da Casa Civil a supervisão da elaboração dos projetos de atos normativos, podendo-se solicitar a participação dos órgãos competentes nos casos de declaração de inconstitucionalidade ou de deferimento de mandado de injunção pelo STF, e instar os Ministérios e órgãos competentes a editar atos normativos na hipótese de regulamentação exigida por lei. O *poder de supervisão* da Casa Civil dessas espécies normativas encontra-se expressamente prevista no art. 34, inc. V, nos seguintes termos: “[compete à Casa Civil] *zelar pela fiel observância dos preceitos deste Decreto* [Decreto 4.176/2002], ***podendo devolver aos órgãos de origem os atos em desacordo com as suas normas***” (destaquei).

Muito embora o art. 59 do Decreto 4.176/2002 determine ser aplicável o disposto no Decreto, no que couber, “*à elaboração dos demais atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo*”, o Decreto não pode ser tomado como uma *norma geral da atividade normativa da Administração Pública*. Não há relação imediata entre atividade normativa da Administração Pública e o disposto no Decreto 4.176/2002, de modo que todos os atos normativos editados pelo Poder Público se condicionem à supervisão da Casa Civil. Nem era essa a finalidade do Decreto, conforme se extrai da leitura sistemática da norma. Entende-se que o Decreto 4.176/2002 aplica-se nos casos de exercício de competência normativa em que não haja expressa determinação dessa competência na lei formal. Se a delegação normativa se deu por meio de lei formal, apenas a lei formal pode condicionar a supervisão Presidencial do ato normativo. Ainda convém segregar as Agências Reguladoras independentes, que gozam de um regime jurídico especial, daqueles demais órgãos ou entes administrativos dotados de capacidade normativa, mas sem autonomia e independência frente ao chefe do Poder Executivo.

A autonomia e independência das Agências Reguladoras impede qualquer *revisão* governamental de suas atividades, ainda que para “*fins de interesse público*”, “*qualidade da regulação*”, “*coordenação de políticas públicas*” ou “*avaliação de impacto*”

regulatório”. Na ponta, a supervisão bem intencionada da regulação normativa pode se demonstrar em efetivo instrumento político de controle do governo central das Agências Reguladoras, colocando em risco sua independência e autonomia. Tem-se, aí, o mesmo fundamento de não cabimento de recurso hierárquico impróprio contra os atos das Agências Reguladoras. Seria plenamente constitucional a previsão em lei formal de submissão dessas entidades a um órgão ou ente de supervisão da regulação; porém, como uma medida dessa natureza, elas automaticamente deixariam de ser autônomas e independentes. Ou, ao menos, deixariam de sê-lo com relação ao tipo de norma que se submeteria ao crivo do governo federal.

Com relação à *supervisão*, isto é, à avaliação da qualidade da regulação de acordo com determinadas balizas de análise, a exemplo da análise de custo-benefício, é necessário considerar os efeitos operacionais dessa supervisão. Neste caso, o ente de supervisão se resume a avaliar a *qualidade da motivação* empregada na edição de uma determinada norma pela Administração Pública, podendo, caso entendê-la insuficiente, remeter à Agência para qualificar a motivação da decisão normativa.

De acordo com a Lei Federal de Processo Administrativo, a motivação consiste na indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos da decisão administrativa⁷¹⁵, determinação esta correspondente à *subsunção*. Isto significa que, no caso concreto, coloca-se um ônus argumentativo à Administração Pública de indicar a norma que fundamenta a decisão administrativa e sua adequação para incidir no caso concreto. Uma das leituras que se tem desenvolvido na doutrina administrativista sobre a eficiência consiste em condicionar a Administração a ponderar todas as possíveis alternativas jurídicas cabíveis no caso concreto e justificar o porquê da adoção de uma específica solução jurídica em detrimento das demais. Este argumento foi reforçado com a projeção da avaliação de impacto regulatório, segundo a qual o Poder Público deve tomar a decisão mais eficiente, assim determinada pela análise de custo-benefício ou outros métodos de investigação científica. A análise dos possíveis desenhos da regulação se faz no âmbito do processo administrativo normativo e integra a motivação, a qual deve trazer as razões para a escolha administrativa.

⁷¹⁵ Cf. art. 50, *caput*, Lei 9.784/99.

A introdução de uma entidade de supervisão da regulação muda esta tomada de decisão. O processo administrativo normativo é encaminhado a esta entidade, à qual compete analisar a qualidade da regulação por meio de elaboração de estudos técnicos a fim de verificar se a decisão tomada pela Agência é, ou não, a mais eficiente ou se todas as soluções jurídicas foram efetivamente consideradas na tomada de decisão. Caso o ente de supervisão verifique que a decisão administrativa mais adequada não foi considerada pela Agência, a motivação é considerada insuficiente e reencaminhada à Agência para que a refine, ou seja, considere o estudo do ente de supervisão na motivação. Por um lado, a participação do ente de supervisão do processo administrativo normativo incrementa a qualidade da regulação. Mas não se podem negar possíveis efeitos adversos da interação do ente de supervisão nos processos administrativos normativos das Agências Reguladoras.

Com a implosão do mérito administrativo, o controle da motivação é um efetivo controle do ato normativo, com a diferença de que não se coloca a possibilidade de invalidação da norma regulatória. Trata-se de um controle via uma nova compreensão da teoria dos motivos determinantes (“*teoria dos motivos determinantes 2.0*”).

Ainda que independente, a Agência pode se colocar em uma posição política de acatar a decisão do ente de supervisão que se encontre vinculada à Presidência da República. Esta não é uma discussão jurídica, como se percebe, mas importa salientar este aspecto porque o Direito pode endereçar alternativas jurídicas. A mais relevante consiste na configuração dessa entidade também como uma Agência Reguladora Independente, a exemplo da ACUS. A conformação dessa entidade de supervisão como Agência com autonomia reforçada frente ao chefe do Poder Executivo torna mais legítima a sua atuação junto aos processos administrativos normativos das Agências. Outro efeito adverso da atuação do ente de supervisão da regulação praticada pelas Agências Reguladoras independentes corresponde ao aumento da litigiosidade do ato normativo. Ocorre que a atuação normativa da Agência Reguladora que não se coaduna com o conteúdo proposto pelo ente de supervisão corre considerável chance de ser questionada judicialmente pelo regulado, o qual fará uso da manifestação da entidade de supervisão como argumento de impropriedade do ato normativo. Trata-se de um panorama similar ao que se verifica, por exemplo, com o questionamento em juízo de normas regulatórias sob o fundamento de que

a metodologia técnica adotada pela Agência não era a mais adequada, especialmente nos casos de registro de medicamentos⁷¹⁶.

Esses são potenciais efeitos que devem ser considerados quando da decisão pela criação de um ente de supervisão da regulação. Todavia, o mais certo é confrontar a vantagem de qualidade da regulação propiciada pelo ente de supervisão à luz dos custos e do tempo que certamente serão consumidos com a supervisão dos atos normativos das Agências Reguladoras. Também é preciso refletir sobre o que vem a ser, propriamente, uma regulação de *maior qualidade*. Considerando que as Agências Reguladoras independentes são compostas por técnicos especializados que conhecem a fundo o mercado regulado, como um ente de supervisão qualificaria a decisão normativa das Agências? Uma decisão de maior qualidade pode ser aquela que se apresenta mais rapidamente ao mercado regulado? Isso tem especial relevância para se determinar a abrangência da eventual atuação de um ente de supervisão, necessariamente criado por lei e com poderes específicos. No caso norte-americano, a supervisão do OIRA se exercita exclusivamente sobre as ações regulatórias significativas⁷¹⁷.

Tendo em vista os fins deste trabalho, a tomada de qualquer posicionamento sobre a recepção de um ente de supervisão é precipitada. Na ponta, esta decisão – política, de fato –, passa pelo *trade-off* entre qualidade da regulação vs. tempo e custos da regulação. Os efeitos adversos devem ser considerados nessa análise, inclusive a possibilidade de controle do governo central sobre a atuação normativa das Agências Reguladoras. É o que já demonstrou a experiência norte-americana com a intervenção do OMB e do OIRA no *rulemaking*, fazendo do Presidente um ator na regulação normativa das Agências. Por outro lado, o fortalecimento das exigências de análises de impacto regulatório surge nos Estados Unidos de um contexto de sufocamento das Agências Reguladoras a partir da década de 1980, com a ascensão dos Republicanos ao Poder, cuja bandeira política de longa data é refratária à atuação das Agências, vistas como mecanismos de intervenção estatal no domínio econômico. No caso brasileiro, a desconfiança das Agências alimentada pela doutrina e por partidos políticos poderia levar à má utilização da supervisão da regulação.

⁷¹⁶ Cf. REsp 1.022.258, julgado por unanimidade de votos pela Segunda Turma do STJ em 13 de maio de 2008.

⁷¹⁷ Cf. item III.2.2.2. deste trabalho.

Parece que melhor alternativa institucional ao caso brasileiro pode ser inspirada na ACUS, Agência Reguladora norte-americana voltada ao estudo do processo administrativo (*rulemaking* e *adjudication*) das Agências como forma de aprimoramento do sistema regulatório⁷¹⁸. Suas decisões são tomadas por um processo aberto à participação administrativa e envolvendo representantes dos atores que participam da regulação, bem como acadêmicos. Ainda, suas decisões não são mandatórias, mas sim *aconselhamentos*. Os principais diferenciais da ACUS são, portanto, o *foco no procedimento* e o caráter *consensual* de suas determinações. Ao lado das recomendações, suas propostas normativas são de adesão voluntária. No entanto, este é um estudo que foge ao escopo da presente tese.

III.2.2.2. O meio eletrônico como arena típica do processo administrativo normativo

Ao contrário da experiência norte-americana, em que o *rulemaking* se desenvolveu em período bem anterior à utilização de ferramentas eletrônicas pela Administração Pública, no Brasil coincide o desenvolvimento do processo administrativo normativo com a disseminação do uso da *internet*. De fato, o *governo eletrônico* é uma tendência na Administração brasileira, corroborando tanto para a eficiência no cumprimento de funções públicas quanto para democratização do acesso à Administração Pública⁷¹⁹, além de corroborar com o valor público da transparência, que propicia o controle social da Administração Pública⁷²⁰. No processo administrativo normativo, é grande o potencial de emprego de tecnologia eletrônica para edição de normas pelo Poder Público⁷²¹.

⁷¹⁸ Sobre o contexto de criação da ACUS, cf. item II.2.2. deste trabalho.

⁷¹⁹ Cf. JACQUES CHEVALLIER, **O Estado Pós-Moderno**, 2008, p. 137.

⁷²⁰ Segundo FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, “[h]odiernamente, dada a complexidade e a fragmentação da sociedade, não me parece possível que se tenha como legítima uma intervenção regulatória advinda de um processo não transparente, aberto ao acompanhamento e controle da própria sociedade. Neste contexto particularmente o advento da internet facilita sobremaneira a concretização dessa maior transparência”. **Balço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil**, 2005, p. 8.

⁷²¹ Como exemplo da projeção da *internet* no processo administrativo normativo, vale transcrever excerto do art. 37 do Regimento Interno da ANATEL (Resolução 612/2013): “§1º. A Anatel adotará procedimentos que tornem seus processos eletrônicos, inclusive com sistema de petição eletrônico, dotado da respectiva certificação digital, com o objetivo de aprimorar sua gestão de documentos e facilitar o acesso de servidores e cidadãos às informações da Agência, o que propiciará celeridade, segurança e economicidade em seus procedimentos. §2º. Regulamentação específica tratará da adoção e funcionamento de sistema eletrônico para tramitação de processos administrativos na Agência, bem como para a prática de

No Brasil, o *processo administrativo normativo eletrônico*⁷²² é caracterizado pela utilização da informática para desenvolvimento de um ou mais atos processuais para desenvolvimento e aplicação de ato normativo. Na prática regulatória, no entanto, verifica-se a utilização da *internet* fundamentalmente para divulgação de informações (agenda regulatória, proposta normativa e correspondente justificativa, por exemplo) ou para realização da fase de participação administrativa⁷²³. Esta última funcionalidade destaca-se na dinâmica do processo administrativo normativo eletrônico.

Ocorre que o avanço do emprego de recursos eletrônicos no processo administrativo normativo, que se acentuou nos últimos anos, determinou a conformação da *participação administrativa eletrônica* no instituto da *consulta pública*. Para melhor compreensão desse panorama, faz-se necessário diferenciar audiências públicas de consultas públicas.

Tendo em vista que a Lei Federal de Processo Administrativo não define categoricamente essas duas figuras, a estruturação básica e a dinâmica de funcionamento de ambos os instrumentos de participação podem variar significativamente de setor para setor⁷²⁴. No geral, porém, as audiências públicas são dispostas como instrumento de participação administrativa processual em que há dinâmica *presencial* de diálogo entre o Poder Público e os interessados na regulação. Na consulta pública, porém, este diálogo é

atos processuais. §3º. Observada a legislação federal a respeito do acesso à informação, as deliberações da Agência e os documentos que lhes dão fundamento deverão ser indexados e divulgados por meio de sistema de busca textual, disponível a todos os interessados no sítio da Agência na Internet”.

⁷²² A nomenclatura *processo administrativo normativo eletrônico* acompanha aquela proposta por JOSÉ FERNANDO FERREIRA BREGA, qual seja, o *processo administrativo eletrônico*. Para o autor, neste tipo de processo há utilização da informática para desenvolvimento de um ou mais atos interlocutórios, geralmente na condição de mecanismos de apoios. Assim, são reconhecidas as seguintes funcionalidades do uso da tecnologia no processo administrativo: fornecimento de modelos e formulários digitais; acompanhamento eletrônico dos autos em papel; informatização dos serviços de atendimento ao público relacionados ao processo; e sistemas de protocolo eletrônico. Desse modo, mitiga-se a simbologia do processo administrativo como um “*expediente em papel*”. Cf. **Governo Eletrônico e Direito Administrativo**, 2012, p. 246-247.

⁷²³ No âmbito do processo normativo eletrônico da Administração Pública, outros empregos da informática podem ser cogitados. Sem esgotar todas as possíveis utilizações, mencione-se o uso da *internet* como ferramenta de controle social mediante divulgação de relatórios de acompanhamento da aplicação do ato normativo, por exemplo, bem como a criação de um *site* para reunir todas as consultas públicas em curso, de modo que o cidadão possa ter fácil acesso a elas e expressar a sua opinião de modo padronizado.

⁷²⁴ Sobre os instrumentos de participação administrativa, cf. MARCOS AUGUSTO PEREZ, **A Administração Pública Democrática. Institutos de Participação Popular na Administração Pública**, 2004, p. 60-68.

desenvolvido de modo não presencial⁷²⁵, geralmente intermediado por plataforma virtual: os interessados apresentam seus comentários à proposta normativa por meio de mensagens eletrônicas em espaço virtual desenvolvido pelos entes públicos, em seus sítios eletrônicos⁷²⁶. Trata-se, portanto, de uma participação administrativa eletrônica⁷²⁷. Esta é uma orientação jurídica que parece estar sedimentada, muito embora a CVM aluda à participação eletrônica como audiência pública⁷²⁸. No caso da ANEEL, que também denomina a participação eletrônica como audiência pública, notou-se trabalho de ajustamento semântico à prática regulatória.

A disciplina jurídica da participação administrativa na ANEEL é disposta na Resolução 273/2007, inteiramente reformulada pela Resolução 483/2012. Além do aperfeiçoamento do instrumento da audiência pública, a consulta pública também foi objeto de tratamento. Nos termos do art. 15 da Resolução 273/2007, a audiência pública “*é um instrumento de apoio decisório da ANEEL, de ampla consulta à sociedade, que precede a expedição dos atos administrativos ou proposta de anteprojeto de lei*”. Para a ANEEL, a audiência pública não se resume ao diálogo presencial entre regulador e interessados no objeto da regulação, mas abrange o encaminhamento de contribuições e sugestões pelos interessados, assim como a realização de reunião presencial e de reuniões com grupos específicos. Já a consulta pública corresponde ao “*instrumento administrativo de competência dos Líderes das Unidades Organizacionais da ANEEL para apoiar as atividades de formulação e aperfeiçoamento de regulamentos, fiscalização ou implementação de suas atribuições específicas, com o objetivo de colher subsídios e informações dos agentes econômicos do setor elétrico, consumidores e demais*

⁷²⁵ Para MARCOS AUGUSTO PEREZ, “(...) a consulta pública consiste em procedimento de divulgação prévia de minutas de atos normativos (de interesse geral), visando que, no prazo determinado pela Administração (no caso analisado [ANATEL], no mínimo dez dias), todos os eventuais interessados ofereçam críticas, sugestões de aperfeiçoamento ou peçam informações e resolvam dúvidas a respeito”. *Idem*, p. 110.

⁷²⁶ Ao visitar as páginas de *internet* dos entes públicos analisados, é possível identificar algum *link* relativo à participação administrativa, geralmente com o nome de “*participação da sociedade*” e “*consulta pública*”.

⁷²⁷ Prevalece no caso brasileiro a participação eletrônica por meio de submissão de comentários às propostas normativas divulgadas na página eletrônica da correspondente instituição. No entanto, outros mecanismos de participação eletrônica podem ser aprimorados para além da participação por meio de submissão de contribuições por via eletrônica. Pode-se cogitar da utilização de *surveys* eletrônicos, por exemplo, da criação de *Blogs* para instrução da sociedade sobre regulação, bem como da criação de foros de discussão eletrônica (*reg-chat*). A Universidade de Cornell conduz o Projeto *Regulation Room* com a finalidade de explicar o funcionamento do *rulemaking* para os cidadãos e motivá-los a participar da fase de comentários. Disponível em: <http://regulationroom.org>. Acesso em 7 de novembro de 2013.

⁷²⁸ Art. 8º, §3º, inc. I, Lei 6.385/76.

interessados da sociedade, de forma a identificar e aprimorar os aspectos relevantes à matéria em questão” (art. 23, *caput*, Resolução 273/2007). Segundo o art. 24 da mesma norma, as disposições relativas às audiências públicas são também aplicáveis às consultas públicas, o que indica que, na prática, não há significativas diferenças entre ambos os instrumentos na ANEEL. A reforma da participação administrativa pela Resolução 483/2012 indica tentativa de adaptação do regime jurídico da ANEEL ao panorama regulatório brasileiro, de acordo com as funcionalidades afirmadas pela doutrina e pela prática administrativa às audiências e às consultas públicas.

Apesar de as consultas públicas serem preferencialmente exercidas em formato eletrônico, no ambiente da *internet*, entende-se ser plenamente cabível a apresentação de contribuições postais⁷²⁹. Na Consulta Pública 47/2012 realizada pela ANVISA, em que se admitiu tanto o recebimento eletrônico quanto o recebimento postal das manifestações sobre proposta de ato normativo, a seguinte distribuição das contribuições foi evidenciada:

Tabela 06 – Distribuição das contribuições à Consulta Pública 47/2012 da ANVISA quanto à via de encaminhamento

Encaminhamento	Contagem	Percentual
Eletrônica	162	98,78%
Postal	2	1,22%

Fonte: Elaboração própria a partir de levantamento estatístico disponibilizado pela ANVISA.

Como a tabela demonstra, o processo normativo no Brasil tende a se caracterizar como um processo eletrônico. Não por outra razão a ANATEL consagrou a consulta pública como o instrumento de participação administrativa por excelência no processo normativo, definindo-a como “*expressa decisão que submete proposta de ato normativo, documento ou assunto a críticas e sugestões do público em geral*” (art. 40, inc. VII, Resolução 612/2013).

Mesmo quando se apresentou a oportunidade de envio postal dos comentários, as contribuições se efetivaram maciçamente por via eletrônica. Apenas nas hipóteses de

⁷²⁹ Cf. item IV.3.3.2. deste trabalho.

ausência de fase de comentários ou de audiência pública como participação administrativa é que não será reconhecido o processo normativo eletrônico. Ocorre que o Brasil “*chegou tarde no jogo do rulemaking*”⁷³⁰. A relevância da informática no exercício de funções públicas não apenas é uma tendência, como há expressa determinação de divulgação de dados e informação relevante ao público em geral por meio de sítios oficiais na *internet* na Lei de Acesso à Informação Pública⁷³¹. Sendo assim, o desenvolvimento do processo administrativo normativo brasileiro segue o estágio no qual hoje se encontram os *benchmarks* internacionais, em que instrumentos eletrônicos são utilizados nas fases processuais.

III.2.2.3. Abertura do processo administrativo normativo à participação administrativa

Apenas com a redemocratização foi possível iniciar no Brasil um movimento, já conhecido em outros sistemas jurídicos, de diálogo entre Poder Público e particulares⁷³². A *participação administrativa* representa canais de diálogo no âmbito da Administração Pública em que os cidadãos verbalizam suas considerações sobre a estrutura e o funcionamento administrativo. Devido à sua ampla expressão, a participação administrativa também é conhecida como “*participação popular*”⁷³³ e “*participação social*”. Trata-se, acima de tudo, de uma sinalização para a mudança do papel do particular frente ao Poder Público, passando de mero destinatário da decisão final da Administração (em posição análoga a de um *súdito*) para partícipe da construção de políticas públicas e dos mecanismos mais eficientes para satisfação de finalidades públicas. Reciprocamente, a participação administrativa também aponta para uma gradativa superação da posição do Poder Público de um pedestal inacessível aos particulares para uma posição mais horizontalizada em relação aos particulares. A postura de *mediador ativo* da Administração

⁷³⁰ Esta expressão é original de STEVEN BALLA.

⁷³¹ Como determina o art. 8º, §2º, da Lei de Acesso à Informação Pública (Lei 12.527/2011), “[p]ara cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (*internet*)”.

⁷³² Sobre o desenvolvimento da noção de participação administrativa no Brasil, cf. PATRÍCIA BAPTISTA, **Transformações do Direito Administrativo**, 2003, p. 137 e ss.

⁷³³ Cf. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, **Participação Popular na Administração Pública**, 1993.

Pública identificada por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO pressupõe a valorização do particular:

“Os interesses especiais, na medida em que se revelem legitimados perante uma parcela da sociedade e encontrem eco nos princípios estruturantes do ordenamento jurídico, não podem ser desconsiderados como interesses públicos. A partir do momento em que se revelem transcendentais aos interesses particularísticos dos atores sociais organizados, que os encampam, tais interesses passam a ser interesses públicos consideráveis, devendo ser tomados em conta no processo decisório voltado à alocação de bens, direitos e oportunidades amealhados pela coletividade. Neste particular, parece-nos que a Administração Pública se revela necessária na mediação entre os interesses especiais”⁷³⁴.

De fato, muito embora a dinâmica mais conhecida da participação administrativa corresponda à participação processual, sua abrangência é consideravelmente mais extensa, relacionando-se também ao controle social e à atuação de particulares junto a órgãos colegiados administrativos⁷³⁵. Como decorrência, seus instrumentos são notadamente diversos. Quanto à participação processual, são exemplos de instrumentos de participação administrativa a audiência e a consulta pública. Instrumentos de participação que servem ao controle social da Administração Pública são a denúncia pública, a reclamação relativa ao funcionamento de serviços públicos, o *ombudsman*, o exercício do direito de petição junto ao Poder Público, bem como as ações ajuizadas contra arbitrariedades públicas⁷³⁶, via de regra formalizadas em mandados de segurança contra “atos de autoridade”. Na perspectiva de colaboração com a Administração Pública, que não se confunde com a colaboração por delegação de serviços públicos, a participação administrativa se apresenta nos colegiados públicos, nas ouvidorias e nas assessorias externas.

Considerada como uma tendência no Direito Administrativo brasileiro, a participação administrativa é tomada como verdadeiro *valor público*. Pela participação

⁷³⁴ **Regulação Estatal e Interesses Públicos**, 2002, p. 161.

⁷³⁵ Cf. ODETE MEDAUAR, **O Direito Administrativo em Evolução**, 2003, p. 232-233.

⁷³⁶ Cf. PAULO MODESTO, **Participação Popular na Administração Pública: mecanismos de operacionalização**, 2005, p. 7.

administrativa, as decisões tomadas pelo Poder Público revestem-se de maior legitimidade. Exatamente por corresponder ao *elemento democrático* da atuação administrativa⁷³⁷, a abertura da Administração Pública ao diálogo com os cidadãos, especialmente na arena do processo administrativo, dota de maior legitimidade o exercício de prerrogativas públicas de autoridade. Ademais, a participação administrativa fortalece a confiança legítima dos particulares às ações administrativas. Outros efeitos correlatos à participação administrativa correspondem à atenuação do atributo da unilateralidade dos atos administrativos, cujo conteúdo é preliminarmente publicado para que todos os interessados possam apresentar suas considerações em defesa de seus próprios interesses e direitos⁷³⁸. Por esta razão, a participação administrativa consiste no fundamento mais evidente da consensualidade⁷³⁹.

No Direito Administrativo brasileiro, a consagração da participação administrativa como um valor público decorre de uma combinação de fatores. Primeiramente, a doutrina de direito administrativo tem desempenhado importante papel nesse sentido ao sistematicamente afirmar a importância da participação administrativa⁷⁴⁰, indicando as linhas da *tendência da participação administrativa* e seus principais instrumentos. Reconhecida como a *Constituição Cidadã*, a Constituição democrática de 1988 dispõe de diversos preceitos que ensejam a participação dos particulares no exercício das funções de Estado, em especial na função administrativa⁷⁴¹. Saliente-se, ainda, a insuficiência da democracia representativa no atual contexto em que os cidadãos anseiam por voz ativa perante o Poder Público⁷⁴², ensejando a construção de canais de diálogo mais efetivos que os instrumentos de participação para fins de controle ou de gestão administrativa. As primeiras iniciativas de participação administrativa surgiram no setor ambiental e,

⁷³⁷ Cf. RENATA NADALIN MEIRELLES SCHIRATO, **Transparência Administrativa, Participação, Eficiência e Controle Social**, 2013, p. 124.

⁷³⁸ ODETE MEDAUAR resume precisamente as vantagens da participação administrativa: “[a] participação administrativa liga-se à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; associa-se ao decréscimo da discricionariedade; propicia atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos; liga-se também às práticas contratuais baseadas no consenso, na negociação, na conciliação de interesses”. **Direito Administrativo em Evolução**, 2003, p. 230.

⁷³⁹ Cf. JULIANA BONACORSI DE PALMA, **Atuação Administrativa Consensual. Estudo dos Acordos Substitutivos no Processo Administrativo Sancionador**, 2010, p. 99.

⁷⁴⁰ Cf. FABIO GOMES DOS SANTOS, **Audiências Públicas Administrativas no Direito Brasileiro**, 2013.

⁷⁴¹ Cf. os seguintes preceitos da Constituição Federal: preâmbulo, art. 5º, incs. XIV, XXXIII, XXXV, XXXIV, *a*, LIV, LV, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII, LXXVII, art. 10, art. 37, §3º, art. 58, inc. II, art. 74, §2º, art. 132, art. 198, III, art. 204, II, e art. 216, §1º.

⁷⁴² Cf. FABIO GOMES DOS SANTOS, **Audiências Públicas Administrativas no Direito Brasileiro**, 2013, p. 20-22.

posteriormente, no Direito do Consumidor⁷⁴³. Hoje cada vez mais os cidadãos são convidados a discutir desenhos de políticas públicas e a se manifestarem sobre mecanismos de ação administrativa que lhes digam respeito.

Neste trabalho, a participação administrativa será analisada apenas quanto à *participação procedimental*, ou seja, à participação administrativa que se verifica no âmbito do processo administrativo⁷⁴⁴. Mais estritamente, será objeto de estudo a participação administrativa no *processo administrativo normativo*.

A participação administrativa assume importância inquestionável no processo administrativo normativo. Na verdade, a participação confere identidade ao processo normativo. Pela definição mais acatada na doutrina de direito administrativo, o processo administrativo corresponde à sucessão de atos concatenados voltados à decisão administrativa. No processo administrativo normativo, a participação administrativa serve como eixo condutor dessas etapas processuais, em torno do qual os atos interlocutórios se articulam. A participação administrativa no processo administrativo normativo se evidencia, ao menos, em três fases: (i) na fase preparatória da minuta de ato normativo, mediante recebimento de comentários relativos à oportunidade e conveniência de determinado regulamento, bem como às suas linhas gerais; (ii) na fase de instauração, no caso em que o particular requeira o exercício do poder normativo pela Administração Pública; e (iii) na fase de instrução, por meio de instrumentos de discussão sobre a proposta de ato normativo.

Ainda que seja considerável a relação entre processo administrativo normativo e participação, não é correto afirmar que aquele se resume a um *procedimento de participação administrativa*. Ocorre que o objetivo final do processo administrativo normativo não consiste na realização de participação administrativa, mas sim no exercício

⁷⁴³ Cf. CARLOS ARI SUNDFELD, **Processo Administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão**, 2006, p. 8.

⁷⁴⁴ São diversas as formas de participação administrativa no âmbito do processo administrativo. Sem a pretensão de esgotar essas hipóteses, mencione-se, por exemplo, o requerimento de instauração de processo administrativo de licenciamento ou para outorga da autorização. No âmbito do processo administrativo sancionador, os acordos substitutivos (da instauração do procedimento, do procedimento ou da sanção) se aperfeiçoam a partir da participação administrativa, cujos diálogos entre Poder Público e particulares levam à elaboração de termos de compromisso ou ajustamentos de conduta. Na ponta, a participação administrativa, tomada em sentido amplo, encontra-se diretamente relacionada aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa que incidem sobre os processos da Administração Pública.

da competência normativa para produção de atos normativos. A participação administrativa é um elemento relevante para a produção normativa pela Administração Pública, permitindo recolher informação, reconhecer os diversos interesses envolvidos no futuro regulamento e legitimar o exercício do poder normativo. No entanto, a participação administrativa não é elemento imprescindível ao processo administrativo normativo, ressalvados os casos expressamente previstos em lei ou nas hipóteses de autovinculação administrativa. Assim, é o exercício da competência normativa que caracteriza um processo administrativo como normativo. Ainda que preferencialmente esse processo deva ser aberto à participação administrativa, a ausência de audiência ou consulta pública não invalida o ato normativo final, desde que a opção por não realizá-las conste na motivação.

E, de fato, para a grande maioria das autoridades regulatórias analisadas a fase de comentários é meramente facultativa⁷⁴⁵. No setor de telecomunicações, porém, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97) estabelece o dever de submeter todas as minutas de atos normativos à consulta pública, nos termos do seu art. 42: “[a]s minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca”. Nessa mesma linha vai a Lei 9.427/96, que cria a ANEEL e disciplina as concessões de energia elétrica, cujo art. 4º, §3º, determina que “[o] processo que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL”⁷⁴⁶. Com

⁷⁴⁵ Exemplificativo do exposto é a redação do art. 35 do Regulamento da ANVISA, aprovado pelo Decreto 3.029/99, de seguinte redação: “[a]s minutas de atos normativos **poderão** ser submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público, nos termos do regimento interno” (destaquei). Nessa linha, o art. 32 do mesmo preceito normativo estabelece que “[o] processo decisório de registro de novos produtos, bens e serviços, bem como seus procedimentos e de edição de normas **poderão** ser precedidos de audiência pública, a critério da Diretoria Colegiada, conforme as características e a relevância dos mesmos, sendo obrigatória, no caso de elaboração de anteprojeto de lei a ser proposto pela Agência” (destaquei). Nessa linha, o art. 3º, §2º, da RDC 40/2011 da ANCINE determina que “[t]ratando-se de outros instrumentos normativos, a Diretoria Colegiada decidirá sobre a realização de Consultas públicas” e seu §3º que “a Diretoria Colegiada decidirá sobre a realização de Audiências públicas e sobre o tempo que a matéria ficará sob Consulta pública”. Cf., ainda, art. 32 do Regulamento da ANS (Decreto 3.327/2000); art. 34 do Regimento Interno da ANA (Resolução 9/2001)

⁷⁴⁶ No âmbito da ANEEL, as “audiências públicas” são obrigatórias quando implicarem em afetação de direitos dos agentes econômicos do setor ou dos consumidores, nos termos do art. 4º, §3º, da Lei 9.427/96. Nos termos do art. 21 do Decreto 2.335/97, as audiências públicas têm por principais objetivos recolher subsídios e informações para a tomada de decisão, propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de apresentação de seus pleitos e sugestões, identificar na medida do possível todos os aspectos relevantes à matéria objeto de audiência pública e conferir publicidade à ação regulatória da ANEEL.

redação análoga à ora transcrita, a ANP⁷⁴⁷, ANAC⁷⁴⁸, ANTAQ⁷⁴⁹ e a ANTT⁷⁵⁰ determinam a realização de audiência pública nos processos decisórios que afetarem direitos dos agentes econômicos, consumidores ou usuários. No caso específico da ANTAQ e da ANTT, o *caput* do art. 68 da Lei 10.233/2001 condiciona a alteração de normas administrativas à prévia audiência pública⁷⁵¹.

A análise do regime jurídico das instituições consideradas nesse estudo permite evidenciar que *o processo administrativo normativo é regulado a partir da participação administrativa*. Via de regra, não há previsão formal do “*processo administrativo normativo*” nos diplomas normativos que estruturam a dinâmica de elaboração normativa nos órgãos e entes reguladores analisados. A composição do regime jurídico dos processos administrativos normativos resulta, portanto, do conjunto das normas que disciplinam os processos administrativos do regulador como um todo, notadamente: preceitos constitucionais; preceitos da Lei Federal de Processo Administrativo; preceitos da lei de criação do regulador; preceitos do Decreto de regulamentação da lei de criação do regulador; e preceitos do Regimento Interno. Mesmo no caso da CVM, cujo Regimento Interno faz expressa referência ao “*processo administrativo normativo*”, seu conteúdo se volta exclusivamente à disciplina das audiências públicas no âmbito da entidade⁷⁵².

Especificamente com relação à fase de comentários, o panorama é marcadamente diverso. Além da previsão expressa de seus instrumentos de participação administrativa

⁷⁴⁷ É o texto do art. 22 do Regulamento da ANP (Decreto 2.455/98): “[o] *processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor petróleo ou dos consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei por ela proposto, será precedido de audiência pública, com os objetivos de: (...)*”.

⁷⁴⁸ É o texto do art. 45 do Regulamento da ANAC (Decreto 5.731/2006): “[a]s *iniciativas ou alterações de atos normativos de competência da ANAC, que afetem os direitos de agentes econômicos, inclusive de trabalhadores do setor, ou de usuários de serviços de aviação civil e de infra-estrutura aeroportuária e aeronáutica serão precedidas de audiência pública, convocada e dirigida pela ANAC, com os seguintes objetivos: (...)*”.

⁷⁴⁹ É o texto do art. 13, *caput*, do Regimento Interno da ANTAQ (Resolução 3.000/2009): “[a]s *iniciativas de projeto de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública com os objetivos de: (...)*”.

⁷⁵⁰ É o texto do art. 108, *caput*, do Regimento Interno da ANTT (Resolução 646/2006): “[a]s *iniciativas de projeto de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública com os objetivos de: (...)*”.

⁷⁵¹ É o texto do art. 68, *caput*, da Lei 10.233/2001: “[a]s *iniciativas de projeto de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública*” (destaquei).

⁷⁵² Cf. art. 26 a art. 28 da Portaria 327/77 do Ministério da Fazenda.

nas leis de criação ou em seu regimento interno, a maioria dos órgãos e entes analisados dispõe de atos normativos próprios para disciplinar a dinâmica de funcionamento das audiências e consultas públicas⁷⁵³.

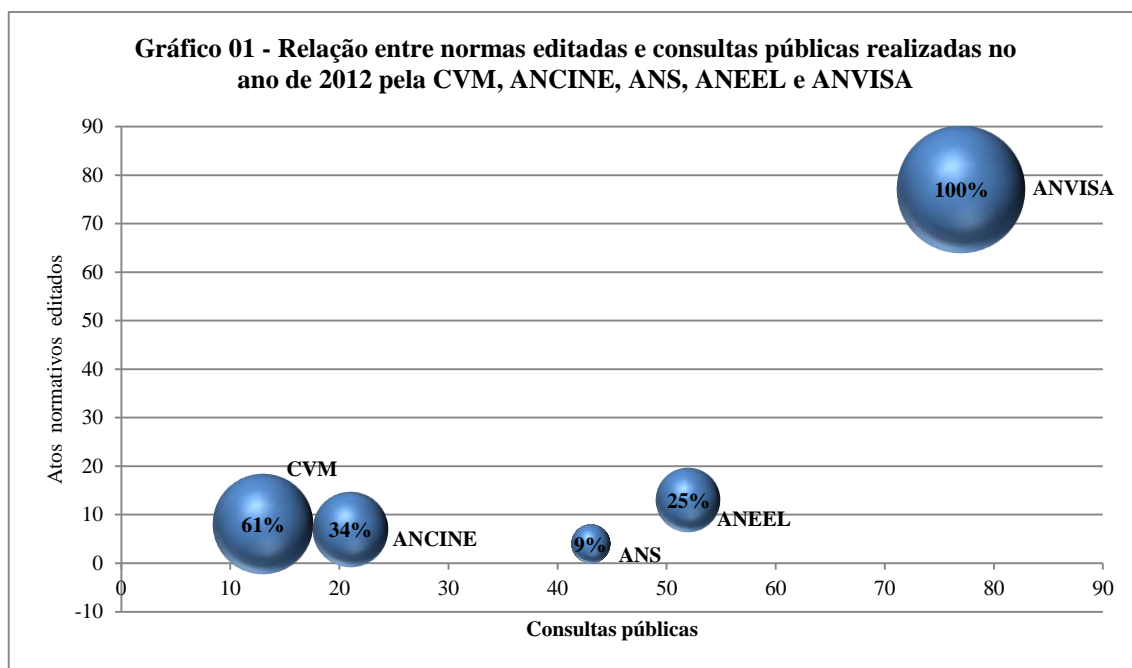
No caso específico da ANVISA, o tratamento conferido pelo Regimento Interno (Portaria 354/2006) às audiências públicas é bastante próximo ao *formal adjudication* do APA norte-americano⁷⁵⁴. Desse modo, a norma prevê que na audiência se “*ouvirá os depoimentos das partes interessadas*” (art. 51, *a*), bem como cabe interpelação do depoente, cabendo debate esclarecedor (art. 51, *c*) e que “*as atas, os depoimentos escritos e documentos conexos serão mantidos em arquivo, podendo ser reproduzidos e entregues às partes interessadas que os requererem*” (art. 51, *e*), o que remete ao dever de registro formal do exercício do contraditório nos processos de *adjudication* conduzidos pela Administração Pública norte-americana. O exposto regime jurídico, contudo, não se coaduna com a dinâmica de participação administrativa evidenciada na prática regulatória brasileira.

Na medida em que a participação administrativa é discricionária nos processos normativos da Administração Pública, importa verifica se audiências e consultas públicas são efetivamente realizadas⁷⁵⁵. O gráfico abaixo sistematiza a relação de atos normativos editados com prévia participação administrativa:

⁷⁵³ Cf. Resolução Normativa 242/2010 da ANS; Resolução da Diretoria Colegiada 40/2011 da ANCINE; Resolução Normativa 242/2010 da ANS.

⁷⁵⁴ Cf. 5 USC § 554 e § 556-557. Cf., ainda, item III.2.3.1. deste trabalho.

⁷⁵⁵ Como salientado na Introdução, a análise aqui proposta não se pretende exaustiva da experiência do processo administrativo normativo no Brasil nem trazer qualquer tipo de avaliação sobre a qualidade procedimental. A proposta é tão somente recolher dados que permitam evidenciar um panorama da regulação normativa no Brasil.



Fonte: Elaboração própria.

Nota: O percentual indicado corresponde à relação entre atos normativos editados e prévia realização de consulta pública, para cada Agência.

Analisando especificamente os setores regulados, as dinâmicas de participação administrativa variam significativamente, tendo em vista a diferença temática. A diversidade de assuntos enfrentados nos setores regulados determina, conseqüentemente, diálogos particularizados. De setor para setor variam os atores envolvidos, os interesses em jogo e a dinâmica de relacionamento entre os grupos de interesse e o Poder Público. Isso significa que o processo administrativo normativo contribui para conferir especificidade aos subsistemas regulatórios. A seguir, as consultas públicas realizadas em 2012 pela ANEEL, ANS e CVM foram sistematizadas quanto aos atores envolvidos.

Tabela 07 – Sistematização das consultas públicas realizadas pela ANEEL no ano de 2012 por ator

Categoria	Presença	Participação
Regulado	100%	77%
Associação de regulados	62%	15%
CCEE	31%	3%
Poder Público	23%	3%
Academia	15%	2%
		100%

Fonte: Elaboração própria.

Nota: A *presença* indica a quantidade de vezes que a categoria de grupo de interesse esteve presente nas consultas públicas. A *participação* indica o total de

atores em cada categoria nas consultas públicas realizadas pela Agência em 2012. Foram analisadas as 13 consultas públicas realizadas pela ANEEL no ano e 2012.

Tabela 08 – Sistematização das consultas públicas realizadas pela ANS no ano de 2012, por ator

Categoria	Presença	Participação
Operadoras	100%	77%
Consultorias	60%	5%
Consumidores	31%	4%
Prestadores de serviços	80%	3%
Gestores	40%	1%
Entidades representativas	60%	1%
Outros	80%	9%
		100%

Fonte: Elaboração própria.

Nota: A *presença* indica a quantidade de vezes que a categoria de grupo de interesse esteve presente nas consultas públicas. A *participação* indica o total de atores em cada categoria nas consultas públicas realizadas pela Agência em 2012. Foram analisadas as 5 consultas públicas realizadas pela ANS no ano e 2012.

Tabela 09 – Sistematização das consultas públicas realizadas pela CVM no ano de 2012, por ator

Categoria	Presença	Participação
Regulados	60%	29%
Entidades autorreguladoras	60%	18%
Associações de entidades de mercado	31%	27%
Cidadãos	80%	7%
Poder Público	40%	2%
Escritórios de advocacia	60%	16%
Outros	80%	2%
		100%

Fonte: Elaboração própria.

Nota: A *presença* indica a quantidade de vezes que a categoria de grupo de interesse esteve presente nas consultas públicas. A *participação* indica o total de atores em cada categoria nas consultas públicas realizadas pela Agência em 2012. Foram analisadas as 10 audiências públicas realizadas pela CVM no ano e 2012.

No âmbito da ANCINE é recolhida a experiência da *notícia regulatória*, assim definida pela própria Agência:

“[d]ivulgação prévia da intenção da agência em regulamentar determinada matéria, por intermédio de um breve texto, com redação simples e objetiva, que descreve a intenção e apresenta quesitos voltados ao debate pelo público interessado”⁷⁵⁶.

⁷⁵⁶ Cf. **A Implantação da Análise de Impacto Regulatório na ANCINE como Melhoria da Qualidade Regulatória**, 2011, p. 4. Disponível em: <http://www.ancine.gov.br/regulacao/acoes-interinstitucionais-relacionadas>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

Trata-se de uma estratégia regulatória próxima ao *advanced notice of proposed rulemaking* utilizado no Direito norte-americano⁷⁵⁷. A finalidade da técnica regulatória é antecipar a fase de comentários, buscando recolher informação dos interessados na regulação ainda em momento embrionário do ato normativo, quando ainda se estudam as linhas mais substanciais da norma. Para os regulados, este é um importante mecanismo de participação efetiva na construção do conteúdo regulatório, pois este é o momento em que a Agência se encontra mais receptiva às sugestões. Como analisado, o tempo de abertura da fase de comentários importa: quanto mais demorado for, menos propensa se encontra a Administração em modificar o texto da regulação já debatido internamente.

O fundamento da notícia regulatória corresponde ao art. 10 da RDC 52/2013, na qualidade de uma modalidade de *consulta prévia ao público externo*, a qual ainda pode se configurar como pesquisas, questionários, oitivas, reuniões e visitas técnicas, sem prejuízo de outros instrumentos que a Agência faça uso antes de iniciar o processo administrativo normativo. Apesar da utilidade do instrumento para recolher informação significativa ao desenho da minuta de norma, assim como evidenciar com antecipação os possíveis atores e interesses em jogo, a principal função da consulta prévia assinalada pela ANCINE corresponde à qualificação da análise de impacto regulatório. Nessa linha, a definição da consulta prévia e seus prazos são estipulados pelo Departamento responsável em realizar a análise de impacto regulatório.

Até o término deste trabalho, apenas uma notícia regulatória foi colocada à consulta pública pela ANCINE, qual seja, a *Notícia Regulatória sobre o Sistema de Controle de Bilheteria*, em fevereiro de 2011.

Além da participação processual, concretizada fundamentalmente nos instrumentos da audiência e da consulta pública, a *participação institucional* também tem ganhado espaço no processo administrativo normativo⁷⁵⁸. Como salienta MARCOS AUGUSTO PEREZ, os conselhos deliberativos estão entre os institutos de participação popular mais frequentes na prática da Administração Pública, sendo geralmente previstos com atribuições

⁷⁵⁷ Cf. item III.2.3.1. deste trabalho.

⁷⁵⁸ Sobre a participação institucional, cf. PATRÍCIA BAPTISTA, **Transformações do Direito Administrativo**, 2003, p. 172-173. A autora, no entanto, refere-se à participação institucional como *participação orgânica*.

deliberativas ou consultivas⁷⁵⁹. Na participação institucional, um órgão colegiado composto por representantes de diversos grupos de interesse participa do processo administrativo normativo mediante análises e contribuições ao conteúdo da minuta normativa em discussão. Em geral, este órgão é denominado “*Conselho Consultivo*”⁷⁶⁰. De acordo com o desenho que se confira ao Conselho Consultivo, além da participação nos processos normativos, o mesmo poderá indicar propostas normativas sobre questões da alçada de competência do regulador. No âmbito da ANS, por exemplo, a participação institucional fica a cargo da Câmara de Saúde Suplementar (CAMSS), cujas atribuições diretamente relacionadas ao processo administrativo normativo correspondem ao acompanhamento da elaboração de políticas no âmbito da ANS e à discussão, análise e sugestão de normas que possam melhorar as relações entre os diversos segmentos do setor⁷⁶¹.

⁷⁵⁹ Cf. **A Administração Pública Democrática. Institutos de Participação Popular na Administração Pública**, 2004, p. 86. Os conselhos deliberativos terminam por participarem ativamente do processo administrativo normativo, especialmente na fase decisória. Na esteira do autor: “(...) *os conselhos deliberativos se caracterizam por serem órgãos colegiados, criados por lei ou mediante autorização legal, que contam, necessariamente, com participação de representantes da Administração e representantes da sociedade, com a missão de tomar decisões em assuntos cuja competência lhe tenha sido estendida. Concretizam os conselhos, dessa forma, um deslocamento do poder decisório do eixo central da Administração Pública (chefia do Poder Executivo) para a periferia de sua estrutura orgânica, em movimento de desconcentração*”. *Idem*, p. 87.

⁷⁶⁰ Na ANVISA, cf. art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.782/99 e art. 15 e ss. do Decreto 3.029/99.

⁷⁶¹ Cf. Resolução Normativa 237/2010 da ANS. A composição da CAMSS é notadamente fragmentada, buscando abarcar os principais grupos de interesse no setor de saúde suplementar. Nos termos do art. 3º da Resolução Normativa 237/2010 da ANS, os seguintes membros participam da CAMSS: Diretor-Presidente da ANS; Diretor da ANS; um representante de cada um dos Ministérios da Fazenda, da Previdência e Assistência Social, do Trabalho e Emprego, da Justiça e da Saúde; por um representante dos seguintes órgãos e entidades: Conselho Nacional de Saúde, Conselho Nacional dos Secretários Estaduais de Saúde, Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde, Conselho Federal de Medicina; Conselho Federal de Odontologia, Conselho Federal de Enfermagem, Federação Brasileira de Hospitais, Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços, Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas, Confederação Nacional da Indústria, Confederação Nacional do Comércio, Central Única dos Trabalhadores, Força Sindical, Social Democracia Sindical, Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização e Associação Médica Brasileira; por um representante de cada uma das seguintes entidades representativas dos segmentos de autogestão de assistência à saúde, de medicina de grupo, de cooperativas de serviços médicos que atuem na saúde suplementar, de odontologia de grupo e de cooperativas de serviços odontológicos que atuem na área de saúde suplementar; bem como por dois representantes de entidades representativas dos segmentos de defesa do consumidor, de associações de consumidores de planos privados de assistência à saúde e de portadores de deficiência e de patologia especiais. A lista é longa e necessária para o argumento de que a participação dificilmente chegará a um consenso sobre determinada proposição normativa. Desse modo, sua dinâmica não se confunde com a dinâmica do *reg-neg*, pois o objetivo maior da CAMSS, assim como de qualquer outro órgão colegiado representativo, corresponde em seus membros apresentarem os interesses institucionais dos seus representados, o que pode ser produtivo principalmente para aquelas categorias com menor poder de barganha ou hipossuficientes. Todavia, é imprescindível que haja o registro formal dessas reuniões, pois o maior risco da participação institucional corresponde à captura do regulador. A Resolução Normativa 237/2010 da ANS determina que todas as reuniões da CAMSS devem ser gravadas e as atas assinadas por todos os presentes, conforme o art. 19.

III.2.2.4. Múltiplas formalizações da competência normativa na esfera administrativa

Outro elemento característico da atividade normativa da Administração Pública no Brasil corresponde às múltiplas formalizações do ato normativo. Como já salientado ao longo desta tese, há uma profusão de nomenclaturas para caracterizar regulamento administrativo no Brasil: regimentos internos, instruções normativas, resoluções normativas, resoluções da Diretoria Colegiada, portarias, entre outros.

A Lei Complementar 95, de 1998, dispõe sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis no Brasil, aplicando-se também “*no que couber, aos decretos e aos demais atos de regulamentação expedidos por órgãos do Poder Executivo*” (art. 1º, *parágrafo único*). O diploma normativo, entretanto, não sistematiza as possíveis categorias de atos normativos. Tampouco o faz o Decreto 4.176, de 2002, que regulamenta a Lei Complementar 95/98 especificamente quanto à consolidação de leis, medidas provisórias e decretos⁷⁶². No que tange à disciplina da atividade normativa da Administração Pública, aplicam-se especialmente à atividade normativa do Poder Público os preceitos relativos à redação legislativa e à consolidação dos atos normativos.

Diante da ausência de uniformização legal dos tipos de atos normativos, há significativa margem de liberdade para a disciplina da forma que irão se revestir os atos normativos internos da Administração Pública. De fato, a definição dos tipos de atos normativos corresponde às dinâmicas regulatórias internas, razão pela qual se mostra oportuna a categorização dos regulamentos de acordo com sua funcionalidade para o ente público. Trata-se de uma disciplina jurídica abrangida pela noção de competência normativa dos entes administrativos. Considerando os setores regulados, a formalização da decisão normativa é indicada como uma peculiaridade que caracteriza cada subsistema administrativo.

Não há *standard* uniforme para classificação dos atos normativos pelo Poder Público. Para alguns órgãos e entes administrativos, a nomenclatura dos regulamentos é informada pelo costume. Outros, no entanto, trazem expressa previsão das espécies de atos

⁷⁶² Muito embora o Decreto 4.176/2002 faça alusão aos “*atos normativos*”, o Decreto tem aplicação às leis formais, às medidas provisórias e aos decretos, nos termos do seu art. 1º, *parágrafo único*.

normativos no Regimento Interno. É o caso, por exemplo, da ANS, cujo Regimento Interno lista os diversos atos regulatórios em seu art. 85, tendo os seguintes atos natureza normativa: (i) *instrução normativa*, que se volta à regulamentação de matérias e procedimentos “*de alcance externo*” e (ii) *instruções de serviço*, pela qual são especificadas normas, critérios, procedimentos, orientações, padrões e programas “*de alcance interno*”.

Ainda se pode indicar a estratégia de edição de atos normativos de sistematização dos atos praticados pela Administração Pública no exercício de competência normativa. Cite-se, por exemplo, a experiência da CVM, que em 1978 editou a Deliberação CVM n.º 1 para “*instituir a seguinte nomenclatura de atos a serem expedidos pela Comissão de Valores Mobiliários no exercício de suas atribuições*” (item I). Assim, as seguintes categorias de atos normativos são definidas na Deliberação CVM n.º 1/1978: (i) deliberações, relativas aos atos normativos editados pelo Colegiado; (ii) instruções, correspondentes aos atos normativos editados em atendimento a obrigação regulamentar definida na Lei de Mercado de Capitais (Lei 6.385/76) e na Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76); (iii) pareceres de orientação, pelos quais a CVM orienta agentes de mercado e investidores sobre matéria que lhe seja de competência regulatória⁷⁶³; (iv) pareceres, correspondentes às respostas fornecidas a perguntas direcionadas à instituição; (v) notas explicativas, que consistem na exposição dos motivos sobre as razões que levaram a CVM a propor ao Conselho Monetário Nacional a regulação de matéria que seja de competência deste órgão ou que levou a CVM a editar determinada instrução⁷⁶⁴; e (vi) portarias, para formalizar os atos de administração de pessoal^{765 766}.

Na prática do Direito Administrativo, o operador do direito se depara com esta complexidade que a Deliberação CVM n.º 1/1978 exemplifica. Como se pode observar, a longa listagem dos atos da CVM não vem acompanhada de uma clara identificação da natureza desses atos. Ainda, são indicados atos de interpretação, como os pareceres de

⁷⁶³ Os pareceres de orientação são atos normativos apenas quando dispuserem de natureza normativa.

⁷⁶⁴ A nota explicativa não corresponde propriamente a um tipo de ato normativo, mas sim a um elemento que compõe os atos normativos, qual seja, a motivação.

⁷⁶⁵ Além desses atos, a Deliberação CVM n.º 1/1978 prevê também o *ato declaratório*, pelo qual a CVM declara a existência de direito quando do exercício do poder de outorga.

⁷⁶⁶ A Deliberação CVM n.º 1/1978 não determina qualquer obrigação de realizar prévio processo administrativo à tomada das decisões administrativas por ela listada, sujeitando exclusivamente à numeração de ordem própria e publicação das deliberações, instruções, pareceres de orientação e atos declaratórios na Imprensa Oficial.

orientação e os pareceres, que constituem, a princípio, atos declaratórios, mas podem se materializar como atos normativos se apresentarem força vinculante⁷⁶⁷.

Diante da profusão normativa, a consolidação das leis e dos regulamentos foi indicada na Lei Complementar 95/98 como uma pauta de análise importante para melhor compreensão da atividade normativa da Administração Pública. Além de conferir maior efetividade à garantia de direitos, devido à facilidade de acesso à informação, a iniciativa também permite otimizar a ação estatal, determinando periodicamente o balanço das normas invalidadas, parcialmente derogadas ou revogadas. Em 2001 foi feita substancial reforma da Lei Complementar 95/98 pela Lei Complementar 107/2001, instituindo a *Consolidação de Legislação Federal*. Trata-se de documento de integração de todas as leis federais pertinentes à mesma matéria em um único diploma legal com preservação do conteúdo normativo, mas passível de alterações de harmonização, como renumeração de artigos, fusões de disposições repetitivas, atualizações (de valores monetários, da denominação de órgãos e entes administrativos, notadamente), supressão de dispositivos declarados institucionais pelo STF, assim como eliminação de ambiguidades e atualização de termos em desuso⁷⁶⁸. Essas normas são aplicáveis à esfera regulamentar⁷⁶⁹, o que abre uma janela de oportunidade para a codificação parcial do Direito Administrativo, tal qual defendida por parte da doutrina no começo do século XX.

III.2.2.5. Análises regulatórias

Muito por conta da influência da OCDE, a maior parte das Agências Reguladoras brasileiras passou a dispor sobre a *análise de impacto regulatório* (AIR), seja em seu

⁷⁶⁷ Cf. item IV.1.3.1.

⁷⁶⁸ Cf. art. 13 e art. 14 da Lei Complementar 95/98 com nova redação dada pela Lei Complementar 107/2001.

⁷⁶⁹ O dever de edição de *Consolidações de Normas Regulamentares* encontra-se no art. 16 da Lei Complementar 95/98: “[o]s órgãos diretamente subordinados à Presidência da República e os Ministérios, assim como as entidades da administração indireta, adotarão, em prazo estabelecido em decreto, as providências necessárias para, observado, no que couber, o procedimento a que se refere o art. 14, ser efetuada a triagem, o exame e a consolidação dos decretos de conteúdo normativo e geral e demais atos normativos inferiores em vigor, vinculados às respectivas áreas de competência, remetendo os textos consolidados à Presidência da República, que os examinará e reunirá em coletâneas, para posterior publicação”.

regimento interno⁷⁷⁰, seja em normas especificamente voltadas à disciplina da AIR no processo administrativo normativo⁷⁷¹. No âmbito interno, o Pro-Reg não conseguiu apresentar um estudo paradigmático ou uma proposta mais efetiva para o encaminhamento da análise de impacto regulatório no Brasil. Todavia, a instituição tem realizados diversos cursos de capacitação para manejo do instrumento da análise de impacto regulatório, que tem sensibilizado as Agências para a adoção dessa estrutura no âmbito de seus processos administrativos normativos⁷⁷². A análise de impacto regulatório tem sido tomada como o principal veículo motor da melhoria da qualidade da regulação pelo Governo e desde 2010 está em curso projeto piloto de implantação da AIR no âmbito da ANCINE, ANS, ANVISA e ANEEL⁷⁷³.

Com a Norma de Organização 40/2013, a ANEEL passou a condicionar todo e qualquer ato expedido no exercício do poder normativo pela Agência à análise de impacto regulatório⁷⁷⁴. Segundo o art. 2º da Norma de Organização 40/2013, a análise de impacto regulatório é definida como

“[o] procedimento por meio do qual são providas informações sobre a necessidade e as consequências da regulação que está sendo proposta e é verificado se os benefícios potenciais da medida excedem os custos estimados, bem como se, entre todas as alternativas avaliadas para alcançar o objetivo da regulação proposta, a ação é a mais benéfica para a sociedade”.

⁷⁷⁰ Cf., por exemplo, Regimento Interno da ANS (Resolução Normativa 197/2009) e Regimento Interno da ANVISA (Portaria 354/2006).

⁷⁷¹ A ANCINE faz expressa referência a esse estudo no documento *A Implantação da Análise de Impacto Regulatório na ANCINE como Melhoria da Qualidade Regulatória*, que fora aprovado pela Diretoria Colegiada e serve hoje como instrumento de legitimação do emprego da AIR no âmbito da ANCINE.

⁷⁷² Segundo documento editado pela ANCINE para narrar o processo de adoção da AIR em seus processos normativos, o Pro-Reg tem promovido cursos, seminários e conferências não apenas no Brasil, mas também em centros internacionais de excelência em regulação, como a *London School of Economics* e a *George Washington University*. Cf. **A Implantação da Análise de Impacto Regulatório na ANCINE como Melhoria da Qualidade Regulatória** (sumário executivo), p. 5.

⁷⁷³ *Idem, ibidem.*

⁷⁷⁴ É o texto do art. 1º da Norma de Organização 40/2013 da ANEEL: “[e]sta Norma dispõe sobre a obrigatoriedade de se fazer Análise de Impacto Regulatório – AIR – previamente à expedição de qualquer ato normativo pela ANEEL”.

Cabe aos titulares de cada unidade de organização da Agência preencherem formulário de análise de impacto regulatório, estruturado em torno das seguintes informações: (i) identificação do problema que se pretende solucionar; (ii) justificativas para a possível necessidade de intervenção da Agência; (iii) objetivos desejados com a intervenção regulatória; (iv) prazo para o início da vigência das alterações propostas; (v) análise dos impactos das opções consideradas e da opção eleita; (vi) identificação de eventuais alterações ou revogações de regulamentos pela edição do novo regulamento pretendido; e (vii) identificação de formas de acompanhamento de resultados decorrentes do novo regulamento (art. 4º).

A mesma obrigação geral de análise de impacto regulatório é evidenciada na ANATEL, cujo art. 62, *parágrafo único*, do respectivo Regimento Interno (Resolução 612/2013) estabelece que “[o]s atos de caráter normativo a que se refere o caput, salvo em situações expressamente justificadas, deverão ser precedidos de Análise de Impacto Regulatório”.

No âmbito da ANVISA inexistiu dever expresso de submissão de todas as propostas normativas à avaliação de impacto regulatório, tal qual na ANEEL. No entanto, aquela Agência desponta como o principal ente na esfera federal a fazer uso desse instrumento regulatório, dado, principalmente, a escolha da ANVISA pela Casa Civil como Agência-piloto para implantação da análise de impacto regulatório na Administração Pública federal. Nessa linha, os constantes diálogos com o PRO-REG e a comunidade acadêmica internacional terminam por sensibilizar a Agência sobre a relevância da avaliação de impacto regulatório para a qualidade da regulação. Assim, com a criação do Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação pela Portaria 422/2008, a “*análise de impacto regulatório*” passou a ter expressa previsão normativa para legitimar a adoção da técnica pela ANVISA e, em 2011, o Regimento Interno da Agência foi alterado pela Portaria 1.384 para prever a análise de impacto regulatório, sob competência do Núcleo de Regulação e Boas Práticas Regulatórias (Nureg)⁷⁷⁵.

⁷⁷⁵ Nessa mesma linha o Regimento Interno da ANS (Resolução Normativa 197/2009) foi alterado pela Resolução Normativa 331/2013 para expressamente prever a análise de impacto regulatório e a agenda regulatória.

Atualmente a ANVISA promove avaliações de impacto regulatório em três níveis de análise, que varia conforme a complexidade do tema em discussão. Na *Análise de Impacto Regulatório nível 1* (AIR nível 1), formulário padronizado de análise de impacto regulatório específico deve ser preenchido pela área responsável pela proposta de regulação, cujas perguntas direcionam a reflexão sobre a relação de custo-benefício do ato normativo, assim como a estimativa dos possíveis efeitos positivos e negativos da medida. Por sua vez, a *Análise de Impacto Regulatório nível 2* (AIR nível 2) demanda a colaboração de atores internos e externos para mensuração dos possíveis impactos da norma proposta na medida em que o tema em discussão mostra-se tecnicamente mais complexo ou controvertido. A principal diferença com relação à AIR nível 1 é exatamente o grau de depuração do material técnico para a regulação e a sofisticação dos fundamentos da regulação. A *Análise de Impacto Regulatório nível 3* (AIR nível 3) emprega técnicas avançadas de avaliação de impacto regulatório. A Agência indica que a AIR nível 3 é empregada especialmente nas “*propostas de maior impacto potencial*”, quando afetarem grande parte do orçamento ou impuserem maiores custos aos regulados, por exemplo.

Não é nítida a fronteira que aparta cada um dos níveis de AIR no âmbito da ANVISA. Saliente-se que esta metodologia de AIR é de origem eminentemente prática, sem encontrar correspondência em qualquer ato normativo geral da Agência, o que permite afirmar a existência de ampla discricionariedade para escolha do nível de avaliação que a proposta de norma será submetida. Depreende-se que quanto mais alto o nível de AIR, mais sofisticadas serão as técnicas de avaliação de impacto regulatório e, por consequência, mais qualificada será a motivação do ato normativo.

A análise de impacto regulatório é disciplina pela RDC 52/2013 no âmbito da ANCINE. A norma estipula ser obrigatória a AIR nos processos normativos da Agência, ressalvados os casos de urgência ou de mera convalidação formal. Ao contrário da experiência da ANVISA, na ANCINE a análise de impacto regulatório não se estratifica em níveis, mas se articula em torno de formulário de impacto regulatório constante no Anexo II da RDC 52/2013, que congrega as seguintes informações a respeito da proposta normativa: delimitação do problema; justificativa; premissas adotadas; identificação de soluções alternativas; estudo dos possíveis impactos externos e benefícios esperados, considerando a inação da Agência; mensuração dos custos da regulação para os regulados;

dimensionamento dos possíveis impactos internos da norma, assim compreendidos a revisão de procedimentos, os sistemas de informática, a infraestrutura e o redimensionamento de trabalho; impacto no estoque regulatório atual; considerações sobre os processos de consulta prévia; recomendação de ação; e estabelecimento de metas e indicadores para nortear o acompanhamento da norma⁷⁷⁶. A análise de impacto regulatório é realizada pela autoridade técnica ou pelo Grupo de Trabalho competente para conduzir o processo administrativo normativo.

A análise de impacto regulatório consiste em uma prática ainda em experimentação, porém, e limitada a poucas Agências Reguladoras federais. Uma tentativa mais abrangente de implantação da racionalidade de avaliação dos impactos da regulação se verificou com o Decreto 4.716/2002, que apresenta no Anexo I as “*questões que devem ser analisadas na elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo*”. O Anexo I corresponde a uma longa enumeração de questões relacionadas à tomada de decisão normativa pela Administração Pública⁷⁷⁷, as quais devem ser consideradas pelo gestor no exercício de competência normativa. O dever de consideração desses questionamentos encontra-se no art. 37, *caput*, do Decreto em comento, quando da submissão das propostas de projetos de atos normativos à Casa Civil. Desse modo, as questões devem necessariamente ser

⁷⁷⁶ Cf. art. 9º da RDC 52/2013 da ANCINE.

⁷⁷⁷ Devido à longa lista de questões a serem enfrentadas pela Administração Pública na tomada de decisão normativa, limito-me a reproduzir apenas os dois primeiros itens para conferir a dimensão da proposta do Decreto 4.716/2002: “1. Deve ser tomada alguma providência? 1.1. Qual o objetivo pretendido? 1.2. Quais as razões que determinaram a iniciativa? 1.3. Neste momento, como se apresenta a situação no plano fático e no plano jurídico? 1.4. Que falhas ou distorções foram identificadas? 1.5. Que repercussões tem o problema que se apresenta no âmbito da economia, da ciência, da técnica e da jurisprudência? 1.6. Qual é o conjunto de destinatários alcançados pelo problema, e qual o número de casos a resolver? 1.7. O que poderá acontecer se nada for feito? (Exemplo: o problema tornar-se-á mais grave? Permanecerá estável? Poderá ser superado pela própria dinâmica social, sem a intervenção do Estado? Com que conseqüências?) 2. Quais as alternativas disponíveis? 2.1. Qual foi o resultado da análise do problema? Onde se situam as causas do problema? Sobre quais causas pode incidir a ação que se pretende executar? 2.2. Quais os instrumentos da ação que parecem adequados para alcançar os objetivos pretendidos, no todo ou em parte? (Exemplo: medidas destinadas à aplicação e execução de dispositivos já existentes; trabalhos junto à opinião pública; amplo entendimento; acordos; investimentos; programas de incentivo; auxílio para que os próprios destinatários alcançados pelo problema envidem esforços que contribuam para sua resolução; instauração de processo judicial com vistas à resolução do problema.) 2.3. Quais os instrumentos de ação que parecem adequados, considerando-se os seguintes aspectos: desgaste e encargos para os cidadãos e a economia; eficácia (precisão, grau de probabilidade de consecução do objetivo pretendido); custos e despesas para o orçamento público; efeitos sobre o ordenamento jurídico e sobre metas já estabelecidas; efeitos colaterais e outras conseqüências; entendimento e aceitação por parte dos interessados e dos responsáveis pela execução; possibilidade de impugnação no Judiciário”. Essas perguntas são bastante próximas da listagem apresentada pela OCDE no documento **Recommendation of the Council of the OECD on improving the quality of government regulation**, 1995, p. 9-10. Alcançando a mesma conclusão, cf. PATRÍCIA RODRIGUES PESSÔA VALENTE, **Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**, 2011, p. 154.

enfrentadas pelos órgãos e entes públicos federais cuja competência normativa não decorre diretamente da lei, por delegação. Para todos os demais órgãos e entes administrativos, inclusive as Agências Reguladoras, a listagem de questões é meramente sugestiva. Apesar de não ser explicitada a expressão “*avaliação de impacto regulatório*”, já é possível evidenciar no Decreto 4.716/2002 alguns elementos típicos desta metodologia de avaliação da regulação normativa⁷⁷⁸.

III.2.2.6. O planejamento normativo

A atividade de planejamento da Administração Pública corresponde a um eixo transversal que perpassa o exercício das competências administrativas em geral, de modo que o planejamento não se evidencia apenas quanto à edição de normas administrativas. No que tange à atividade fiscalizatória, por exemplo, o planejamento determina que o Poder Público siga estritamente uma agenda de fiscalização. Tendo em vista os recursos escassos da Administração, que determina a escolha das prioridades de ação administrativa, o planejamento administrativo passa a ter cada vez mais um papel destacado⁷⁷⁹. Por outro lado, o planejamento do exercício da função pública permite que o particular tome conhecimento com antecedência das futuras ações administrativas, que podem lhe dizer respeito, e se antecipar, sanando eventual irregularidade ou promovendo estudos técnicos para qualificação de suas contribuições que oportunamente serão apresentadas em sede de consulta pública. A atividade de planejamento contribui para tornar o exercício de poderes públicos mais previsível, corroborando para propiciar segurança jurídica e legítima expectativa dos particulares perante a Administração.

A maior atenção conferida ao planejamento do exercício da competência normativa pelas entidades analisadas relaciona-se à recomendação da OCDE sobre a Reforma Regulatória brasileira, que previa o planejamento regulatório como uma das frentes de

⁷⁷⁸ Nessa linha, cf. PATRÍCIA RODRIGUES PESSÔA VALENTE, **Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**, 2011, p. 151.

⁷⁷⁹ Cf. THIAGO MARRARA, **A Atividade de Planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no Anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa**, 2011, p. 3-4.

aprimoramento da regulação no Brasil⁷⁸⁰. Assim, a *agenda regulatória* passou a ser adotada por algumas das entidades analisadas.

No âmbito da ANS, a primeira Agenda Regulatória foi estabelecida para o biênio 2011/2012 e fragmentada em eixos temáticos, quais sejam: (i) modelo de financiamento do setor; (ii) garantia de acesso e qualidade assistencial; (iii) modelo de pagamento de prestadores; (iv) assistência farmacêutica; (v) incentivo à concorrência; (vi) garantia de acesso à informação; (vii) contratos antigos; (viii) assistência ao idoso; e (ix) integração da Saúde Suplementar com o SUS⁷⁸¹. Cada eixo vem acompanhado da correspondente explicação sobre a natureza do eixo, o problema diagnosticado que ensejou a criação do eixo e a ação. No exemplo do eixo de contratos antigos, o problema foi assim salientado: “[i]dosos são prejudicados com aumento de mensalidade nos contratos antigos e naqueles anteriores de 2004. Não há portabilidade para os planos antigos. O acesso à atenção é restrito ao contrato, não incluindo os procedimentos mais recentes”⁷⁸². Desse modo, foi definido como ação o estímulo à adaptação e à migração dos contratos individuais e coletivos. Como resultado, foi conduzido processo administrativo normativo no âmbito do qual foi realizada a Consulta Pública 35/2010 no período de novembro de 2010 a janeiro de 2011⁷⁸³. O ato normativo final corresponde à Resolução Normativa 254/2011, que dispõe sobre a adaptação e migração dos contratos.

Outro exemplo de agenda regulatória normativa é extraído da experiência da CVM. Em 2011, a entidade reguladora definiu as normas que seriam editadas no ano de 2012 e delimitou um indicador com a finalidade de mensurar a evolução da sua atividade

⁷⁸⁰ Com o nome de *planejamento prospectivo*, a OCDE assim assinala a utilidade desta técnica no Brasil, que ainda não dispõe de um processo consolidado ou documento indicativo do planejamento normativo: “[o] planejamento prospectivo tem provado ser útil para melhorar a transparência, previsibilidade e coordenação da regulação. Ele promove a participação das partes interessadas, o mais cedo possível, no processo regulatório, e isto pode reduzir os custos de transação por meio de uma ampla divulgação prévia de futuras regulações. Muitos países da OCDE têm estabelecido mecanismos para publicação de detalhes da regulação que planejam preparar no futuro”. **Relatório sobre a Reforma Regulatória. Brasil – Fortalecendo a governança para o crescimento**, 2008, p. 50.

⁷⁸¹ Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/transparencia-institucional/515-agenda-regulatoria>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

⁷⁸² *Idem, ibidem*.

⁷⁸³ A Consulta Pública 35/2010 recebeu ao todo 148 protocolos e 846 contribuições, distribuídas entre as seguintes entidades participantes: operadoras (75%), associação de operadoras (9%), consultoria (9%), beneficiário (3%), associação de defesa do consumidor (1%) e Instituto Brasileiro de Atuária (3%). Os dados completos da Consulta Pública 35/2010 estão disponíveis no **Relatório de Conclusão da Consulta Pública 35/2010**, disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/consultas_publicas/cp_35_relatorio.pdf. Acesso em 21 de outubro de 2013.

normativa, com foco no controle das fases do processo administrativo normativo. A avaliação da atividade normativa da CVM tomou por base dois elementos: (i) atribuição de “*pesos*” às minutas normativas em razão da complexidade – nível intermediário ou nível alto – e (ii) meta almejada, classificada em audiência pública, edição de norma ou arquivamento. No ano de 2012, foram alcançados 103 pontos, o que superou o objetivo traçado em 2011 de 88,2 pontos⁷⁸⁴.

Igualmente a ANEEL adota Agenda Regulatória para direcionamento do exercício do poder normativo. Para o biênio 2013-2014, a Portaria 2.453/2012 definiu 70 ações cuja execução será objeto de avaliação semestral. Como exemplos de atividades da ANEEL fixadas na Agenda Regulatória vigente, citem-se: regulamentar as condições e os procedimentos a serem observados pelos agentes de geração de energia eólica; regulamentar os procedimentos para outorga de empreendimentos de geração de energia elétrica provenientes da radiação solar; propor normativo de monitoramento de agentes da CCEE; regulamentar os indicadores de qualidade de produto; e aprimorar a regulamentação de análise de investimentos das distribuidoras⁷⁸⁵.

A primeira iniciativa de fixar agenda regulatória para o exercício de competência normativa vem da ANVISA, no contexto do *Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da ANVISA*⁷⁸⁶, que a adota desde 2009. Para tanto, a Portaria 354/2006, que dispõe sobre o Regimento Interno da ANVISA, foi alterada pela Portaria 447, de 2009, para expressamente prever a *agenda regulatória* como um dos instrumentos decisórios da Diretoria Colegiada, sendo definida no art. 54, inc. VIII, como “*expressa deliberação da Diretoria Colegiada sobre os temas prioritários para a regulamentação pela ANVISA, em determinado período*”.

⁷⁸⁴ Cf. **Prestação de Contas Ordinária Anual. Relatório de gestão do exercício de 2012**, 2013, p. 35. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/port/relgest/Relatorio_de_Gestao_2012_CVM_v.final.pdf. Acesso em 10 de novembro de 2013.

⁷⁸⁵ Cf. **Cronograma Resumido da Agenda Regulatória Indicativa contendo a programação das atividades da ANEEL para o biênio de 2013-2014**, anexo à Portaria 2.453/2012. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/prt20122453.pdf>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

⁷⁸⁶ Cf. item II.2.2.8. deste trabalho.

Após quatro edições de agendas regulatórias⁷⁸⁷, a ANVISA mudou a estratégia de endereçamento da agenda regulatória, que em 2013 passou a ser composta por metas bienais (2013-2014) e quadrienais (2013-2016). A agenda regulatória vigente na AVISA é fruto do alinhamento estratégico com o Plano Plurianual e as políticas e programas de governo, por um lado, e de diálogos internos e setoriais intermediados por formulários eletrônicos (as chamadas “*consultas públicas dirigidas*”). Além da própria agenda regulatória, foi também elaborado *Documento Orientador da Agenda Regulatória para o Ciclo Quadrienal (2013-2016)*⁷⁸⁸, no qual são explicados os eixos de ação. São ao todo 23 temas abarcados na nova agenda regulatória: dezesseis objetivam rever atos normativos já existentes, enquanto 7 se voltam à regulamentação de assunto ainda não normatizado. Isso se coaduna com o eixo de “*simplificação e racionalização de procedimentos no âmbito da ANVISA*” contemplado no Documento Orientador da agenda regulatória, no qual é prevista a prática de revisão dos marcos regulatórios da Agência para fins de simplificação e racionalização, inclusive fazendo uso de sistemas eletrônicos⁷⁸⁹.

No âmbito da ANCINE, a Agenda Regulatória relativa ao biênio 2013-2014 é composta por 17 frentes de ação, com indicativo simples de tema, objetivos e matéria. Essa mesma estrutura de agenda regulatória é adotada pela ANATEL⁷⁹⁰. Dentre as metas regulatórias listadas na Agenda Regulatória da ANCINE, as seguintes merecem destaque: regulamentação sobre dispensa de programação, distribuição e exibição de conteúdo e canais brasileiros (dispensa de cumprimento de cotas nacionais previstas na Lei 12.485/2011); revisão dos critérios de classificação de empresas do setor de audiovisual; regulamentação para criação de câmaras técnicas, em benefício da participação social; e

⁷⁸⁷ As agendas regulatórias publicadas de 2009 a 2012 estão disponíveis no sítio eletrônico da ANVISA e acompanhadas do correspondente *Acompanhamento dos Temas das Agendas Regulatórias*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/regulacao+sanitaria/Assuntos+de+interesse/Agenda+Regulatoria/Assuntos+de+interesse/Agendas+Anteriores>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

⁷⁸⁸ Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/337962004db9d9cdb5b6bdd6059e5711/Agenda_Regulatoria_Q_uadrienal_final_baixa.pdf?MOD=AJPERES. Acesso em 21 de outubro de 2013.

⁷⁸⁹ Nos termos do **Documento Orientador**, “[u]m dos destaques é a adoção de práticas e procedimentos de caráter técnico-administrativo que propiciem a redução dos custos operacionais internos, a desburocratização e a previsibilidade das ações a serem implementadas pela Agência. Nesse sentido, a ANVISA desenvolve atividades voltadas à revisão dos marcos regulatórios, simplificação de procedimentos, identificação e implantação de sistemas eletrônicos que permitam maior agilidade na análise dos processos, e a reestruturação interna da Agência, que tem possibilidade de um aproveitamento mais efetivo de sua estrutura e de sua força de trabalho”. 2012, p. 29.

⁷⁹⁰ Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=304911&pub=principal&filtro=1&documentoPath=304911.pdf>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

disciplina do termo de ajustamento de conduta (TAC) como acordo integrativo de outorga de benefício via atividade de fomento⁷⁹¹.

III.2.2.7. Pluralidade de procedimentos para elaboração de atos normativos

Um dos aspectos do presente panorama sobre os processos administrativos normativos no Brasil que mais chama atenção corresponde à diversidade de procedimentos adotados pelas Agências. Por outro lado, poucas são as leis formais e os atos normativos que dispõem expressamente sobre o processo administrativo normativo. Na sequência, apresenta-se a conformação deste processo nas Agências que dispõem de experiência mais sólida, geralmente no âmbito de algum programa regulatório.

Em dezembro de 2007 a Diretoria Colegiada da ANVISA aprovou o *Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da AVISA* (PMR), mais conhecido pela ANVISA como *Programa de Boas Práticas Regulatórias*⁷⁹². O foco do programa é exatamente o processo administrativo normativo, designado pela Agência como *processo de regulamentação*, a partir da premissa de que a regulamentação é uma das mais importantes ferramentas para cumprimento das finalidades públicas que a ANVISA tem por dever legal tutelar⁷⁹³. O PMR foi instituído pela Portaria 422/2008 e esclarecido no

⁷⁹¹ Disponível em: <http://www.ancine.gov.br/sites/default/files/conteudo/Agenda%20Regulatoria%202013-2014%20vale.pdf>.

Acesso em 21 de outubro de 2013.

⁷⁹² O contexto de elaboração do PMR é informado por diversos aspectos que apontaram para a necessidade de racionalização do processo administrativo normativo no âmbito da ANVISA: “(...) *face ao diagnóstico de produção normativa desordenada e fragmentada; aos problemas de custo relativos à publicação e retificação de publicação; à dificuldade técnica de elaboração de atos normativos pela ausência de padrões e sistematização do processo de regulamentação; à intensa judicialização da ação regulatória e conseqüente instabilidade regulatória, com prejuízos para a sociedade e para o próprio Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS), aliado, ainda, à necessidade de aprimorar a instrução do processo decisório da ANVISA e fortalecimento dos mecanismos de participação e transparência, foi proposto à Dicol a implantação de um Programa destinado à melhoria do processo de regulamentação da Agência como estratégia para o fortalecimento da capacidade regulatória*”. Cf. **Boas Práticas Regulatórias. Guia para o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da Anvisa**, 2008, p. 2. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/institucional/anvisa/pmr/GuiaBPreReg.pdf>. Acesso em 2 de outubro de 2013. Da análise dos documentos produzidos pela ANVISA, verifica-se a clara influência dos estudos da OCDE.

⁷⁹³ “*Como resultado das prioridades institucionais de 2007, o Programa Melhoria propõe padrões de qualidade, processos de trabalho, avaliação e revisão permanentes. Apoiado na preocupação de aperfeiçoar as atividades relacionadas à regulamentação, pretende estimular a excelência e a transparência das ações institucionais e atender às necessidades dos profissionais que atuam no Sistema Nacional de Vigilância*

Guia de Boas Práticas Regulatórias anexo à Portaria 1.577/2008, objetivando, principalmente, conferir racionalidade, transparência e efetividade à tomada de decisão normativa pela Agência por meio do aprimoramento do correspondente processo administrativo normativo⁷⁹⁴.

Pela Portaria 1.384/2011, o Regimento Interno da ANVISA (Portaria 354/2006) foi modificado para criar o Nureg em seu art. 35-B. Trata-se de uma “*unidade organizacional*”⁷⁹⁵, que tem por principais atribuições assessorar tecnicamente a Diretoria Colegiada no exercício de competência normativa, elaborar e acompanhar a agenda regulatória, promover e executar as atividades atinentes à análise de impacto regulatório, apoiar a Diretoria Colegiada na análise das contribuições colhidas em audiências e consultas públicas, promover a consolidação de atos normativos da ANVISA e promover estudos visando ao aperfeiçoamento da regulação praticada pela Agência.

Uma das principais frentes de trabalho do Nureg corresponde à edição de uma nova norma regulatória que disponha sobre “*boas práticas regulatórias no âmbito da ANVISA*”, colocada à disposição para comentários públicos em junho de 2013 (Consulta Pública 20/2013)⁷⁹⁶. Trata-se de uma proposta que busca sistematizar as práticas já exercidas pela Agência em seus processos administrativos normativos e trazer pontuais inovações a partir de experiências oriundas de outros setores regulados e de outros sistemas jurídicos, notadamente o norte-americano. Apesar da ambiguidade do tema objeto da minuta

Sanitária e da sociedade. Dessa forma, seu foco é sistematizar e racionalizar o processo de elaboração de regulamentos. Melhorar o processo de regulamentação significa, entre outras coisas: promover a avaliação dos aspectos envolvidos no regulamento e aumentar a participação efetiva de entidades representativas da sociedade nas audiências e consultas públicas”. **Relatório Anual de Atividades 2007**, 2007, p. 46. Disponível em:

http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/ac54c080474586638fc1df3fbc4c6735/relatorio_atividades_2007.pdf?MOD=AJPERES. Acesso em 21 de outubro de 2013.

⁷⁹⁴ A Portaria 422/2008 define em seu art. 2º as seguintes diretrizes do PMR: fortalecimento da capacidade institucional para gestão em regulação; melhoria da coordenação, da qualidade e da efetividade da regulamentação; e fortalecimento da transparência e do controle social no processo de regulamentação. O objetivo geral do programa, por sua vez, é apresentado no art. 3º da Portaria 422/2008, qual seja: “*modernizar e qualificar a gestão da produção normativa da Anvisa para fortalecer a legitimidade da ação de regulação sanitária na perspectiva do conhecimento, da transparência, da cooperação, da responsabilização, da participação, da agilização, da efetividade, da descentralização e da excelência da atuação institucional*”.

⁷⁹⁵ Cf. art. 4º, inc. V, j, Regimento Interno da ANVISA (Portaria 354/2006).

⁷⁹⁶ Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/84f43b004f7018a9a239f79a71dcc661/Consulta+P%C3%BAbli+ca+n%C2%B0+13+NUREG.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

normativa, esta efetivamente se volta à disciplina do processo administrativo normativo da ANVISA. É o que esclarece a justificativa da proposta:

“(...) a presente proposta disciplina e sistematiza os procedimentos e etapas do processo de regulamentação, desde a elaboração e construção do planejamento regulatório da Agência para cada ciclo de quatro anos até a etapa final de deliberação da Diretoria Colegiada. Também estabelece diretrizes gerais para adoção de boas práticas regulatórias e institucionaliza rotinas e práticas para atuação da Agência, fortalecendo os valores e compromissos da organização junto à sociedade no que diz respeito à atuação ética e responsável como agentes públicos; capacidade de articulação e integração; excelência na gestão; conhecimento como fonte para a ação; transparência e responsabilização”⁷⁹⁷.

De acordo com a proposta de norma do processo administrativo normativo da ANVISA, cinco são as “*medidas regulatórias*” previstas no art. 4º: (i) acordo setorial; (ii) diretiva do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária; (iii) recomendação técnica; (iv) regulamentação; e (v) termo de ajustamento de conduta⁷⁹⁸. Com relação ao *processo de*

⁷⁹⁷ Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/9d2298004f744061abe7ff9a71dcc661/Justificativa.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

⁷⁹⁸ De inspiração na Lei de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010), os *acordos setoriais* são previstos no art. 5º, *caput*, da proposta como “*medida de natureza contratual de alcance externo e abrangência coletiva, firmado voluntariamente entre a Diretoria Colegiada e agentes públicos ou econômicos sujeitos à atuação regulatória da Agência*”. O objetivo do instrumento regulatório é apresentado no §1º, correspondente ao “*cumprimento de compromissos regulatórios*”. Mediante chamamento público, os regulados são chamados a firmar acordo setorial, no qual são estabelecidos escopos, prazos e condições para sua elaboração. A *diretiva do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária* consiste no instrumento expedido pela Diretoria Colegiada da ANVISA para coordenação e articulação das ações regulatórias junto a órgãos estaduais e municipais de vigilância sanitária (art. 6º, *caput*). A recomendação técnica se aproxima da figura do ato de interpretação regulatória, apresentado pelo art. 7º, *caput*, como “*orientação colegiada de caráter voluntário, destinada a nortear os agentes públicos e econômicos de procedimentos, rotinas e métodos tecnicamente válidos, como forma opcional para observância e cumprimento de requisitos sanitários*”. A proposta expressamente faz referência à “*natureza subsidiária*” da recomendação técnica, de modo que “*não prevalece, nem dispensa o cumprimento de normas específicas*” (art. 7º, §1º). Já a *regulamentação* é apresentada como “*disposição de um conjunto de regras e preceitos de caráter normativo, cujo cumprimento é obrigatório*” no art. 8º, *caput*, isto é, corresponde ao ato normativo editado pela Agência no exercício de competência normativa. Por fim, o *termo de ajustamento de conduta* se volta ao ajustamento da conduta do regulado às exigências legais mediante cominações, configurando-se em título executivo extrajudicial (art. 9º, *caput*). É notável o esforço da Agência em sistematizar os principais instrumentos regulatórios relacionados ao processo administrativo normativo, acolhendo outras tipologias além do ato normativo. Há que se apontar, no entanto, certa confusão técnica e terminológica dos institutos apresentados, o que diretamente se relaciona com a incipiência da discussão doutrinária sobre regulação normativa e seu correspondente procedimento. Sem a pretensão de apresentar uma crítica, muito menos exaustiva, à proposta de regulamentação do processo normativo da

regulamentação da Agência, a minuta normativa aparta dois diferentes regimes jurídicos procedimentais. O regime comum do processo de regulamentação corresponde ao rito completo de elaboração normativa, sistematizado nas seguintes fases: iniciativa, instrução e elaboração da proposta, consulta e participação social, instrução complementar e deliberação final⁷⁹⁹. Pelo regime especial, tem-se um rito simplificado de elaboração normativa, dado que determinadas etapas do processo são suprimidas em razão de urgência ou nos casos de menor complexidade com baixo impacto⁸⁰⁰. Assim, a dinâmica do processo administrativo normativo em regime especial se articula em torno das fases de iniciativa e instrução simplificadas, elaboração da proposta e deliberação final.

Como se depreende da análise dos preceitos estruturantes da proposta de ato normativo de disciplina jurídica do processo normativo na ANVISA, tanto a avaliação de impacto regulatório quanto a consulta pública passariam a ser obrigatórias à tomada de decisão normativa pela Agência. Exceção seria a elaboração de atos normativos desprovidos de avaliação de impacto regulatório e consulta pública, à semelhança do sistema norte-americano⁸⁰¹.

No caso da ANCINE, por exemplo, a Procuradoria-Geral participa igualmente da etapa de elaboração da proposta e da etapa final, após o aproveitamento das contribuições recebidas em audiência e consulta pública. A importância da manifestação jurídica nos processos normativos da Agência fica clara no art. 18, *parágrafo único*, da RDC 56/2013: “[c]aso o Diretor-Relator não incorpore indicação feita pela PROGE [Procuradoria-Geral da ANCINE], a recusa deverá estar justificada em Relatório”.

ANVISA, cite-se, por exemplo, a impropriedade de listar o termo de ajustamento de conduta dentre as medidas regulatórias da Agência, tendo em vista que a definição que lhe fora conferida remete à competência fiscalizatória e sancionatória, e não à competência normativa. O instrumento consensual por excelência para formalizar as regras de adesão voluntária pelos regulados é o acordo setorial, cuja dinâmica operacional, no entanto, ainda merece ser especificada. Ainda, a recomendação técnica é apresentada como uma “*orientação de caráter voluntário*”, quando, na verdade, autovincula os reguladores, que devem obrigatoriamente seguir a interpretação conferida pela Diretoria para aplicação das normas regulatórias. Cf. item III.1.3.1. deste trabalho.

⁷⁹⁹ Cf. art. 22 e ss. da proposta de ato normativo da ANVISA.

⁸⁰⁰ Cf. art. 23 e art. 25 da proposta de ato normativo da ANVISA.

⁸⁰¹ De fato, a experiência do *rulemaking* no sistema norte-americano se desenvolve a partir da ideia de participação administrativa, de modo que os diferentes ritos procedimentais são aperfeiçoados conforme o tipo de desenho que se confira à fase de comentários. No caso da proposta de ato normativo da ANVISA em estudo, o regime especial de processo de regulamentação aproxima-se do *interim-final rulemaking*, mas difere significativamente deste procedimento quanto à participação administrativa, a qual é aperfeiçoada *a posteriori*. Cf. item II.2.2.2.2.a deste trabalho. Saliente-se, ainda, que não são conferidos parâmetros suficientes para determinar os casos de urgência e de “*baixo impacto para a sociedade*” que legitimariam a adoção do regime especial no exercício da competência normativa pela Agência.

O exercício da competência normativa pela ANCINE pode se formalizar fundamentalmente em dois tipos de atos normativos: as Instruções Normativas e as Resoluções da Diretoria Colegiada. A principal diferença entre ambos os institutos corresponde ao endereçamento normativo, pois enquanto as Resoluções da Diretoria Colegiada se voltam à organização administrativa da Agência e à alteração de seu regimento interno, as Instruções Normativas são editadas “*para fins normativos e de regulação das atividades cinematográficas e audiovisual, expedidas pela Diretoria Colegiada*”⁸⁰². Em 2005, a ANCINE editou a RDC 21 para dispor sobre o processo administrativo normativo para elaboração de instrução normativa, posteriormente revogada pela RDC 56, editada em setembro de 2013, para disciplina do processo administrativo normativo em geral⁸⁰³. Isso significa, portanto, que o processo administrativo normativo para elaboração de RDC ou de IN segue o rito procedimental especificado na RDC 56/2013. No entanto, o Capítulo III do referido ato normativo também regula a edição de súmula pela Agência, como medida de consolidação do entendimento da Diretoria Colegiada⁸⁰⁴.

O processo administrativo normativo da ANCINE é dividido em três fases: fase de deliberação preliminar da Diretoria Colegiada; fase inicial de elaboração; e fase final de elaboração. Em casos que requeiram urgência na tramitação, todavia, a Diretoria Colegiada poderá autorizar a supressão de uma ou mais etapas do processo administrativo normativo.

Na deliberação preliminar, a Diretoria Colegiada designa o responsável técnico que ficará encarregado de apresentar uma minuta normativa dentro de prazo previamente delimitado. Na hipótese de o conteúdo normativo envolver mais de uma área técnica da Agência, Portaria será editada pela Diretoria Colegiada para estabelecer Grupo de Trabalho. Na fase inicial de elaboração, a proposta de ato normativo é encaminhada à Superintendência Executiva para manifestação técnica, harmonização conceitual,

⁸⁰² Cf. art. 25, inc. II, do Regimento Interno da ANCINE (RDC 22/2006).

⁸⁰³ Nos termos do art. 1º, *caput*, da RDC 56/2013, o procedimento previsto no ato normativo em comento aplica-se na atividade de “*elaboração de ato normativo relativo às atividades de regulação [normativa], fiscalização e fomento desempenhadas pela ANCINE (...)*”.

⁸⁰⁴ Cf. art. 26 e ss. da RDC 56/2013. A disciplina do processo administrativo normativo e da edição de súmulas pela ANCINE em um mesmo regulamento aponta para a discussão prática sobre os diferentes tipos de regulação, notadamente a regulação via ato normativo ou a regulação via processos administrativos que resultem em atos administrativos individuais e concretos. Cf. item IV.4.1. deste trabalho.

adequação da redação e consideração sobre o impacto da norma sobre a organização e o funcionamento interno da Agência⁸⁰⁵. Na sequência, a proposta é encaminhada para a Procuradoria-Geral da ANCINE para apresentação de parecer jurídico, quando será encaminhada ao Diretor-Relator e ao Diretor-Presidente para inclusão da matéria na pauta de reunião ordinária do Colegiado, na qual uma das seguintes deliberações sobre a proposta normativa será tomada: aprovação sem ressalvas, aprovação com ressalvas ou rejeição da proposta. Aprovada com ou sem ressalvas, a proposta é encaminhada para a Ouvidoria a fim de que se realize audiência ou consulta pública, que será discricionariamente aberta de acordo com decisão da Diretoria Colegiada.

A participação administrativa, quando esta for verificada⁸⁰⁶, marca o término da fase inicial de elaboração. Já na fase final de elaboração, as contribuições serão analisadas pelo responsável técnico ou pelo Grupo de Trabalho, que promoverá as adequações que discricionariamente considere pertinentes. Novamente o processo é remetido à Superintendência Executiva para manifestação quanto ao mérito e harmonização da proposta com as demais normas da Agência. Ao receber o processo normativo, o Diretor-Relator pode tanto ratificar a proposta quanto apresentar texto substitutivo, devendo encaminhar o processo à Procuradoria-Geral da ANCINE para nova apreciação. O Diretor-Geral então envia o processo ao Gabinete do Diretor-Presidente para nova deliberação em reunião ordinária do Colegiado. Se a proposta for aprovada com ressalvas, o processo será remetido à autoridade competente ou ao Grupo de Trabalho para adequar o texto à deliberação da Diretoria Colegiada.

Em todos os processos normativos é indispensável a apresentação de Exposição de Assunto e a Análise de Impacto, ressalvados os casos de urgência ou de convalidação formal, na qualidade de documentos que integram o procedimento, nos termos do art. 2º da RDC 56/2013.

De fato, a ANCINE tem destinado significativo espaço em sua agenda de aprimoramento regulatório para o processo administrativo normativo. Apesar de esta ser uma política ainda em desenvolvimento, alguns resultados concretos já podem ser

⁸⁰⁵ Para avaliação do impacto da proposta normativa sobre a ANCINE, a Superintendência Executiva poderá contar com o auxílio técnico do Comitê de Assuntos Regulatórios. Cf. art. 6º da RDC 56/2013.

⁸⁰⁶ As audiências e as consultas públicas no processo administrativo normativo da ANCINE são disciplinadas pela RDC 40/2011.

evidenciados, em especial a edição dos três atos normativos que estruturam o processo normativo da Agência, quais sejam: a RDC 40/2011, relativa à participação administrativa; a RDC 52/2013, que disciplina a análise de impacto regulatório; e a RDC 56/2013, que estabelece o procedimento básico do processo administrativo normativo. Em grande medida o aprimoramento do processo normativo da ANCINE passa pela preocupação em torno da disciplina de fomento, que tem sido alvo de forte controle pelo Tribunal de Contas da União. Desse modo, a definição dos critérios e da metodologia de incentivos em atos normativos que sejam precedidos de processos transparentes e regrados foi um dos fatores que levou à reflexão mais atenta sobre o tema⁸⁰⁷.

Em março de 2013 a ANATEL editou o seu novo Regimento Interno (Resolução 612/2013), no qual é reservado um Título para dispor sobre os procedimentos administrativos da Agência. Neste diploma é disciplinado o “*processo normativo*” no Capítulo IV. A proposta de ato normativo pode ser formulada por órgão da ANATEL, Conselheiro, Poder Executivo, Conselho Consultivo, Ouvidor, bem como por pessoa física ou jurídica (art. 63 do Regimento Interno). Trata-se de amplo reconhecimento de capacidade postulatória junto à Agência para exercício da competência normativa e, assim, satisfação do dever regulamentar. Sorteado o Diretor Relator, este tem a incumbência de encaminhar o processo ao Conselho Diretor, instruído com as críticas e sugestões derivadas da audiência e da consulta pública, quando houver, assim como aquelas formuladas pelos Comitês de consulta interna da Agência. Compete ao Conselho Diretor deliberar sobre a proposta normativa. O desenho do processo administrativo normativo pelo vigente Regimento Interno da ANATEL é simples, inserindo-se no contexto do Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil (PGR)⁸⁰⁸.

⁸⁰⁷ É o que se depreende de um dos “*considerandos*” da Deliberação 71/2011 da Diretoria Colegiada: “[c]onsiderando que há dois expressivos acórdãos do Tribunal de Contas da União - TCU que impactam a atividade da Superintendência de Fomento, além de diversas e importantes decisões sobre casos concretos que sinalizam e apontam posturas na regulação, na regulamentação e interpretação de normas”. Assim, a Deliberação determina que sejam tomadas providências que visem a: “[s]ubstituir mecanismos de controle formais por mecanismos mais simples e eficientes; Conferir maior celeridade na tramitação de processos, com redução do número de fases e procedimentos, diferenciação de graus de hierarquia na tomada de decisões, enfatizando a identificação de gargalos, a eliminação de retrabalho e de etapas que não agregam valor ao processo; Harmonizar atribuições e procedimentos entre as Superintendências, visando à aplicação eficiente de recursos; Facilitar a relação com o regulado, por meio de um melhor atendimento, de alterações de sistema que favoreçam a interface com o usuário externo, da maior transparência dos atos, da adequada recepção de documentos, e da divulgação de manuais de procedimentos e modelos de documentos; Identificar aperfeiçoamentos nas Instruções Normativas e outras normas que simplifiquem procedimentos e os tornem mais céleres”.

⁸⁰⁸ O PGR consiste em um plano traçado pela ANATEL em 2008 para aprimoramento da qualidade regulatória da Agência, o que abrange o processo administrativo normativo. São diversas as metas traçadas,

O que se permite recolher da análise desses procedimentos é a verificação, na esfera regulatória brasileira, da *atipicidade da função normativa*⁸⁰⁹. São diversas as metodologias e as técnicas de que se valem os entes públicos analisados para elaboração de seus regulamentos. No entanto, é possível reconhecer alguns elementos comuns dos processos administrativos normativos analisados, dos quais dois são destacados. Primeiramente, a decisão do processo administrativo normativo é tomada pela Diretoria Colegiada⁸¹⁰, o que determina variação entre a *instrução processual* e a *tomada de decisão administrativa*. Em segundo lugar, há significativo envolvimento da Procuradoria-Geral nos processos administrativos normativos⁸¹¹, o que aponta para a equiparação *dos profissionais do Direito* aos gestores públicos na elaboração normativa, determinando que o seu entrosamento com a elaboração normativa vá além do binômio permitido – proibido.

III.2.2.8. O ato normativo final: volume de produção normativa

O derradeiro aspecto do panorama que se traça neste trabalho sobre o processo administrativo normativo corresponde ao estudo mais detido do ato normativo final. Além de conhecer melhor sobre a prática regulatória normativa, essa frente de análise também dialoga com a doutrina da delegação legislativa no Direito Público.

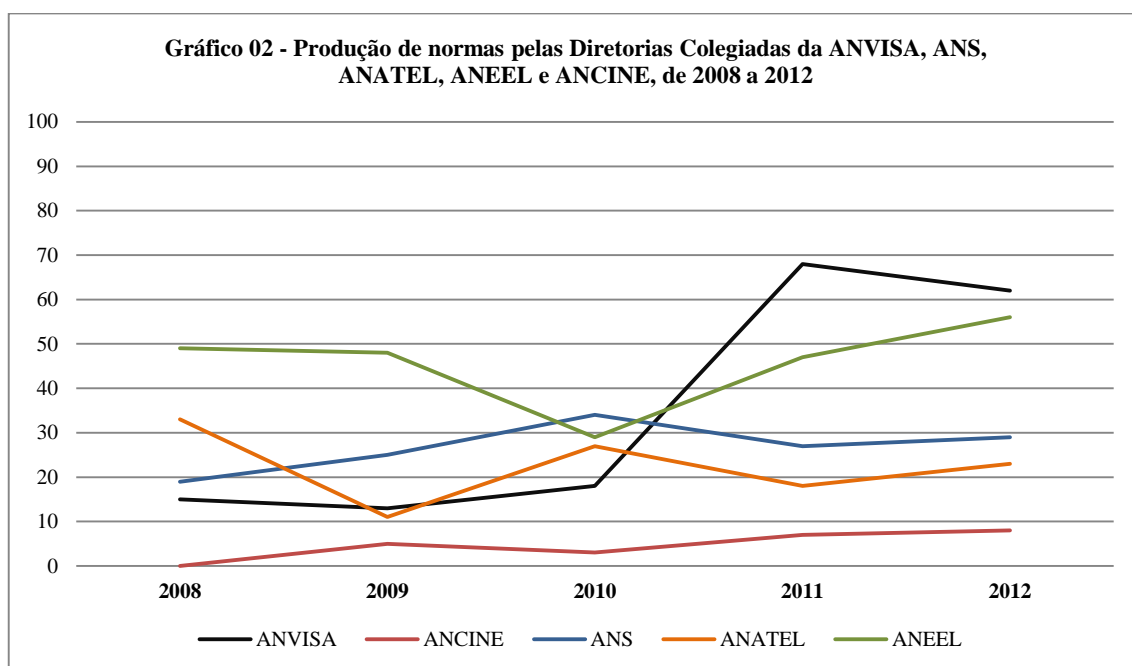
O gráfico abaixo demonstra a quantidade de normas editadas pelas Agências que dispunham dessa informação no período de 2008 a 2012:

mas as seguintes podem ser destacadas por terem direta relação com o exercício da competência normativa pela Agência: otimizar e fortalecer o papel regulador do Estado; atualização da regulamentação; simplificação da regulamentação com vistas à convergência; e fortalecimento da atuação do órgão regulador.

⁸⁰⁹ Nesse sentido também se posicionam CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA. Cf. **O Dever de Motivação na Edição de Atos Normativos pela Administração Pública**, 2011, p. 56.

⁸¹⁰ Cf. art. 18, inc. VI, do Regimento Interno da ANTAQ (Resolução 646/2006); RDC 56/2013 da ANCINE; art. 34 do Regulamento da ANS (Decreto 3.327/2000); art. 40, *parágrafo único*, Regimento Interno da ANATEL (Resolução 612/2013); art. 7º do Regulamento da ANP (Decreto 2.455/98); art. 13, inc. VIII, do Regulamento da ANTT (Decreto 4.130/2002); art. 2º, inc. II, do Regulamento da ANA (Decreto 3.692/2000); e art. 24, inc. VIII, do Regulamento da ANAC (Decreto 5.731/2006).

⁸¹¹ Cf. art. 25, inc. VI, do Regimento Interno da ANTAQ (Resolução 646/2006); art. 20, inc. II, Regimento Interno da ANEEL (Portaria MME 349/97); art. 22, inc. IV, do Regimento Interno da ANVISA (Portaria 354/2006); art. 9º, *parágrafo único*, da RDC 56/2013 da ANVISA; art. 16 do Regulamento da ANS (Decreto 3.327/2000); art. 13, inc. I, do Regimento Interno da ANP (Portaria 69/2011); art. 17, inc. VI, do Regulamento da ANTT (Decreto 4.130/2002); art. 6º, §4º, do Regulamento da ANA (Decreto 3.692/2000); e art. 28, inc. VI, do Regulamento da ANAC (Decreto 5.731/2006).



Fonte: Elaboração própria.

Muito embora o gráfico não reúna números de todas as Agências, é possível evidenciar que há significativas variações de volume normativo entre as instituições, bastando comparar os traçados correspondentes à ANCINE e à ANVISA. Esse dado corrobora para a necessidade de estabelecer programas normativos específicos para cada uma das Agências, às quais correspondem subsistemas particularizados.

Com relação à afirmação doutrinária de que às Agências Reguladoras é defesa a elaboração de políticas públicas ou normas que não disponham de expressa previsão legal, pois *administrar é aplicar a lei de ofício*, não é esta orientação o que se evidencia na prática.

A Instrução 519/2012 da CVM, por exemplo, regulamentou a Lei 12.431/2011, que dispõe sobre a atuação de agente fiduciário em emissões da mesma companhia. A Instrução 521/2012, por sua vez, passou a disciplinar a atividade de classificação do risco de crédito no mercado de valores mobiliários, atividade esta que não era objeto de regulamentação. Para tanto, foram normatizadas boas práticas internacionais à atividade de

rating no Brasil, bem como a atribuição de responsabilidade pela observância da Instrução 521/2012⁸¹². Com relação à elaboração de políticas públicas, indica-se, por exemplo, o controle do tabagismo pela ANVISA por meio da edição de atos normativos voltados a essa finalidade, que termina por se apresentar como efetiva política pública.

III.3. O processo administrativo normativo em construção no Brasil

O processo administrativo normativo no Brasil é, antes de tudo, um *instrumento em experimentação*. Embora disponha de previsão em algumas leis, o processo de elaboração normativa da Administração Pública é, curiosamente, uma construção regulamentar. Seja pela influência do sistema norte-americano na Reforma do Estado, seja pela demanda dos setores regulados, no âmbito das Agências Reguladoras as principais experiências brasileiras sobre o processo administrativo normativo se desenvolvem.

Como se pôde depreender da análise empírica, as experiências com o processo administrativo normativo variam significativamente de ente para ente da Administração Pública em termos de modo de efetivação da participação administrativa, procedimento, formalização do ato normativo final e volume de produção normativa. No entanto, constatou-se que algumas Agências apresentaram estágio de amadurecimento similar para manejo da competência normativa no processo administrativo – ANS, ANEEL, ANVISA e ANCINE –, notavelmente superior na comparação. O principal fator que levou ao aprimoramento dos processos normativos nessas Agências deve-se à existência de um programa de estímulo à qualidade regulatória, o que passa pelo desenho do processo normativo. Muito embora a prática seja limitada, pois concretada à análise de impacto regulatório, bons frutos envolvendo o processo normativo como um todo podem ser percebidos. Em grande medida, esse cenário aponta para a criação de uma instituição de aprimoramento do processo administrativo normativo como a ACUS norte-americana.

⁸¹² Tanto a Instrução 519/2012 quanto a Instrução 521/2012 foram apontadas pela CVM como “*normas de destaque*” na regulação do mercado de valores mobiliários brasileiro. Cf. **Relatório Anual 2012**, 2013, p. 70-71. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/port/relgest/RELATORIO_ANUAL_2012.pdf. Acesso em 10 de novembro de 2013.

O maior desafio à construção de uma prática efetiva do processo administrativo normativo no Brasil parece ser a compreensão de que este não é um tema circunscrito à regulação ou às Agências Reguladoras. O processo administrativo normativo é uma *obrigação que deve ser observada por todos os órgãos e entes públicos que detenham competência normativa*, quer disponham de regime jurídico especial, ou não, quer se encontrem no âmbito da Administração Direta ou Indireta. Não são as normas de estruturação do processo legislativo que devem orientar o exercício de competência normativa pela Administração Pública, mas sim as leis gerais de processo administrativo. *É chegado o momento de processualizar a atividade administrativa normativa no Brasil e construir o processo administrativo normativo brasileiro.*

Para tanto, o *Direito Administrativo Comparado*, na qualidade de método de investigação científica tem muito a contribuir. Neste Capítulo foi traçado paralelo com o sistema norte-americano em razão da longa tradição de estudo do *rulemaking*, em torno do qual foram construídas teses, práticas e toda uma linha de pesquisa empírica. Some-se a isso o fato de a experiência norte-americana já ser objeto de investigação no Brasil para desenvolvimento de alguns instrumentos relacionados ao processo normativo no Brasil, mas, infelizmente, ainda de forma descontextualizada e superficial. A construção do processo administrativo normativo no Brasil é um exercício de autorreflexão da gestão pública brasileira, o que demanda estudos empíricos para compreensão da complexidade envolta no exercício da competência normativa nos diversos setores. Porém, também é um exercício de compartilhamento de experiências com outros sistemas de direito administrativo. A União Europeia, por exemplo, encontra-se imersa em semelhante desafio que o Brasil quanto à construção do processo administrativo normativo, muito por conta da tradição de *civil law* na maior parte das Nações que a integram.

Nessa linha, cabe ao estudioso do Direito Administrativo ser, ao mesmo tempo, um comparatista e um empirista, sem recuar fazer uso de métodos interdisciplinares. Esse é um dos caminhos para a construção do processo administrativo normativo no Brasil.

Capítulo IV. A DINÂMICA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NORMATIVO

“Como o poder estatal não é uma faculdade, uma capacidade posta a mercê do agente episodicamente seu detentor, e sim um dever de exercício no cumprimento estrito da finalidade à qual se destina, o Estado Democrático de Direito obriga que, para exercício deste poder (de forma singular ou colegiada, de modo isolado ou complexo), seja estritamente observado o método predicado para tal mister”⁸¹³.

“Hablamos, en otras palabras, de fuentes (i); de colaboración entre el Derecho Público y el Privado (ii); y de procedimiento administrativo (iii) (...) Las tres partes tienen, pues, una historia en común: la emergencia de otras modalidades de regulación, complementarias y alternativas a las clásicas que legara el Estado liberal, y a cuya sombra nació el Derecho Administrativo. Modalidades y estrategias que, en última instancia, han empujado la ‘caída’ de algunos de los muros que delimitaban el hábitat natural de nuestra disciplina: aquél que encerraba la acción administrativa dentro de las fronteras nacionales; el que aislaba a la Administración de la sociedad; y el que reducía el mundo del Derecho a un proceso bifásico – creación normativa, y ulterior aplicación –, como dos escalones rígidamente separados en el espacio y en el tiempo, y en el que la Administración no era ‘independiente’, sino ‘ejecutiva’, no era ‘innovadora’, sino ‘aplicadora’. Ese sencillo mundo pertenece al pasado. Las cosas son más complejas, pero también más interesantes”⁸¹⁴.

IV.1. O processo administrativo normativo no Direito Administrativo brasileiro – IV.1.1. O processo como elemento da atuação administrativa – IV.1.2. Os vários processos administrativos no Direito Administrativo brasileiro – IV.1.3. Regulamentação geral e abstrata: o processo administrativo normativo – IV.1.3.1. O regulamento administrativo – IV.1.3.2. O processo administrativo normativo – IV.2. O processo administrativo normativo no contexto da governança pública – IV.2.1. A governança pública e seus valores de orientação – IV.2.2. Valores públicos do processo administrativo normativo – IV.2.2.1. Decisões administrativas endereçadas ao caso concreto – IV.2.2.2. Interdependência público-privada e transparência administrativa – IV.2.2.2.1. A colaboração público-privada no âmbito interno da Administração Pública – IV.2.2.2.2. A colaboração público-privada externa à esfera administrativa – IV.2.2.3. Decisões provisionais e foco na satisfação de finalidades públicas – IV.3. A dinâmica do processo administrativo normativo – IV.3.1. Instauração do processo administrativo normativo – IV.3.2. Instrução do processo administrativo normativo – IV.3.2.1. Instrução documental do processo administrativo normativo – IV.3.2.2. Desenho normativo – IV.3.2.3. Participação

⁸¹³ FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, **Ensaio sobre o Processo como Disciplina do Exercício da Atividade Estatal**, 2012, p. 266.

⁸¹⁴ JAVIER BARNES, **Algunas Respuestas del Derecho Administrativo Contemporáneo ante las Nuevas Formas de Regulación: fuentes, alianzas con el Derecho Privado, procedimientos de tercera generación**, 2012, p. 257.

administrativa – IV.3.2.3.1. Abertura da participação administrativa – IV.3.2.3.2. Dinâmica de participação administrativa: o exemplo da consulta pública – IV.3.2.3.3. Análise dos comentários – IV.3.2.3.4. Segunda rodada de participação administrativa – IV.3.3. Decisão no processo administrativo normativo – IV.4. Processos administrativos normativos consensuais – IV.5. Há uma reforma do processo administrativo em curso no Brasil?

Com o reconhecimento do dever de a Administração Pública realizar processos em suas atividades administrativas, depreende-se que esta obrigação também se estende à atividade normativa, de modo que a tomada de decisão normativa pelo Poder Público deve necessariamente se submeter a prévio processo administrativo. Trata-se do *processo administrativo normativo*, ou simplesmente *processo normativo* da Administração Pública, cujo estudo mais detido será objeto de análise no presente item.

Sem a pretensão de exaurir o conceito de processo normativo, sua delimitação funcional será apresentada para, fundamentalmente, diferenciar esta dinâmica administrativa dos demais meios de exercício de competência pela Administração Pública e, assim, viabilizar um trabalho mais aprofundado do objeto de pesquisa.

Parte-se do pressuposto de que a análise aprofundada do processo normativo da Administração Pública demanda o reconhecimento do contexto no qual o instituto hoje se insere, ou seja, o *sistema de direito administrativo* em que o processo administrativo para elaboração de normas se desenvolve. Para tanto, a *governança pública* será tomada como referência teórica para caracterização do sistema de direito administrativo, cujas imbricações de atores, interesses, dinâmicas e instrumentos de ação pública passam a ser tomadas como substrato para análise do processo normativo da Administração Pública. Nessa linha, argumenta-se que o modelo de governança pública determina uma série de funções que o processo normativo deve desempenhar, para além da mera concretização regulamentar da lei em tese.

Os valores públicos reconhecidos na governança influem sobre o regime jurídico do processo administrativo normativo. Por decorrência, o procedimento que o dinamiza passa a se coadunar com essa ordem de valores públicos, determinando que a elaboração de regulamentos pela Administração Pública se torne mais cada vez mais um produto da

colaboração dos particulares. Isso se deve menos à aplicabilidade do princípio do contraditório no processo administrativo normativo que ao valor da participação administrativa presente na atividade normativa da Administração Pública, tendo em vista a emancipação do particular de mero destinatário do ato normativo final para colaborador da Administração no exercício de funções públicas.

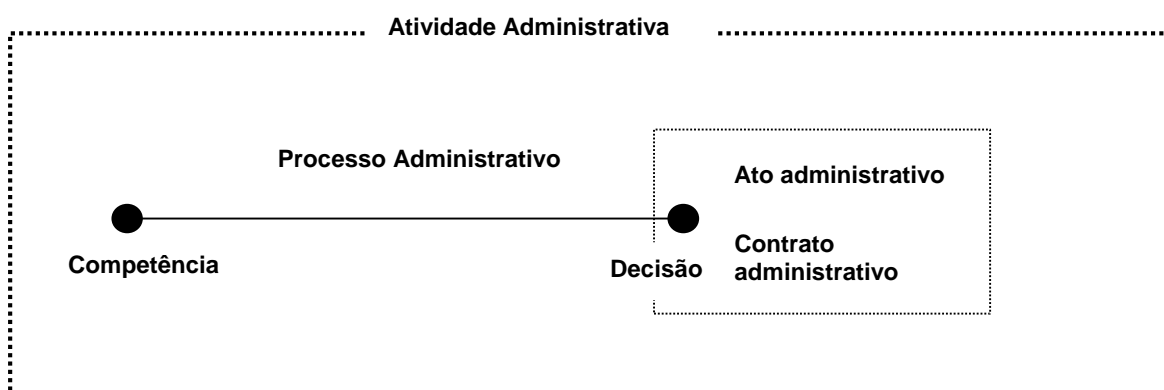
Nesse item também será desenvolvida análise positiva do processo administrativo normativo. A principal finalidade da investida dessa análise corresponde a salientar aspectos relevantes que devem ser considerados pela Administração Pública no exercício da competência normativa, por um lado, e pelos particulares na colaboração com o Poder Público. São muitos os desafios envolvendo o processo administrativo normativo. O estudo cujas conclusões passam a ser apresentadas não foi capaz de esgotar todos os desafios jurídicos decorrentes da relação entre atividade normativa da Administração Pública e processo administrativo. Espera-se, contudo, que o registro dos grandes debates sobre o desenvolvimento do processo administrativo normativo possa sensibilizar para a importância do tema, que certamente merece atenção da doutrina de direito administrativo no Brasil. Saliente-se que a análise positiva do presente Capítulo considerou a experiência norte-americana com o *rulemaking*, dada a longa tradição do tema no Direito Administrativo dos Estados Unidos. No entanto, tomou-se a cautela necessária de olhar para a experiência internacional pela perspectiva brasileira, sem realizar o simples “*transplante*” de instrumentos e soluções jurídicas norte-americanas descontextualizadas do cenário nacional.

IV.1. O processo administrativo normativo no Direito Administrativo brasileiro

Há no Direito Administrativo brasileiro diversas formas de classificar o fenômeno processual na Administração Pública. Na medida em que o presente trabalho se destina a analisar uma dessas manifestações – o processo administrativo normativo –, convém diferenciar este procedimento dos demais para melhor compreensão de seu regime jurídico e, por decorrência, de sua dinâmica operacional, sem com isto apartá-lo da processualidade administrativa.

IV.1.1. O processo como elemento da atuação administrativa

Diante de um quadro de incremento das competências administrativas, em que o Poder Público assume cada vez mais deveres de prestação positiva e de regulação para satisfação de finalidades públicas, a atividade administrativa se torna, por consequência, também mais complexa. São diversas as funções que a Administração Pública hoje desempenha. Para sistematizar essas diferentes formas de exercício de competência administrativa, a doutrina tende a identificar as seguintes atividades desempenhadas pelo Poder Público hoje: fomento, polícia administrativa, serviço público e intervenção⁸¹⁵. Com a Reforma do Estado, mais uma atividade foi acrescida à listagem, qual seja, a atividade de regulação⁸¹⁶. Considerando o processo administrativo no desenvolvimento dessas atividades pelo Poder Público, o seguinte esquema gráfico pode ser apresentado sobre a configuração da atuação administrativa:



A esquematização gráfica permite visualizar que a atuação administrativa parte de uma *regra de competência* estabelecida em norma jurídica para tomada de uma determinada decisão administrativa, como a concessão de licença, a edição de um regulamento ou a aplicação de uma sanção. Como origem, a regra de competência pode ser estabelecida em lei formal, quando lei oriunda do Parlamento dispuser sobre a competência

⁸¹⁵ Cf. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, **Direito Administrativo**, 2009, p. 54.

⁸¹⁶ Cf. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, **Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos e seu regime jurídico**, 2005, p. 37.

e o seu modo de efetivação, como se verifica com relação às competências sancionatórias. Há, nesses casos de exercício de autoridade, relação de conformidade entre a atuação da Administração Pública e a lei⁸¹⁷. Porém, a competência para que a Administração Pública pratique atos que não envolvam o exercício de poderes públicos, notadamente atos vinculados à gestão empresarial de entes públicos de natureza privada, pode advir de mera previsão genérica em norma regulamentar ou mesmo de cláusula contratual. Nesses casos, reconhece-se a aplicação da legalidade em seu sentido negativo⁸¹⁸, bastando a relação de compatibilidade com o Direito para que a atuação administrativa seja legitimamente válida. É nesses termos amplos que se faz a leitura da competência, sem se resumir a um único preceito em lei formal, mas informada pela reunião de determinações jurídicas provenientes das fontes que conformam o regime jurídico de determinado provimento administrativo. Em outros termos, a atividade administrativa é orientada pela *legalidade ampla*.

Há relação entre a regra de competência e a decisão administrativa, de modo que o tipo de decisão final corresponde ao conteúdo da regra de competência. Daí não se admitir, por exemplo, que no exercício de uma competência normativa se aplique uma sanção

⁸¹⁷ Cf. CHARLES EISENMANN, **O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade**, 1959, *passim*. Nega-se, portanto, que ao gestor, caberia tão somente aplicar o conteúdo da lei de modo quase que mecânico, de onde se extrai a máxima “*administrar é aplicar a lei de ofício*”. Esta expressão e outras como a Administração como *braço mecânico do Legislador* são notoriamente conhecidas na teoria do Direito Administrativo brasileiro, tradicionalmente defensável pelos autores que propugnam maior constrição da Administração, supervalorizando o papel da lei formal. Na história administrativista, literatura simbólica corresponde à SEABRA FAGUNDES, **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**, 1957, p. 158 e ss. A relação imediata entre legalidade e vinculação positiva à lei é hoje desafiada. Por um lado, tem-se o reconhecimento pragmático de que a lei não é infalível e de que diversas são as situações que o Poder Público deve atuar com significativa margem de liberdade, especialmente quando atua na qualidade de agente econômico e de mercado. Tem-se admitido, e assim deve ser, que a Administração também trava relações de vinculação negativa à lei, dispondo de ampla margem de liberdade de atuação para fazer “*tudo aquilo que a lei não proíba*”. Dando conta do debate brasileiro sobre o conteúdo jurídico da legalidade administrativa, cf. GUSTAVO BINENBOJM, **Uma Teoria do Direito Administrativo**, 2008, p. 138 e ss. Sobre a relação entre princípio da legalidade e a processualidade administrativa, cf. VITOR RHEIN SCHIRATO, **O Processo Administrativo como Instrumento do Estado de Direito e da Democracia**, 2010, p. 28-34.

⁸¹⁸ A vinculação negativa da Administração à lei ainda é fortemente criticada por parte da doutrina jurídica brasileira, que entende ser esta relação de legalidade administrativa exclusiva da esfera privada, informada pelo Direito Privado. Nesta linha de argumentação, o Poder Público não gozaria de autonomia da vontade, tal qual evidenciado nas relações particulares, pois adstrito à persecução do interesse público. A Administração Pública exerceria função administrativa e não autonomia da vontade, sendo suas prerrogativas efetivos deveres-poderes exercidos com a finalidade última de satisfação do interesse público. O maior defensor deste modo de conceber a legalidade e a função administrativa é CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, cuja produção doutrinária tem se mostrado como o principal substrato teórico para desenvolvimento dessas ideias. Cf. **Curso de Direito Administrativo**, 2013, p. 27-97. Hoje, porém, não há como se negar os inúmeros casos de vinculação negativa da Administração Pública à lei, todos legítimos por corresponderem às atividades que não envolvem manejo de poder, como a atuação administrativa no âmbito negocial (a exemplo das ações das empresas estatais) e a atuação administrativa consensual.

disciplinar. Isso não afasta, porém, a possibilidade de serem múltiplas as formalizações da decisão final. Em regra, as opções de decisão administrativa são depreendidas da regra de competência e, portanto, têm expressa previsão normativa. Normas especiais, porém, podem complementar a regra de competência e estabelecer outros institutos jurídicos de terminação do processo administrativo. O atual ímpeto de redução do formalismo e de flexibilização das decisões administrativas, tornando-as mais criativas e aderentes às especificidades do caso concreto, enseja a *atipicidade* na gestão pública. As decisões administrativas se consubstanciam em duas conformações, tomadas em sentido amplo: *ato administrativo* (autorização, regulamentos, sanções e fiscalizações, *e.g.*) ou *contrato administrativo* (empreitada, concessão e consórcio público, *e.g.*).

O conteúdo da decisão final, portanto, é hoje marcadamente discricionário, sendo pontualíssimos os casos de completa vinculação à lei formal. A margem de opção colocada à autoridade competente varia desde o tipo de ato que será adotado no caso concreto até as minúcias do conteúdo da decisão administrativa. Há uma efetiva *tomada de decisão administrativa*⁸¹⁹, em que o gestor público, diante do caso concreto, avalia todas as possibilidades decisórias juridicamente viáveis e sopesa aquela que se mostre mais eficiente na situação, considerando valores públicos e condicionantes da ação administrativa. Esta decisão não deve ser tomada instantaneamente pela Administração Pública, mas no âmbito de um *processo administrativo*. A *processualização da atividade administrativa* implica no reconhecimento de que a atuação da Administração Pública se desenvolve no âmbito do processo administrativo. A natureza processual da atividade administrativa será evidenciada sempre que se reconhecer a contrariedade de interesses entre, pelo menos, dois particulares⁸²⁰.

Para FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, evidencia-se no Estado Democrático de Direito o *dever processual da atuação estatal*, que determina a obrigatoriedade de

⁸¹⁹ LUÍS S. CABRAL DE MONCADA analisa o processo administrativo a partir da *teoria da decisão*, indicando o processo administrativo como “[u]ma categoria jurídico-política geral para chegar a uma categoria jurídico-positiva [decisão administrativa]”. **Lei e Regulamento**, 2002, p. 1126. Segundo o autor, quanto mais complexa se mostrar uma decisão – seja por congregar múltiplos interesses, seja pela dificuldade de mensuração dos impactos econômicos e sociais de determinada medida administrativa –, menor é o espaço de decisão marcadamente unilateral pela Administração, sem qualquer mecanismo de participação administrativa. O processo administrativo “[v]isa assim organizar o diálogo social indispensável para obter os consensos e compromissos necessários à legitimação das soluções”. *Idem*, p. 1127.

⁸²⁰ Cf. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, **Processo Administrativo Inquisitorial. Eficiência investigativa e garantias constitucionais**, 2005, p. 195.

exercício dos poderes públicos no âmbito do processo administrativo⁸²¹. A atuação administrativa eminentemente processual, em que a decisão administrativa se construa no curso das sucessivas etapas procedimentais, coaduna-se com o ideal de tutela de direitos e interesses dos particulares perante o Poder Público, potencializado com a participação administrativa e a abertura ao controle que o processo administrativo enseja, além de tornar mais racional a tomada de decisão administrativa. A processualização da atividade administrativa mostra-se um *instrumento contra o arbítrio*.

Com o desenvolvimento das ações administrativas no âmbito do processo, as finalidades públicas passam a ser satisfeitas em conformidade com o *princípio da impessoalidade*, evitando-se que as competências sejam exercidas em benefício de uma particular agente ou grupo de interesse⁸²². Sendo o processo administrativo uma metódica de racional e pública de construção da decisão administrativa, finalidades públicas caras são alcançadas por meio deste importante instituto jurídico. Ao mesmo tempo em que propicia a aproximação entre Administração e cidadãos, também viabiliza o controle da Administração⁸²³.

Competência, processo e decisão correspondem, portanto, à tríade fundamental da atuação administrativa. São elementos conexos, até mesmo imbricados, razão pela qual a disposição de um deles afeta a manifestação dos demais e, em conjunto, informam um específico modo de atuação administrativa. No âmbito da atividade normativa da Administração Pública, a decisão final será por excelência de caráter normativo, dado o

⁸²¹ Cf. **Ensaio sobre o Processo como Disciplina do Exercício da Atividade Estatal**, 2007, p. 266. É como coloca o autor: “[s]e no Estado não democrático o que importa é a manifestação concreta do poder (o ato administrativo, por exemplo), no Estado de Direito importa também o modo (percurso, motivação, publicidade) pelo qual o poder se manifesta. Segue, então, o deslocamento da manifestação estatal do ato (decisão) para o método (processo)”. *Idem, ibidem*.

⁸²² “Trata-se de tentativa de impedir que os agentes administrativos, colocados no corpo do Estado para realizar interesses pessoais, desvirtuem sua ação e misturem os atos públicos com seus interesses pessoais ou com sua visão privada. Deseja-se que o agente público seja instrumento da realização de interesses que transcendam a ele e, para viabilizá-lo, imaginou-se trazer da vida judicial este mecanismo: o processo. O que há de fundamental na idéia de processo é o princípio da impessoalidade. Quer-se despersonalizar quem decide, de forma a transformá-lo em instrumento, em cada caso concreto, de interesses mais elevados, os públicos ou coletivos, impedindo que a decisão política seja contaminada por interesses pessoais”. CARLOS ARI SUNDFELD, **Processo Administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão**, 2006, p. 2.

⁸²³ Essas são finalidades do processo administrativo indicadas por ODETE MEDAUAR (**Processualidade no Direito Administrativo**, 1993, 110 e ss.). A autora também relaciona como finalidades do processo administrativo a tutela de garantias, a eficácia das decisões, a legitimação do poder, o correto desempenho da função, a justiça na Administração, a sistematização de atuações administrativas e a aplicação dos princípios e regras comuns da atividade administrativa.

exercício da competência normativa, e o processo, por decorrência, um processo normativo.

Os três elementos fundamentais à atividade administrativa são dinamizados por *valores públicos*, ou valores *de orientação*, que a Administração Pública reconhece como norteadores da ação administrativa, como a abertura à participação administrativa, o maior recurso à consensualidade e o fortalecimento da colaboração público-privada⁸²⁴. Tendo a Lei Federal de Processo Administrativo estabelecido que a audiência e a consulta pública são instrumentos facultativos, a Administração pode abrir fase de participação no processo administrativo desde que presente a colaboração dos particulares na tomada de decisão pública seja compreendida como um valor de orientação. Em grande medida os valores públicos que persegue a Administração Pública corrobora na delimitação do procedimento administrativo.

IV.1.2. Os vários processos administrativos no Direito Administrativo brasileiro

As múltiplas competências que o Poder Público hoje se sujeita já denotam o quão diversificada é a atuação administrativa. Por consequência, a tipologia do processo administrativo é, a um só tempo, *rica* e *desafiadora*. Primeiramente, mostra-se rica na medida em que da diversidade de manifestações administrativas decorrem variadas formas de processo administrativo. Desafiadora, porém, pois inexistente critério que seja capaz de apartar com clareza, segurança e suficiente abrangência as diversas categorias de processo administrativo, alcançando-se uma *perfeita classificação* do processo administrativo. Ao contrário do processo civil ou do processo penal, pelo processo administrativo são exercidas funções bastante diferenciadas. As diversas matérias compreendidas no processo administrativo permitem que o processo seja sistematizado por diferentes perspectivas. Apesar do fim comum de determinação do regime jurídico aplicável aos diferentes

⁸²⁴ Esses são valores compreendidos na noção de *governança pública*, que será discutido no item IV.2.1., a que remeto o leitor.

processos desenvolvidos pela Administração Pública, os administrativistas não alcançaram uma tipologia uniforme⁸²⁵.

A classificação do processo administrativo no Direito Administrativo brasileiro é secular, remontando à mais tradicional apartação dos processos da Administração Pública em *processos do contencioso administrativo* e *processos administrativos gratuitos*⁸²⁶. Com um sentido técnico bastante específico, os processos do contencioso administrativo corresponderiam àqueles procedimentos administrativos tramitados no âmbito da jurisdição administrativa⁸²⁷. Ainda hoje esta tradicional dicotomia encontra adeptos, como MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que faz uso da classificação para determinar que os processos administrativo no Brasil são exclusivamente do tipo gratuito, dada a inexistência de dualidade de jurisdição como se evidencia no sistema francês⁸²⁸.

Nesta linha de compreensão da classificação do processo administrativo em contencioso ou gratuito, o Brasil também seria órfão do processo administrativo contencioso com a abolição do Conselho de Estado quando da proclamação da República⁸²⁹. Contudo, é relativamente comum o emprego da expressão “*processo administrativo contencioso*” para aludir aos processos administrativos litigiosos, especialmente em conflitos envolvendo Poder Público e particular. A mesma locução é encontrada para fazer referência àqueles processos tramitados no âmbito de Tribunais

⁸²⁵ Cf. VITOR RHEIN SCHIRATO, **Legitimidade Processual e Tipos de Processo Administrativo**, 2010, p. 9.

⁸²⁶ Cf. ANTÔNIO JOAQUIM RIBAS, **Direito Administrativo Brasileiro. Noções Preliminares**, 1866, p. 138.

⁸²⁷ Cf. MÁRIO MASAGÃO, **Curso de Direito Administrativo**, 196-, p. 317.

⁸²⁸ Segundo a autora, “[a]qui, falar em processo administrativo significa falar no chamado processo administrativo gratuito, em que a decisão proferida pela Administração Pública é sempre sujeita ao controle judicial”. **Limites da Utilização de Princípios do Processo Judicial no Processo Administrativo**, 2013, p. 57. O ponto defendido no texto é pela cautela na transposição de certos elementos do processo contencioso – então compreendido como o processo tramitado no âmbito do Poder Judiciário – para o processo gratuito, ou seja, para o processo administrativo, como a prescrição e a preclusão. *Idem, ibidem*.

⁸²⁹ Também não de adotou no Brasil a diferença entre procedimento administrativo e processo do contencioso administrativo para fazer referência, respectivamente, aos processos tramitados no âmbito da Administração Pública e do Poder Judiciário, como se verifica na maior parte dos países hispano-americanos. Sobre a comparação desses sistemas com o panorama brasileiro, cf. CARLOS ARI SUNDFELD, **Processo Administrativo: um debate sobre o problema de sua conceituação e classificação**, 2012, p. 194-195. Sobre um modelo de sistematização do processo contencioso administrativo, tomando com base o sistema peruano, cf. JORGE DANÓS ORDÓÑEZ, **El Proceso Contencioso-Administrativo en Peru**, 2003, *passim*.

Administrativos, a exemplo dos Conselhos de Contribuintes, das Câmaras de Julgamento e dos Tribunais Tributários⁸³⁰.

Outro modo de se classificar os processos administrativos corresponde à *posição jurídica do administrado* na relação administrativa processual. Assim, com base art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal⁸³¹, ODETE MEDAUAR reparte os *processos administrativos em que há controvérsia*, em que se evidenciam conflitos de interesses, e os *processos administrativos em que há acusados*⁸³². Quanto aos processos administrativos em que há controvérsia, a autora relaciona os processos administrativos de gestão (licitação, concurso público, concurso de acesso ou promoção, *e.g.*); processos administrativos de outorga (licenciamentos, registros de marcas e de patentes e isenção condicionada de tributos, *e.g.*); processos administrativos de verificação ou determinação, como a prestação de contas; e processos administrativos de revisão, a exemplo dos recursos administrativos, reclamações e impugnação de lançamentos. Com relação aos processos administrativos em que há acusados, denominados de processos sancionadores, a autora reconhece os processos administrativos internos e externos, de acordo com o dado de os acusados integrarem, ou não, respectivamente, a organização administrativa.

Também são evidenciadas propostas de classificação do processo administrativo compreendendo a *atuação da Administração Pública*. VITOR RHEIN SCHIRATO apresenta proposta de classificação tendo em vista o *tipo de decisão* tomada pela Administração na medida em que o processo administrativo corresponde a um instrumento para transformar as funções cometidas ao Poder Público em decisões⁸³³. Assim, são reconhecidos os seguintes processos administrativos: (i) processo administrativo sancionador; (ii) processo administrativo declaratório; (iii) processo administrativo constitutivo; e (iv) processo administrativo normativo⁸³⁴. Advertindo sobre a limítrofe atividade de classificação dos

⁸³⁰ Cf. CLEDI DE FÁTIMA MANICA MOSCON, **O Contencioso Administrativo na Dupla Perspectiva do Direito Brasileiro e do Direito Português**, 2009, p. 5-6. A autora ainda chama a atenção para os órgãos intitulados “*Setores do Contencioso*” espriados pela Administração Pública brasileira. *Idem*, p. 7.

⁸³¹ É o texto do art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal: “[a]os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁸³² Cf. **Direito Administrativo Moderno**, 2008, p. 171.

⁸³³ Cf. **Legitimidade Processual e Tipos de Processo Administrativo**, 2010, p. 9.

⁸³⁴ *Idem*, p. 10-16. Segundo o autor, o processo administrativo sancionador corresponde ao processo conflitivo figurado entre Administração Pública e partes identificáveis dinamizado pelo direito de punir daquela, sendo seu objeto identificável pela penalidade administrativa e pela polarização das partes e seus respectivos interesses. O processo administrativo declaratório, por sua vez, tem como objeto a declaração

processos administrativos no Brasil, tendo em vista a edição de leis e normas específicas de processo administrativo ao longo do século XX, CARLOS ARI SUNDFELD apresenta as seguintes tipologias conforme a *dinâmica procedimental*: processos administrativos sancionadores, processos administrativos competitivos e processos administrativos normativos⁸³⁵.

Outro modo de classificar o processo administrativo evidenciado no Direito Administrativo brasileiro adota como critério o *sistema jurídico* no qual se desenvolve. Desse modo, são indicados o processo administrativo antitruste⁸³⁶, o processo administrativo ambiental e assim sucessivamente, ainda que internamente o processo administrativo admita desdobramentos⁸³⁷. Porém, talvez o modo de classificação do processo administrativo mais empregado no Brasil corresponda ao *critério legal*, i.e., que se relaciona às matérias disciplinadas legalmente⁸³⁸. Como analisado⁸³⁹, por razões históricas o processo administrativo no Brasil é reconhecido pelos *processos em espécie*. Desapropriação, licitação, concurso público, processo administrativo disciplinar, enfim, são todos tipos de processo administrativo, assim definidos nas grandes leis de direito administrativo⁸⁴⁰.

acerca de uma situação jurídica, como a licitação pública, o que não se confunde com o processo administrativo constitutivo, pois enquanto o objeto deste tipo de processo é a constituição de um direito em favor do particular, no processo administrativo declaratório a constituição de direito é meramente secundária. Por fim, o processo administrativo normativo, também designado pelo autor como consultivo, corresponde ao processo conduzido pela Administração Pública previamente ao exercício do seu poder normativo, “[s]eja o poder normativo do qual decorrem normas abstratas e gerais, seja o poder normativo do qual decorrem normas concretas e específicas com efeitos sobre indivíduos indeterminados”. *Idem*, p. 14.

⁸³⁵ Cf. CARLOS ARI SUNDFELD, **Processo Administrativo: um debate sobre o problema de sua conceituação e classificação**, 2012, p. 206-209.

⁸³⁶ Cf. ANDRÉ MARQUES GILBERTO, **O Processo Sancionador Antitruste**, 2009, p. 23.

⁸³⁷ É o que se evidencia no âmbito do CADE. De acordo com a Nova Lei do CADE (Lei 12.529/2011) e regulamentação, o *processo administrativo concorrencial*, ou *processo administrativo antitruste*, desdobra-se nas seguintes categorias: ato de concentração; processo administrativo; averiguação preliminar; consulta; medida cautelar; medida preventiva; recurso voluntário; auto de infração; acordo de leniência; e processo de restauração dos autos.

⁸³⁸ A seguinte passagem de MARÇAL JUSTEN FILHO é elucidativa do diagnóstico aqui apresentado: “[h]á diversos modelos de procedimentos, que variam de acordo com as circunstâncias e características das atividades administrativas e das necessidades a serem atendidas. Por isso, pode-se aludir a modalidades procedimentais. Essas modalidades procedimentais são criadas pelas diversas leis que disciplinam os diferentes órgãos administrativos”. **Curso de Direito Administrativo**, 2012, p. 306. Apesar da diversidade de modalidades procedimentais, o autor apresenta as seguintes modalidades de processo administrativo: procedimento na produção de atos regulamentares; procedimento nos processos administrativos litigiosos; e procedimento na produção de decisão administrativa não litigiosa. *Idem*, p. 315.

⁸³⁹ Cf. item II.3.2. deste trabalho.

⁸⁴⁰ EGON BOCKMANN MOREIRA entende que o reconhecimento do processo administrativo a partir do adjetivo que qualifica a ação administrativa deve-se à posição do indivíduo frente ao Poder Público, em que tradicionalmente se lhe é negada a condição de titular de direito subjetivo oponível: “[a] Administração agia e o particular defendia-se através do processo (instrumento de restauração do direito violado pela

Mais recentemente, com a introdução das Agências Reguladoras na estrutura da Administração Pública brasileira e do conceito de regulação, passa-se a reconhecer o *processo administrativo regulatório*⁸⁴¹. Por um lado, o processo regulatório pode ser assim compreendido tomando por base a decisão final a ser produzida, qual seja, uma regulação⁸⁴². Por outro lado, quanto ao grau de autonomia do procedimento frente à Administração Direta e ao chefe do Poder Executivo, o processo administrativo passa a admitir a categoria processo administrativo regulatório tramitado no âmbito das Agências Reguladoras⁸⁴³. Também em recente data, é possível classificar o processo administrativo quanto ao *grau de participação administrativa* no processo, resultando em processos administrativo participativos e processos administrativos não participativos⁸⁴⁴.

Como se depreende da listagem de critérios e tipologias de processo administrativo no Brasil, as propostas de classificação tendem a ressaltar uma determinada função desempenhada pelo processo no Direito Administrativo, enquanto buscam delimitar o regime jurídico aplicável às diferentes categorias de processo administrativo. Longe de caracterizar uma anarquia tipológica, é necessário evidenciar nesses mais diversos modos de agrupar o processo administrativo a riqueza do instituto para o Direito Administrativo. Não por acaso, o principal critério de classificação do processo administrativo seja o material, que invariavelmente corresponde a alguma grande lei de processo administrativo, como o processo de licitação (Lei 8.666/93) e o processo de desapropriação (Decreto-Lei 3.365/1941). Para os fins desse trabalho, a classificação do processo administrativo adotada considera a *competência administrativa*. Assim, o processo administrativo normativo corresponde ao tipo processual em que há manejo da competência normativa, da mesma forma que os processos administrativos sancionador e fiscalizatório correspondem, respectivamente, àqueles processos em que as competências sancionadoras e de fiscalização são exercidas.

Administração). O processo era eminentemente reativo”. **Agências Administrativas, Contratos de Serviços Públicos e Mutabilidade Regulatória**, 2009, p. 5.

⁸⁴¹ Cf. VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE, **O Direito à Participação do Usuário nos Processos Regulatórios**, 2002, *passim*. Segundo a autora, o *processo administrativo regulatório* “(...) cuida da composição de interesses apresentados à intervenção mediadora da Agência”. *Idem*, p. 365.

⁸⁴² Cf. MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, **Formas Consensuais de Composição de Conflitos para a Exploração de Ferrovias**, 2010, p. 122.

⁸⁴³ Cf. VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE, **O Direito à Participação do Usuário nos Processos Regulatórios**, 2002, p. 365-366.

⁸⁴⁴ Cf. EVIAN ELIAS, **O Estatuto da Cidade e a Participação Popular**, 2007, *passim*.

A preferência pela classificação do processo administrativo considerando o tipo de competência administrativa decorre do reconhecimento de que hoje são admitidos no Direito Administrativo brasileiro diferentes formas de terminação do processo administrativo. No exemplo do processo administrativo sancionador, ao menos três tipos de decisões finais são admissíveis: aplicação de sanção, terminação do processo por ato imperativo e unilateral (como o ato absolutório ou de extinção do processo sancionador), bem como terminação consensual do processo, mediante a celebração de um acordo substitutivo. Para os fins desta tese, a classificação adotada é binária, em que os *processos administrativos normativos* são apartados dos demais⁸⁴⁵, considerando o exercício da *competência normativa* pela Administração no âmbito do processo administrativo. Na sequência, a caracterização do processo administrativo normativo será detalhada.

IV.1.3. Regulamentação geral e abstrata: processo administrativo normativo

O processo administrativo no âmbito do qual a competência normativa^{846 847} é manejada recebe o nome de *processo administrativo normativo*. O processo administrativo

⁸⁴⁵ O APA norte-americano divide as funções das Agências Reguladoras em *normativas* e *adjudicatórias*, reconhecendo, assim, dois tipos fundamentais de processos administrativos, respectivamente: *rulemaking*, voltado à elaboração de *rules*, e *adjudication*, que tem como resultado uma *adjudicative order*. Apesar de a classificação binária poder ter utilidade no Brasil, é reconhecida no Direito Administrativo brasileiro a *função adjudicatória* das Agências Reguladoras a par das funções normativa, de fiscalização, sancionadora e de arbitramento de interesses. Desse modo, não se fará uso da *adjudicação* como antípoda à atividade normativa da Administração Pública. Prefere-se, assim, diferenciar os processos administrativos normativos dos processos de *enforcement*, que se voltam à aplicação das normas pela autoridade competente e congregam, portanto, todas as demais espécies de processo administrativo.

⁸⁴⁶ A despeito da existência de autores que diferenciam as noções de *poder* e *função*, a tese adotará como sinônimas as expressões *poder normativo* e *função normativa*, ambas para designar a capacidade de produção de normas jurídicas. Trata-se de uma escolha que se coaduna com o largo emprego do termo “*poder normativo*” no Direito Administrativo brasileiro, utilizado tanto no contexto anterior à Reforma do Estado como quando da criação das Agências Reguladoras. Compreendo que o termo “*poder normativo*” pode remeter à ideia clássica de prerrogativa pública, como efetivo privilégio de exercício pelo chefe do Poder Executivo em nome do interesse público, na contramão do cenário atual de reconhecimento do exercício da função normativa como um dever para satisfação de finalidades públicas e exercícios de direitos. Como colocam EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, “[s]e llama *potestad reglamentaria al poder en virtud del cual la Administración dicta Reglamentos; es, quizá, su potestad más intensa y grave, puesto que implica participar en la formación del ordenamiento*”. **Curso de Derecho Administrativo**, vol. II, 2008, p. 182. Sobre a compreensão da atividade normativa da Administração Pública como “*poder regulamentar*”, cf. HELY LOPES MEIRELLES, **Os Poderes do Administrador Público**, 1991, p. 334-335. Porém, feitos os devidos esclarecimentos, acredito ser esta a decisão mais acertada para viabilizar o diálogo da tese com a produção técnica e acadêmica a respeito da atividade normativa da

normativo resulta da projeção a atividade normativa da Administração Pública no âmbito do processo administrativo, marcando a processualização do exercício da competência normativa. Tipicamente o processo normativo da Administração Pública é finalizado com a edição de regulamento, apesar de hodiernamente serem admitidos outros mecanismos de formalização da decisão final tomada neste tipo de processo. Desse modo, convém analisar de modo apartado o regulamento administrativo.

IV.1.3.1. O regulamento administrativo

Em 8 de novembro de 2013, KEVIN STACK foi condecorado com o *Annual Award for Scholarship in Administrative Law*, conferido pela *American Bar Association* à melhor produção acadêmica no campo do Direito Administrativo no ano, pelo artigo *Interpreting Regulations*⁸⁴⁸. Diante de um auditório da *Georgetown University* repleta de agentes públicos, *scholars* e juízes, RICHARD J. PIERCE abre o discurso de premiação com uma frase óbvia: “[t]odos nós concordamos que a regulação é a principal fonte do Direito”⁸⁴⁹. Fora certo desconforto meu na cadeira por, na minha cabeça brasileira, tão contundente afirmação, nenhuma reação sequer foi esboçada.

No contexto brasileiro, essa frase seria, no mínimo, polêmica. A expressão da competência normativa da Administração Pública⁸⁵⁰ é limitadíssima segundo significativa parcela da doutrina brasileira. Nos dizeres de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, o poder regulamentar define-se como “o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos

Administração Pública. Nessa medida, também o termo “*competência normativa*”, que me parece ser o mais apropriado, terá a mesma conotação que poder normativo ou função normativa.

⁸⁴⁷ Neste trabalho, poder regulamentar e poder normativo serão tomados como sinônimos. Há na doutrina entendimento de que o poder regulamentar seria aquele privativo do chefe do Poder Executivo, ao contrário do poder normativo, atribuído aos órgãos e entes em geral da Administração Pública. Para os fins do presente trabalho, que se volta ao estudo do processo administrativo normativo, a diferenciação não auxilia significativamente no debate.

⁸⁴⁸ O artigo foi publicado na *Michigan Law Review*, vol. 111, em dezembro de 2012.

⁸⁴⁹ Tradução livre. Do original, “[w]e all agree that regulation is the primary source of law”. Fala proferida no dia 8 de novembro de 2013.

⁸⁵⁰ A noção de poder normativo encontra-se compreendida em todo o Estado, espreado-se entre os três Poderes, cujas fronteiras encontram-se cada vez mais tênues. No âmbito do Legislativo, a função normativa é compreendida como função legislativa, ao passo que nos Poderes Executivo e Judiciário ela se especializa em, respectivamente, função regulamentar e função regimental. Em termos materiais, a função normativa destina-se a produzir comandos jurídicos gerais e abstratos de integração do ordenamento jurídico. Cf. EROS ROBERTO GRAU, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 2011, p. 245.

*Estados e dos Municípios de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução*⁸⁵¹. Como analisado no primeiro Capítulo deste trabalho, a oposição ao exercício de competência normativa pela Administração decorre da tradição histórica de resistência às arbitrariedades públicas evidenciadas nos episódios de ditadura política. Ainda hoje é a lei o elemento notoriamente reconhecido como sistematizador do Direito Administrativo e veículo de ação administrativa. Da “*sacralização da lei*”⁸⁵², decorre a vinculação da Administração ao Direito como uma relação de conformidade, de modo que o Poder Público apenas pode atuar quando expressamente autorizado em lei formal para tanto.

Todavia, *o Brasil é o país dos regulamentos*⁸⁵³. Fato inconteste é que os regulamentos sempre cumpriram relevante papel de dinamização das atividades desempenhadas pela Administração Pública brasileira. A relevância da atividade regulamentar no desenvolvimento do Direito Administrativo é um dado não apenas no Brasil, mas também em outros sistemas jurídicos, razão pela qual pode ser apontado como um elemento comum ao Direito Administrativo Comparado. Na síntese de SABINO CASSESE, “[o] *Direito Administrativo é um Direito legislado (ou, melhor, normativamente regulado)*”⁸⁵⁴. A despeito da relevância da lei formal para o exercício de competências administrativas, evidencia-se *concorrência normativa*⁸⁵⁵ na disciplina jurídica dos diversos institutos e fenômenos de direito administrativo, no qual estão integrados os regulamentos editados pelo Poder Público no exercício de competência normativa. No desempenho de suas funções públicas, notadamente alargadas a partir do século XX, a Administração Pública guia-se por esse *bloco de legalidade* composto por normas constitucionais, legais, e infralegais a que MAURICE HAURIU já aludia em 1910, incluindo a atividade normativa do Judiciário concretizada, no caso brasileiro, nas súmulas vinculantes.

851 **Direito Administrativo**, 2012, p. 90.

852 Cf. GUSTAVO BINENBOJM, **Uma Teoria do Direito Administrativo**, 2008, p. 129.

853 Cf. item I.5. deste trabalho.

854 Cf. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ evidenciam ser o regulamento o comando de ação mais relevante para o regime administrativo: “[l]a normativa creada con esta potestad [reglamentaria] se ha desatado en todas las partes, en volumen, en complejidad, en fugacidad, y que ha pasado a ser la parte más significativa del ordenamiento jurídico-administrativo”. **Curso de Derecho Administrativo**, vol. II, 2008, p. 185.

855 CARLOS ARI SUNDFELD reconhece vigorar hoje no Direito Administrativo brasileiro a *era da concorrência normativa*, tendo em vista a afirmação do Legislativo, Administração e Judiciário como centros produtores de normas sobre direito administrativo. **Administrar é criar?** in **Direito Administrativo para Céticos**, 2012, p. 154-155.

A literatura que descreve o alargamento da função normativa da Administração Pública é farta. A narrativa comum da descentralização normativa é uma via de mão dupla, a partir das duas instituições políticas diretamente relacionadas ao exercício da função normativa pelo Estado: o Parlamento e o Poder Público. Ao lado de um quadro de crise de legitimidade da lei formal – cujas determinações não necessariamente atenderiam aos anseios da sociedade, mas, pelo contrário, seriam “*instrumento do arbítrio*”⁸⁵⁶ –, o Parlamento não conseguiria atender com a velocidade necessária e a tecnicidade almejada demandas da sociedade e do mercado. Por sua vez, a Administração Pública estaria apta a conferir respostas normativas mais céleres e técnicas às questões cada vez mais complexas e diversas⁸⁵⁷. Assim, nova interação entre Legislativo e Executivo abre-se nesse contexto envolvendo a atividade normativa estatal: a *dinâmica de standards*, em que o Legislativo estabelece diretrizes fundamentais e normas estruturantes de uma determinada atividade administrativa para posterior regulamentação administrativa⁸⁵⁸. Apesar do vínculo de sujeição do Poder Público à lei formal, não se pode negar o caráter colaborativo desse relacionamento com o Legislativo para exercício da função normativa.

Pela dinâmica de *standards*, a lei oriunda do Parlamento é sintética e se propõe a estabelecer, pelo menos, o conteúdo normativo mínimo necessário para direcionar a ação normativa regulamentar. Mas qual seria esse conteúdo normativo mínimo? De um modo geral, os seguintes elementos devem estar previstos na lei formal: definição de direitos mínimos dos particulares frente ao Poder Público; disciplina substantiva das matérias sujeitas à reserva de lei; estabelecimento de regras procedimentais básicas; definição geral da política pública, caso a lei se proponha a criar uma; definição de competências; criação de entes administrativos de direito público ou autorização para a Administração constituir entes administrativos de direito privado; e determinação das finalidades de interesse público que devem ser almejadas pelo Poder Público quando do cumprimento das competências administrativas. Apesar da listagem relativamente longa, uma lei que disponha tão somente sobre esses tópicos é notadamente concisa na comparação com as

⁸⁵⁶ Cf. GUSTAVO BINENBOJM, **Uma Teoria do Direito Administrativo**, 2008, p. 22.

⁸⁵⁷ Sobre a narrativa no Direito Administrativo brasileiro, cf. ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO, **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, 2006, p. 379 e ss.

⁸⁵⁸ Segundo FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, o reconhecimento de subsistemas administrativos modifica não apenas o conceito legal, mas o modo de emprego da lei formal para construção da estrutura regulatória de cada subsistema, tornando-se marcadamente mais abrangente. Como consequência, há o aumento da pluralidade de fontes normativas e a quebra da estruturação vertical da norma. **Regulação Econômica e suas Modulações**, 2009, p. 1-2.

leis que a doutrina resistente à atividade normativa da Administração mais ampla defende. A *lei quadro*⁸⁵⁹ é, acima de tudo, uma lei de baixa densidade normativa.

Pode-se depreender desse modo de estruturação da lei formal a incapacidade institucional do Parlamento aludida pela doutrina para dar conta de questões técnicas e complexas com a velocidade necessária. O mais importante, porém, é depreender a técnica legislativa que se apresenta, a qual determina intrínseco relacionamento entre lei formal e regulamento na criação do Direito. Inevitável, portanto, que o regulamento inove na ordem jurídica⁸⁶⁰. Quanto mais extensa for a lei formal, menos espaço haverá para o regulamento, e vice-versa. E essa dinâmica de *standards* não significa “*delegação administrativa disfarçada*” ou “*cheque em branco a ser preenchido por via regulamentar*”⁸⁶¹.

No caso brasileiro, a assunção de mais competências pelo Poder Público com a configuração do Estado brasileiro como social associado ao caráter intervencionista do Estado no domínio econômico constituem razões históricas que determinaram a significativa amplitude da competência normativa ainda antes da Reforma do Estado. Some-se a isso a proeminência do Executivo sobre o Legislativo, especialmente nos longos ciclos de ditadura. Mais recentemente, outro episódio que levou ao alargamento da função normativa da Administração Pública corresponde à mudança do perfil do Estado de prestador direto de serviços públicos (*Estado Empresário*) para prestador indireto de serviços públicos mediante parceiros privados, sujeitos à disciplina jurídica de instituições regulatórias – as Agências Reguladoras – criadas com a específica finalidade de regular os mercados liberados (*Estado Regulador*). No Direito Administrativo brasileiro, portanto, não se reconheceu propriamente um movimento de ampliação da competência normativa pela constrição do Parlamento. A atividade normativa estatal, como um todo, ampliou-se.

Inexiste no Direito Administrativo brasileiro uma relação de causa e consequência em que eventual menor atividade legislativa implique em maior delegação e, logo, intensificação da atividade normativa da Administração Pública. A competência normativa

⁸⁵⁹ Cf. ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO, **Agências Reguladoras. A evolução do Direito Administrativo Econômico**, 2006, p. 408-409.

⁸⁶⁰ O dogma de que o regulamento “*não pode inovar a ordem jurídica*” foi debatido no item I.4.1. deste trabalho, a que se remete o leitor.

⁸⁶¹ A crítica a essa dinâmica de interação entre lei formal e regulamento é apresentada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. Cf. **Lei e Regulamento – A chamada “reserva de lei” – As delegações legislativas disfarçadas**, 2005, p. 12.

da Administração Pública é historicamente ampla. A luta doutrinária até o final da década de 1980 foi no sentido de limitá-la, submetendo-a aos estritos parâmetros legais: estritíssima, a competência normativa se destinaria apenas à “*fidel execução da lei*”. Com a Reforma do Estado, houve intensificação da função normativa estatal, não se limitando apenas ao Executivo, tendo em vista as inúmeras leis editadas pelo Legislativo. Por isso CARLOS ARI SUNDFELD se opor à tese da deslegalização⁸⁶². Não há que se afirmar, portanto, em “*usurpação de matéria reservada à lei*”.

A Administração Pública não é o braço mecânico do legislador. Nunca foi. Mesmo quando a doutrina nacional exigia que a competência normativa fosse exercida apenas “*para fidel execução da lei*”, a observância dos principais documentos regulamentares do século passado dá conta de que planos econômicos, políticas públicas, sanções e infrações administrativas, regras de organização administrativa, dentre outros, foram *criados* na esfera administrativa. Afinal, em termos práticos, o que é “*fidel execução da lei*”? A doutrina mais tradicional jamais foi capaz de responder, considerando a prática da atividade regulamentar e as situações limítrofes. É a Administração Pública autêntica fonte jurídica para o Direito Administrativo.

IV.1.3.1.1. Elementos de caracterização do regulamento administrativo

Os *regulamentos administrativos* são editados pela Administração Pública no exercício de competência normativa, podendo ser compreendidos como atos administrativos de natureza normativa, minimamente genéricos e abstratos, cujas disposições são construídas discricionariamente pela Administração dentro dos limites da competência (genericamente) prevista em lei formal para disciplina jurídica com efeitos futuros, visando à satisfação de finalidades públicas⁸⁶³. Sem a proposta de traçar uma

⁸⁶² Cf. CARLOS ARI SUNDFELD. **Administrar é criar?** in **Direito Administrativo para Céticos**, 2012, p. 137.

⁸⁶³ O conceito apresentado se contrapõe diametralmente ao aceito pela doutrina mais tradicional. Exemplo do entendimento tradicional de regulamento é apresentado por HELY LOPES MEIRELLES: “[o]s regulamentos são atos administrativos gerais expedidos, privativamente, pelos chefes do Executivo federal, estadual e municipal – Presidente da República, Governadores e Prefeitos – em decretos, com o fim de explicitar o modo e a forma da execução da lei (regulamento de execução), ou prover situações não previstas em lei (regulamento autônomo ou independente)”. **Os Poderes do Administrador Público**, 2003,

teoria da norma jurídica administrativa, apresento com maiores detalhes alguns elementos de caracterização do regulamento que se mostram relevantes para o estudo do processo administrativo normativo.

Primeiramente, os regulamentos são editados no exercício de *competência normativa* pela Administração Pública. Reconhecida a competência de o Executivo editar atos normativos pela Constituição Federal⁸⁶⁴, a competência para a Administração editar atos normativos⁸⁶⁵ é objeto de *reserva genérica de lei*⁸⁶⁶. Na base de qualquer regulamento está uma lei formal que confira competência normativa para determinado órgão ou ente administrativo exercê-la no âmbito desta mesma competência, almejando satisfazer finalidades públicas⁸⁶⁷. Tendo em vista a *primazia da lei*, a que se vincula a Administração Pública, não se admitem regulamentos *contra legem*, mas há que se reconhecer a capacidade de inovação que essas normas dispõem, como já aludido, ressalvadas as matérias definidas pela Constituição como *reserva de lei*. Assim, os regulamentos podem ser emanados do chefe do Poder Executivo, na forma de Decreto, ou por qualquer ente administrativo dotado de competência normativa⁸⁶⁸.

p. 335. Como se evidencia desse conceito, alguns lugares comuns da atividade normativa da Administração Pública estão presentes, notadamente competência privativa do chefe do Executivo em editar regulamentos e simplificação do regulamento à figura do Decreto.

⁸⁶⁴ Os regulamentos são editados pelo chefe do Poder Executivo por meio de Decretos, nos termos do art. 84, inc. IV, da Constituição Federal. Neste trabalho, adota-se a diferenciação entre Decreto e regulamento, pois o Decreto consiste no instrumento de exercício de competências pelo chefe do Poder Executivo, sendo a competência normativa apenas parcela das funções que lhe são atribuídas. Nesse sentido, cf. GUSTAVO BINENBOJM, **Uma Teoria do Direito Administrativo**, 2008, p. 152-153. O reconhecimento da capacidade normativa da Administração Pública pela Constituição Federal decorre da leitura do art. 87, *parágrafo único*, inc. II, do art. 174, *caput*, e do art. 48, inc. V, da Constituição.

⁸⁶⁵ Sobre a polêmica em torno da categorização do regulamento como ato administrativo, cf. ODETE MEDAUAR, **Ato Administrativo: origem, concepções, abrangência**, p. 31. Para EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, “[e]l Reglamento no es ni una Ley material ni un acto administrativo general; es, sin duda, un quid aliud frente a esas dos instituciones más comunes y conocidas”. **Curso de Derecho Administrativo**, vol. II, 2008, p. 187. No Direito Administrativo brasileiro, aceitando a diferença entre ato administrativo e regulamento, cf. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, **Teoria Geral dos Procedimentos de Exercício da Cidadania Perante a Administração Pública**, 1997, p. 55.

⁸⁶⁶ Cf. CARLOS ARI SUNDFELD. **Administrar é criar?** in **Direito Administrativo para Céticos**, 2012, p. 159.

⁸⁶⁷ FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO reconhece as seguintes hipóteses de franqueamento de capacidade normativa à Administração Pública: (i) expressa determinação do constituinte ao Poder Executivo para regulamentação dos comandos legais; (ii) “*locação legal genérica*” da competência normativa em um órgão ou ente da Administração; (iii) uso de conceitos técnicos pelo legislador que predicam a regulamentação administrativa, a exemplo das normas penais em branco; (iv) a deslegificação, ou deslegalização; e (v) decorrente da capacidade normativa genericamente atribuída à Administração para estabelecer normas procedimentais internas. Cf. **Poderes da Administração Pública**, 2012, p. 228.

⁸⁶⁸ Negando que a competência normativa fique concentrada na figura do chefe do Poder Executivo, GUSTAVO BINENBOJM propõe a classificação dos regulamentos em *regulamento presidencial* e *regulamento setorial*. Enquanto o regulamento presidencial, editado pelo Presidente da República, tem maior alcance e generalidade, o regulamento setorial tem seu alcance circunscrito ao setor regulado. Assim, no caso de

Os regulamentos são em geral caracterizados pela *generalidade* e pela *abstração* de seu conteúdo normativo. Pelo traço da *generalidade*, entende-se que suas disposições alcançam uma coletividade, que pode ser determinada em gênero, mas não em quantidade⁸⁶⁹. Por sua vez, a *abstração* determina que a norma não se esgota em um caso concreto, mas visa a reger situações futuras, em número indeterminado⁸⁷⁰. Por essa razão sustentar-se que o regulamento tem *efeitos futuros*, não alcançando situações pretéritas já consolidadas, ao menos que seja benéfico ao administrado e relativo ao Direito Administrativo Sancionador⁸⁷¹. Na prática, porém, a caracterização da generalidade e da abstração em diversos casos é limítrofe⁸⁷².

Não se pode desconsiderar que casos podem existir em que o Poder Público emita uma decisão normativa bastante particularizada, especialmente voltada à resolução de problemas específicos que se apresentam no curso da dinâmica envolvendo regulador e regulados prestadores de serviços públicos. No âmbito de determinados setores regulados, em que poucos são os agentes regulados, é particularmente difícil depreender o atributo da generalidade de determinadas normas. Por outro lado, a dinâmica de mercado muitas vezes leva o regulador a prever situações futuras e, assim, editar normas que interditem uma determinada prática ainda por se desenvolver, o que coloca em xeque o atributo da abstração. São as “*normas-medidas*”, de acordo com JUAN J. LAVILLA⁸⁷³. Trata-se de atos normativos que não têm por principal utilidade disciplinar em termos abstratos uma determinada situação jurídica, visando a um futuro relativamente permanente e que possa vir a ser aplicável em relativa quantidade de casos. São normas endereçadas a problemas

antinomia entre regulamento presidencial e regulamento setorial, prevalece aquele, na visão do autor. **Uma Teoria do Direito Administrativo**, 2008, p. 155.

⁸⁶⁹ Cf. NOBERTO BOBBIO, **Teoria da Norma Jurídica**, 2005, p. 180-181.

⁸⁷⁰ *Idem*, p. 181.

⁸⁷¹ Cf. art. 65, *caput*, da Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99).

⁸⁷² A respeito do reconhecimento das normas jurídicas a partir das características da abstração e da generalidade, NOBERTO BOBBIO assim pontua: “[a doutrina da generalidade e da abstração] é *insuficiente e francamente nos leva para a direção errada, porque colocando em evidência os requisitos da generalidade e da abstração, faz crer que não haja normas jurídicas individuais e concretas*”. **Teoria da Norma Jurídica**, 2005, p. 180.

⁸⁷³ JUAN J. LAVILLA, **The Good Cause Exemption to Notice and Comment Rulemaking Requirements Under the Administrative Procedure Act**, 1989-1990, p. 340. Para o autor, as normas-medidas correspondem, inclusive, à maior parte do exercício da competência normativa pelas Agências Reguladoras norte-americanas. Exatamente por serem destinadas a resolver um determinado problema, as normas-medidas devem ser editadas prontamente ou, do contrário, problemas maiores podem decorrer da demora na edição normativa. Por essa razão, o autor reconhece que em quase totalidade dos casos as normas-medidas são editadas sem prévia realização de processo administrativo normativo, diante de uma “*finding of good cause*”. *Idem, ibidem*.

bem delimitados, facilmente evidenciadas nos setores regulados brasileiros⁸⁷⁴. A edição de normas-medidas pelas Agências Reguladoras decorre do *input* de um específico problema apresentado envolvendo regulados catalogados ou, de antemão, o regulador já conhece o alcance da norma a ser editada (a quem se dirige) e seu correspondente efeito sobre uma determinada situação (para que é editada). Em outros termos, *várias das normas regulatórias têm destino certo*.

Mesmo nesses casos, todavia, há uma *força vinculante*, que determina ser o comportamento previsto pelo imperativo administrativo obrigatório⁸⁷⁵, razão pela qual são efetivos atos normativos. Primeiramente, as normas individuais ou concretas são atos produzidos no exercício de competência normativa, o que lhe confere um regime jurídico específico de produção sumarizado no processo administrativo normativo. Tais normas não se esgotam com a aplicação concreta às partes individualizadas ou à específica situação fática que ensejou a sua produção⁸⁷⁶. Ao contrário do que se verifica com um ato individual e concreto, que se exaure no momento de sua aplicação concreta, a norma individual ou concreta permanece no ordenamento jurídico até que sobrevenha posterior ato de revogação ou seja invalidada pela Administração Pública no exercício da autotutela ou pelo Judiciário⁸⁷⁷. Além do critério do regime de produção, mais apropriado à qualificação do regulamento na atual dinâmica de governança pública na qual a Administração está imersa é verificar se estão presentes os atributos da *perenidade* e da *projeção dos efeitos para o futuro*.

Como indica JOSÉ AFONSO DA SILVA,

⁸⁷⁴ Nessa linha, a Lei 10.233/2001, que cria a ANTT e a ANTAQ, estabelece em seu art. 68, §2º, que “[o]s atos normativos das Agências somente produzirão efeitos após a publicação no Diário Oficial, e aqueles de alcance particular, após a correspondente notificação” (destaquei). A situação analisada neste trabalho, todavia, corresponde à edição de atos regulatórios que, a princípio, deveriam dispor de caráter geral e abstrato, mas que não são genéricos. Assim, excluem-se os casos que claramente são atos específicos e concretos, mas que recebem o *nomen juris* típico de um ato normativo. Como exemplo do exposto, mencionem-se as “Resoluções” editadas pela ANTT que, na prática, não dispõem de natureza normativa, como a Resolução 3967/2012, que “*indeferir o pedido de Autorização Especial do serviço Cameté (PA) – Goiânia (GO) à empresa Araguaiatour Transportes e Turismo Ltda.*”.

Como exemplo de resolução de efeitos concretos, mencione-se

⁸⁷⁵ Cf. NORBERTO BOBBIO, **Teoria da Norma Jurídica**, 2005, p. 96.

⁸⁷⁶ Cf. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, **Curso de Derecho Administrativo**, vol. II, 2008, p. 189-190. Todavia, advirta-se que os autores reconhecem a distinção entre ato administrativo e regulamento, o que não é adotado no presente trabalho.

⁸⁷⁷ Outro mecanismo de controle dos atos normativos é originário da Constituição Federal, estabelecido em seu art. 49, inc. V: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa”.

“Os atos individuais e os concretos carecem de universalidade; logo, em última instância, é esta que é o signo da normatividade, dispensando mesmo a referência do dever-ser que aponta para o futuro. Pode-se, no entanto, dizer que a universalidade com previsão de fatos futuros confere normatividade ao ato jurídico. Isso pode ser traduzido em termos até mais simples: ato normativo é o que exprime um juízo hipotético preceptivo”⁸⁷⁸.

Assim como em qualquer outra atuação administrativa, a vinculação a finalidades públicas é imprescindível. Isso significa que o ato normativo necessariamente deve ser editado para satisfazer as *finalidades públicas* genericamente consideradas ou especificamente indicadas em leis *standard*. São as finalidades públicas direcionamentos da Administração para elaboração do conteúdo da norma e, desse modo, manejo da discricionariedade relacionada ao exercício da competência normativa. Para atender às finalidades públicas, o ente administrativo dispõe, portanto, de margem de liberdade para delimitação do conteúdo jurídico. Isso significa que o conteúdo normativo do regulamento não necessariamente vai se encerrar em uma relação de comando e controle, em que a Administração preveja obrigações que devem ser atendidas pelos administrados, sob pena de aplicação das sanções previamente definidas em lei. As normas podem adquirir estruturas diversas visando à satisfação das finalidades públicas, prevendo, por exemplo, incentivos jurídicos ou serem de adesão voluntária pelos administrados⁸⁷⁹. Aliás, é usual

⁸⁷⁸ **Ato Normativo**, 2012, p. 244.

⁸⁷⁹ Na doutrina administrativista brasileira, é usual a compreensão dos regulamentos como ordens administrativas “*materialmente legislativas*”, tendo em vista a similitude de estrutura e características à lei formal, em especial a abstração e a generalidade. Todavia, é de se reconhecer que essa acepção hoje é desafiada. Por um lado, com o recente aperfeiçoamento institucional do Parlamento e do Executivo, cada qual vocacionado a um papel específico na conformação do ordenamento jurídico, as diferenças entre lei e regulamento são cada vez mais contundentes. Em termos gerais, saliente-se que, na comparação com a lei formal, o regulamento tende a possuir significativa maior carga técnica, densidade normativa, endereçamento ao caso concreto e agilidade na sua edição. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, por exemplo, defendem a inadequação da referência ao regulamento como “*lei em sentido material*”, pois “[e]l Reglamento tiene de común con la Ley el ser una norma escrita, pero difiere en todo lo demás”. **Curso de Derecho Administrativo**, vol. II, 2008, p. 182. Com os valores públicos que paulatinamente são recepcionados pela Administração Pública brasileira, como a consensualidade e a eficiência, a diferenciação entre lei e regulamento ganha particular atenção. Os regulamentos passam a ser o produto de um processo colaborativo entre autoridade pública competente e administrados interessados. Sobre a variedade de questões que o ato normativo pode ser endereçado, predicando diferentes estruturas regulatórias, cf. CASS SUNSTEIN, **As Funções das Normas Reguladoras**, 2003, p. 19-21. Segundo o autor, “[é] possível, então, relacionar a edição de normas reguladoras a uma variedade de razões, todas com o propósito de intervir no mercado, sendo que a regulação nas modernas democracias liberais tende a incluir um número relativamente pequeno de categorias. Por esta razão, normas reguladoras não deveriam ser tratadas como

que regulamentos sejam editados nos setores regulados para disporem sobre como as Agências irão implementar as políticas públicas definidas pela legislação, a exemplo do Plano Geral de Metas de Universalização no setor de telecomunicações. Em qualquer caso, é imprescindível, porém, que a escolha pelo conteúdo normativo venha acompanhada da efetiva motivação⁸⁸⁰.

A doutrina tradicionalmente reconhece cinco espécies de regulamentos administrativos: os regulamentos de execução, autônomo, independente, de necessidade e delegado. No atual cenário, diante do advento da Emenda Constitucional n.º 32/2001, existem dois tipos de regulamentos na prática do Direito Público: os atos normativos originários e os atos normativos derivados⁸⁸¹. O ato normativo originário, ou regulamento autônomo, retira seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal nas hipóteses previstas em seu art. 84, inc. VI, quais sejam: organização e funcionamento da Administração Pública que não importe em criação ou extinção de órgão, assim como aumento de despesas, e extinção de cargos ou funções públicas quando vagos. De competência exclusiva do chefe do Poder Executivo, o regulamento autônomo encontra-se abrangido pela “*reserva de regulamento*”, interditando disciplina legislativa sobre esses temas⁸⁸². Os atos normativos derivados, por sua vez, retiram seu fundamento de validade de lei formal que atribui competência normativa a determinado ente administrativo para produção regulamentar. Quando exercido pelo chefe do Poder Executivo, os atos normativos derivados se materializam como Decretos, ao passo que se exteriorizam na formalização específica que o correspondente regime jurídico institui quando editados por autoridades públicas que não o chefe do Poder Executivo, a exemplo de Resoluções, Instruções Normativas e Regimentos Internos⁸⁸³.

sendo um todo uniforme, sem diferenciações, tampouco como uma série de intervenções altamente particulares no contexto geral fixado pelo Direito”. *Idem*, p. 19.

⁸⁸⁰ Cf. item IV.3.3. deste trabalho.

⁸⁸¹ Essa é a nomenclatura adotada por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO. Cf. **Poderes da Administração Pública**, 2012, p. 227.

⁸⁸² *Idem, ibidem*.

⁸⁸³ Não há uma listagem taxativa das formalizações do exercício da competência normativa pela Administração Pública no Direito Administrativo. Ressalvado o Decreto, que por expressa determinação constitucional encontra-se disciplinado e adstrito ao chefe do Poder Executivo, os demais instrumentos recebem a formatação de acordo com as leis e normas regulamentares que informam o seu regime jurídico. Mencione-se, ainda, a figura do *Parecer Normativo*, resultante da aprovação de parecer produzido pela Advocacia-Geral da União pelo Presidente da República, que ganha efeito vinculante a todos os órgãos e entes federais após publicação, nos termos do art. 40, §1º, da Lei Complementar 73/1993. Na pesquisa empírica desenvolvida no Capítulo III, constatou-se que, efetivamente, há na prática administrativa brasileira múltiplas formalizações do regulamento. Cf. item III.2.1.2.4. deste trabalho.

Para o presente trabalho, a tipologia dos atos normativos derivados mais funcional para estudo do processo administrativo normativo corresponde àquela guiada pelo critério da abrangência de seus comandos, pela qual se reconhecem *regulamentos de organização* e *regulamentos jurídicos*⁸⁸⁴. Dirigidos ao âmbito interno da Administração Pública, os regulamentos de organização se voltam à disciplina da organização administrativa, podendo ser primários ou derivados. Já os regulamentos jurídicos em geral têm abrangência externa à Administração. São normas administrativas voltadas à disciplina de uma determinada situação fática, inclusive com incidência sobre a esfera de direito dos particulares, sendo necessariamente de caráter derivado. Enquanto os regulamentos de organização não inovam a ordem jurídica, limitando-se a viabilizar execuções materiais da Administração Pública, os regulamentos jurídicos inovam na ordem jurídica⁸⁸⁵. Não estão abrangidos no conceito de ato normativo os *atos de interpretação*.

IV.1.3.1.2. Os atos de interpretação de regulamento

Nos atos de interpretação, a Administração Pública expõe o seu entendimento com relação a alguma determinação normativa ou conceito relevante à aplicabilidade da norma⁸⁸⁶. De um modo geral, os atos de interpretação geralmente são editados para clarificar os aspectos técnicos de um determinado ato normativo – os chamados Regulamentos Técnicos – ou para colmatar conceitos jurídicos indeterminados relevantes para a aplicabilidade da norma^{887 888}. Exatamente por essa finalidade de fixação de

⁸⁸⁴ Cf. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, **Poderes da Administração Pública**, 2012, p. 228.

⁸⁸⁵ Cf. CARLOS ARI SUNDFELD. **Administrar é criar?** in **Direito Administrativo para Céticos**, 2012, p. 168. De acordo com essas características, o autor denomina os regulamentos de organização como *regulamentos executivos* e os regulamentos jurídicos de *regulamentos autorizados*. *Idem, ibidem*.

⁸⁸⁶ Cf. JAMES O'REILLY, **Administrative Rulemaking**, 2013, p. 9. Segundo o autor, “[t]hese are rules intended to interpret a statute or another rule; as such they do not create new duties, rights or obligations. They are used to advise the public of the agency’s construction of the statutes and rules which it administers”. *Idem, ibidem*.

⁸⁸⁷ A origem dos atos de interpretação no sistema norte-americano, denominados *interpretative rules*, encontra-se diretamente relacionada com o princípio da separação de Poderes e a necessidade pragmática de emissão de atos de interpretação para exercício da função pública na medida em que a execução da lei requer a sua interpretação pela autoridade pública. Cf. MANNING GILBERT WARREN III, **The Notice Requirement in Administrative Rulemaking: an analysis of legislative and interpretative rules**, 1977, p. 373-374.

⁸⁸⁸ Os atos administrativos de interpretação não estão relacionados às “*normas penais em branco*”, em que o exercício da competência normativa da Administração se faz necessária para delimitar o âmbito de incidência de uma determinada norma. Exatamente porque o conteúdo desses regulamentos é determinante

entendimento, os atos de interpretação dispõem de uma estrutura que difere dos demais atos normativos, sem se sistematizar em artigos. No âmbito da CVM, por exemplo⁸⁸⁹, citem-se os exemplos do Parecer de Orientação 37/2011, em que o conceito de representação verdadeira e apropriada adotado pela autoridade, e o Parecer de Orientação 31/99, no qual são listados particulares que se sujeitam às obrigações de manutenção e atualização de dados cadastrais de clientes para fins de combate à “lavagem de dinheiro”.

Os atos de interpretação conferem maior previsibilidade às ações administrativas e, por esta razão, também propiciam maior segurança jurídica, já que é possível depreender “*como a Administração Pública pensa*”. Desse modo, tende-se à redução de transgressões não intencionais às normas jurídicas e dos custos de transação dos negócios privados, que são diretamente impactados pelo grau de informação que se tem a respeito do exercício das competências discricionárias da Administração Pública⁸⁹⁰. Na medida em que há detalhamento técnico ou conceitual da norma a ser aplicada pelo Poder Público, tende-se ao aumento da efetividade da finalidade pública. Os atos de interpretação são importantes instrumentos para dinamizar a prática regulatória, sem os quais a ação administrativa

para a determinação da licitude, ou ilicitude, de uma conduta, necessariamente as normas administrativas endereçadas às normas penais em branco necessitam ser editadas no âmbito do processo administrativo normativo. Como exemplo, mencione-se a relação entre a Lei Antidrogas (Lei 11.343/2006) e a norma administrativa integradora, qual seja, a Portaria 344/98, que estabelece o Regulamento Técnico, da qual se extrai quais substâncias são lícitas e ilícitas.

⁸⁸⁹ O uso de atos de interpretação não se limita apenas à CVM. No âmbito da ANS, os atos de interpretação são classificados como “*súmula normativa*”, assim definida pelo art. 86, inc. III, do Regimento Interno da ANS: “*expressa interpretação da legislação de saúde suplementar, com efeito vinculante a todos órgãos de agentes públicos da ANS*”. Cf. Resolução Normativa 197/2009. Exemplo de súmula normativa expedida pela Agência Reguladora é a Súmula Normativa 22/2012, de seguinte teor: “*1- Em caráter excepcional e somente para os beneficiários dos planos regulamentados com cobertura hospitalar em que foram implantadas próteses das marcas PIP e Rofil e de acordo com as diretrizes divulgadas no sítio do Ministério da Saúde em 20 de janeiro de 2012 (em anexo) e firmadas pelo Ministério da Saúde em conjunto com a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica e Sociedade Brasileira de Mastologia, as operadoras de planos privados de assistência à saúde deverão arcar com o ônus do acompanhamento clínico, dos exames complementares e do procedimento médico de substituição, sendo obrigatória a cobertura da prótese substituta; 2- A obrigatoriedade de cobertura prevista neste Enunciado de Súmula será limitada à rede credenciada, cooperada ou referenciada, da operadora de planos privados de assistência à saúde e será garantida de acordo com a segmentação contratada pelo beneficiário; e 3- Nos planos firmados anteriormente à edição da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998 e não adaptados, caso não haja cláusula expressa de exclusão da cobertura de próteses, a operadora de planos privados de assistência à saúde também deverá oferecer a cobertura do disposto neste Enunciado de Súmula*”. Na ANTAQ, por sua vez, os atos de interpretação recebem o nome de *súmulas administrativas*, tendo até o momento do término deste trabalho sido publicadas duas súmulas administrativas. Na ANEEL, os atos de interpretação são chamados de *procedimentos técnicos*, definidos pelo art. 25, inc. XI, do seu Regimento Interno (Portaria MME 349/97) como aqueles “[e]struturados na forma de módulos, contendo instruções detalhadas sobre conteúdo das resoluções normativas que os aprovam”. Com a edição do novo Regimento Interno da ANATEL, a súmula recebeu disciplina nos seguintes termos: “[e]xpressa decisão quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e fixa entendimento sobre matérias de competência da Agência, com efeito vinculativo” (art. 40, inc. II, Resolução 612/2013).

⁸⁹⁰ Cf. MICHAEL ASIMOW e RONALD LEVIN, **State and Federal Administrative Law**, 2009, p. 319.

torna-se menos precisa e o particular, por decorrência, menos ciente sobre o comportamento esperado pela Administração Pública.

Apesar da controvérsia em torno da questão, neste trabalho nega-se a configuração dos atos de interpretação como atos normativos. Trata-se de *atos declaratórios*.

Como indica VITOR RHEIN SCHIRATO, o ato declaratório corresponde àquele exarado pela Administração Pública cujo objeto seja uma declaração sobre determinada situação jurídica⁸⁹¹. No Direito Administrativo brasileiro, a noção de ato administrativo declaratório tem sido largamente utilizada em referência à preexistência de uma situação de fato ou de direito⁸⁹². No entanto, o conceito cabe perfeitamente aos casos de interpretação pela Administração de seus próprios atos normativos, esclarecendo o conceito que incide sobre uma específica situação jurídica por meio de declarações públicas. É o que se depreende do conceito amplo de ato administrativo declaratório apresentado por VITOR RHEIN SCHIRATO. A determinação do ato de interpretação como um ato declaratório afasta a incidência do regime jurídico que rege os processos administrativos normativos da Administração Pública, inclusive do dever de realizar fase de comentários nas situações em que o Poder Público se autovincule para tanto. Este é apenas um ato em que a Administração expõe como interpreta conceitos jurídicos indeterminados e conceitos técnicos, fundamentalmente.

Os atos de interpretação se diferenciam dos atos normativos ao menos em três aspectos. Primeiramente, as competências manejadas pelo Poder Público para produção desses atos são distintas. Enquanto os atos normativos são fruto do exercício da *competência normativa*, os atos de interpretação resultam de uma *atividade interpretativa* do Poder Público, que se formaliza em um ato declaratório. Como reflexo das diferentes competências envolvidas, os tipos de processo administrativo também se distinguem: atos normativos e atos interpretativos são editados, respectivamente, no âmbito do processo normativo e do processo declaratório. Em segundo lugar, a força vinculante que permeia ambos os atos administrativos não decorre de uma mesma matriz. Nos atos normativos, a força vinculante é *originária*, decorrendo imediatamente da sua natureza normativa. No caso dos atos de interpretação, a força vinculante é *derivada*, pois decorre da circunstância

⁸⁹¹ **Legitimidade Processual e Tipos de Processo Administrativo**, 2010, p. 3.

⁸⁹² Cf. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, 2013, p. 429.

de subsunção do ato normativo. Dessa forma, se o ato normativo for objeto de revogação ou invalidação, automaticamente o ato de interpretação exaure-se. Por fim, o ato normativo deve ser obrigatoriamente editado pelo Poder Público para viabilizar a satisfação de finalidades públicas e o exercício de direitos pelos particulares (*dever regulamentar*). No caso do ato de interpretação, porém, tal obrigação não se coloca, cabendo à Administração avaliar a *oportunidade e conveniência* de editar atos de interpretação conforme o contexto no qual o conceito normativo a ser interpretado se insere⁸⁹³.

Antes de tudo, os atos de interpretação correspondem à *atividade hermenêutica da Administração Pública*. Quando editado, o ato de interpretação passa a autovincular a Administração Pública, cujas ações encontram-se condicionadas à exegese explicitada, como se depreende do art. 2º, *parágrafo único*, inc. XIII da Lei Federal de Processo Administrativo, de seguinte redação:

“Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

Do contrário, se o Poder Público pudesse simplesmente afastar a seu próprio conteúdo um ato de interpretação, estar-se-ia diante de uma arbitrariedade pública. Isso significa que a autovinculação administrativa adquire um sentido muito mais amplo que a vinculação da Administração aos atos normativos por ela editados, abrangendo também atos de interpretação e precedentes normativos. Assim, de acordo com a reciprocidade de formas, um ato de interpretação apenas pode ser extinto por outro ato de interpretação superveniente que explicitamente o revogue ou disponha em sentido contrário. Nos

⁸⁹³ ERIC POSNER posiciona-se, porém, favoravelmente ao dever de editar atos de interpretação, os quais são excepcionados da realização de prévio *rulemaking*: “[e]very governmental agency that enforces a less than crystalline statute must interpret the statute, and it does the public a favor if it announces the interpretation in advance of enforcement, whether the announcement takes the form of a rule or of a policy statement, which the Administrative Procedure Act assimilates to an interpretative rule”. Cf. HOCTOR v. UNITED STATES DEPARTMENT OF AGRICULTURE, 82 F.ed 165 (7th Circ. 1996).

mesmos termos a extinção pode ser proveniente de ato normativo exarado pela autoridade competente.

Um risco que se coloca à efetividade dos processos administrativos normativos consiste na utilização oportunista dos atos de interpretação. Ocorre que, na comparação, os processos declaratórios da Administração Pública são marcadamente mais simples que os processos normativos, que podem se sujeitar, por exemplo, à realização de fase de consulta e de avaliação de impacto regulatório. Com a ossificação do processo administrativo normativo nos Estados Unidos, por meio de crescentes exigências de avaliação e sucessivas decisões judiciais estabelecendo a adoção dos atos típicos de um *formal rulemaking* ao processo de *notice-and-comment*, o que se evidenciou foi a utilização em massa dos atos de interpretação (*interpretative rules*) como válvula de escape à realização do *rulemaking*⁸⁹⁴. Até o presente momento, essa não é uma questão colocada no Brasil diante do fato de que poucas são as autoridades regulatórias que fazem uso dos atos de interpretação e, diante da cultura de edição de atos normativos sem prévio processo administrativo, não há maior utilidade prática a distinção entre ato normativo e ato de interpretação. No entanto, a crescente valorização do processo administrativo normativo associada à tendência de se exigir análises e fases de comentário trará a questão à tona.

Assim, a edição de atos normativos deve se limitar à exposição do entendimento que a Administração Pública adotará a respeito de um determinado conceito. É fundamental que se faça expressa menção à norma que se pretende interpretar, considerando o exato preceito ou conceito jurídico. Sem deixar de apontar para a tênue limitação, cumpre observar que os atos de interpretação não podem estabelecer direitos e obrigações, tais quais os atos normativos, nem condicioná-los. Partindo da premissa de que o ato normativo inova na ordem jurídica, é imprescindível o desenvolvimento de prévio processo administrativo normativo, preferencialmente com participação administrativa, para especificação de direitos e obrigações. Nessa linha, o conteúdo do ato de interpretação não pode modificar situação jurídica do particular, de modo que o detalhamento de um processo ou conceito técnico, por exemplo, termine por inviabilizar o exercício de direitos ou sujeite o particular à aplicação de sanções⁸⁹⁵.

⁸⁹⁴ Cf. item III.2.2.1. deste trabalho.

⁸⁹⁵ Este foi o tema discutido no caso *HOCTOR v. UNITED STATES DEPARTMENT OF AGRICULTURE*, 82 F.ed 165 (7th Circ. 1996). Na ocasião o Departamento de Agricultura dos Estados Unidos editou ato

Em resumo, é defesa a edição de ato de interpretação nas seguintes hipóteses: (i) para criação ou condicionamento de direitos e obrigações; (ii) para modificação da situação jurídica do particular; (iii) quando não for feita expressa referência à norma e seu correspondente conceito que será interpretado; (iv) se o ato de interpretação fizer expressa menção de que fora editado no exercício de competência normativa; e (v) for incompatível com ato normativo preexistente. Nesses casos, deve-se reconhecer a natureza normativa do ato e submetê-lo, como proposta normativa, à realização de processo administrativo normativo.

O ato de interpretação pode ser editado de ofício pela Administração Pública ou mediante provocação do particular qualificado como interessado, como próprio da dinâmica procedimental dos processos adjudicatórios. A Lei Federal de Processo Administrativo legitima o exercício do direito de petição neste caso em seu art. 4º, inc. IV, que determina o dever de a Administração “*prestar as informações que lhe forem solicitadas*”⁸⁹⁶. Nessa linha, o art. 2º, *parágrafo único*, inc. IX, da Lei em comento determina como uma das diretrizes de atuação administrativa a “*adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados*”. O ato de interpretação corresponde a um dos instrumentos de simplificação da atividade administrativa normativa, destinada a propiciar ao particular interessado a margem de previsibilidade normativa para desenvolvimento de suas atividades. Assim, diferentemente dos demais atos declaratórios, o ato de interpretação deve ser publicado e aplicado isonomicamente em situações futuras que sejam disciplinas

normativo (denominado *Structural Strenght*), após devido *rulemaking*, para disciplinar a manipulação, o cuidado, o tratamento e o transporte de animais por comerciantes, determinando que as instalações de alojamento dos animais devem ser construídas com tal material e resistência que sejam apropriados aos animais guardados. Na sequência, o Departamento de Agricultura circulou memorando interno para os fiscais, estabelecendo que todos os animais perigosos devem estar guardados por uma cerca de perímetro de pelo menos 8 metros de altura. HOCTOR, por sua vez, guardava seus “*felinos exóticos*” em uma área compreendida por cerca de perímetro de 6 metros de altura e gastaria milhares de dólares para substituir a cerca de acordo com as especificações. O Judge ERIC POSNER entendeu que, no caso, a norma interpretativa fora longe demais na medida em que a regulação apenas exige que o alojamento dos animais seja suficientemente forte e bem mantido para evitar que os mesmos escapem. Ainda segundo o Judge ERIC POSNER: “(...) *when a statute does not impose a duty on the persons subject to it but instead authorizes (or enquires – it make no difference) an agency to impose a duty, the formulation of that duty becomes a legislative task entrusted to the agency. Provided that a rule promulgated pursuant to such delegation is intended to bind, and not merely to be a tentative statement of the agency’s view*”.

⁸⁹⁶ Esta é a íntegra do art. 4º, inc. IV, da Lei 9.784/99: “[s]ão deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo: (...) IV – *prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos*”.

pelo ato normativo alvo de interpretação⁸⁹⁷. O dever de publicação decorre da característica de o ato de interpretação (acessório) acompanhar o regulamento (principal).

IV.1.3.2. O processo administrativo normativo

O exercício da competência normativa não é livre de qualquer condicionamento jurídico e abstratamente desimpedido⁸⁹⁸. Como salienta CARLOS ARI SUNDFELD, ao menos os seguintes condicionamentos são evidenciados na atividade normativa da Administração Pública: (i) *normas substantivas*, que direcionam o conteúdo dos regulamentos; (ii) *normas de organização*, que determinam a criação de ente administrativo para exercício de competência normativa; e (iii) *normas processuais*, que disciplinam o modo de produção dessas normas, com exigência de participação administrativa ou estudos prévios de impacto⁸⁹⁹. A tese aqui sustentada é pela existência de um amplo condicionamento da atividade normativa da Administração Pública de natureza adjetiva: o *dever de processualizar a edição de regulamentos jurídicos*. Além das normas processuais recolhidas de leis especiais, a que alude CARLOS ARI SUNDFELD, a processualização da atividade administrativa determina a submissão da competência normativa ao processo administrativo, ou seja, à realização de *processo administrativo normativo*.

Para os fins deste trabalho, entende-se *processo administrativo normativo* como o processo conduzido pela Administração Pública no exercício de competência normativa para, primariamente, produção de regulamentos. Este é um conceito útil à análise proposta nesta pesquisa e que se coaduna com o reconhecimento doutrinário do instituto⁹⁰⁰, além de

⁸⁹⁷ É o que se depreende da aplicação do princípio da igualdade no processo administrativo. Cf. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, **Princípios do Processo Administrativo**, 2004, p. 3506-3507.

⁸⁹⁸ Para FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, “[s]omente poderemos vencer nosso legado de Estado patrimonialista e autoritário se conseguirmos disciplinar a ação estatal, sujeitando-a à processualidade”. **Ensaio sobre o Processo como Disciplina do Exercício da Atividade Estatal**, 2007, p. 270.

⁸⁹⁹ CARLOS ARI SUNDFELD. **Administrar é criar?** in **Direito Administrativo para Céticos**, 2012, p. 147-148.

⁹⁰⁰ CARLOS ARI SUNDFELD compreende os processos administrativos normativos como aqueles vocacionados “para edição de normas regulamentares pela administração, muito especialmente em matéria regulatória (processos que algumas normas legais ou regulamentares chamam de consulta pública ou audiência pública)”. **Processo Administrativo: um debate sobre o problema de sua conceituação e classificação**, 2012, p. 209.

traduzir a dinâmica da atuação normativa da Administração Pública que se evidencia especialmente na prática regulatória.

Antes de qualquer apontamento mais incisivo, é imprescindível salientar a natureza processual administrativa do processo normativo da Administração Pública. Como tal, são aplicáveis subsidiariamente as leis gerais de processo administrativo, de onde se depreende o dever de realizar processo para exercício da competência normativa. No caso da Lei Paulista de Processo Administrativo, há expressa previsão legal de que os atos emanados do Poder Público paulista serão precedidos de processo administrativo em seu art. 21, nos seguintes termos: “[o]s atos da Administração serão precedidos do procedimento adequado à sua validade e à proteção dos direitos e interesses particulares”⁹⁰¹. Sendo o regulamento um tipo de ato administrativo – um ato normativo, mais especificamente –, é evidente a necessidade de prévia realização de processo administrativo normativo para que a Administração paulista possa editar validamente seus regulamentos.

No caso da Lei Federal de Processo Administrativo, inexistente preceito análogo à Lei Paulista. O reconhecimento de dever geral de realização de processo administrativo, que alcança a atividade normativa da Administração Pública, decorre da leitura do art. 1º, §1º, daquela Lei: “[o]s preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de **função administrativa**”⁹⁰² (destaquei). Depreende-se que o critério adotado pela Lei Federal de Processo Administrativo para determinar sua incidência corresponde ao exercício de *função administrativa*: qualquer órgão ou ente estatal que exerça função administrativa na União deve obediência aos preceitos da Lei 9.784/99. Não há referência ao Poder Executivo na Lei Federal de Processo Administrativo porque o respeito aos preceitos legais é pressuposto, já que a função típica do Executivo é a função administrativa. Sendo a atividade normativa da Administração Pública uma manifestação da função administrativa, a Lei Federal de Processo Administrativo exige a realização de processo administrativo normativo para edição de regulamentos.

A função do processo administrativo normativo varia, porém, de acordo com o tipo de regulamento emitido pelo Poder Público.

⁹⁰¹ Art. 21, Lei 10.177/1998.

⁹⁰² Art. 1º, §1º, Lei 9.784/1999.

Como analisado no item anterior, os regulamentos podem ser de dois tipos fundamentais: os regulamentos de organização, originários ou derivados, e os regulamentos jurídicos. No caso dos regulamentos de organização, o processo administrativo normativo se volta fundamentalmente a conferir maior racionalidade na organização da repartição pública, servindo de espaço para reflexão e análise qualificada sobre o modo mais eficiente de estruturá-la. Se houver alguma política de gestão administrativa editada pelo Governo, o processo administrativo normativo torna-se a arena ideal para sopesar as diversas alternativas de organização administrativa no curso da instrução procedimental à luz da política central. Outra importante utilidade do *processo administrativo normativo de organização* corresponde à formalização das decisões burocráticas internas, cuja publicidade viabiliza o controle externo e social da tomada de decisão. Na ponta, o processo administrativo normativo se constituirá em arquivo de relevância para informação geral do cidadão interessado, a quem se franqueia acesso a documentos e dados reunidos na instrução, e mesmo à Administração por ajudar na formação da memória institucional do órgão ou ente público. Há dever de realizar processo administrativo normativo para emissão de regulamentos de organização. Todavia, isso não significa que todos os processos administrativos normativos de organização são necessariamente uniformes, podendo ser mais simples ou complexos a depender do sujeito produtor do ato ou do conteúdo da norma de organização administrativa.

Frente à tipologia do processo administrativo normativo de organização, o *processo administrativo normativo para edição de regulamentos jurídicos* adquire funcionalidade notadamente diversa. Além de garantirem a racionalização da tomada de decisão administrativa e o controle, este tipo de processo normativo tem por grande utilidade promover o diálogo entre a Administração e os particulares exatamente porque o seu resultado final – o regulamento jurídico – tem efeitos externos. É na instrução do processo normativo para emissão de regulamentos jurídicos que se manifestam os instrumentos de participação administrativa, como a audiência pública e a consulta pública. Todavia, a princípio, a participação administrativa não é obrigatória⁹⁰³, pois as leis gerais de processo

⁹⁰³ Ocorre que a participação administrativa pode se tornar obrigatória caso haja alguma norma editada pelo órgão ou ente administrativo determinando o dever de abertura de fase de comentários no processo administrativo normativo, em claro exemplo de autovinculação administrativo. É o que se verifica, por exemplo, no setor de telecomunicações. Por outro lado, tem-se evidenciado a edição de leis formais que expressamente determinam a realização de audiências ou consultas públicas, bem como, de modo genérico, a

administrativo conferem apenas uma faculdade para a adoção desses instrumentos participativos. Muito embora a Constituição faça alusão ao cabimento do contraditório no processo administrativo em seu art. 5º, inc. LV⁹⁰⁴, não se pode depreender uma eventual exigência constitucional de participação administrativa, mesmo porque, se assim fosse, as leis gerais de processo administrativo não a relacionariam como discricionária.

Ainda que não se evidencie a participação administrativa, o contraditório é garantido no processo normativo, mas por outros meios. Ocorre que, como esclarece ODETE MEDAUAR, a “*ouvida dos sujeitos*” é apenas um dos desdobramentos do contraditório⁹⁰⁵. O Direito Administrativo admite outras expressões do contraditório na atividade processual da Administração Pública, como a “*informação geral*” e a “*motivação*”; ambas essas facetas do contraditório de manifestam nos processos administrativos normativos. Pela informação geral, nasce para o interessado o direito de ter amplo acesso ao processo administrativo normativo e se manifestar sobre os documentos que o instruem⁹⁰⁶, valendo-se do direito de petição para tanto. Ainda que a decisão tomada pela Administração não seja precedida de participação administrativa, o particular interessado pode endereçar pedido de reconsideração à autoridade competente que exerceu a competência normativa, pedido este que apenas pode ser formulado mediante análise da motivação⁹⁰⁷. Desse modo, o contraditório no processo administrativo manifesta-se,

participação administrativa. Nessa linha, mencione-se o exemplo da Lei de Política Nacional de Segurança de Barragens (Lei 12.334/2010), cujo art. 4º estabelece dentre os fundamentos desta política o dever de informação e estímulo da população para participar, direta ou indiretamente, das ações preventivas e emergenciais (inc. II), assim como o dever de promoção de mecanismos de participação e controle social (inc. IV). Desse modo, a proposta de “*Regulamentação do Plano de Ação de Emergência*” foi objeto da Audiência Pública 001/2013 (no formato de consulta pública eletrônica, porém), que recebeu ao todo 102 contribuições.

⁹⁰⁴ Eis o inteiro teor do art. 5º, inc. LV: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*” (destaquei).

⁹⁰⁵ Cf. **Direito Administrativo Moderno**, 2008, p. 167.

⁹⁰⁶ Como esclarece ODETE MEDAUAR, a “*(...) informação geral significa o direito, atribuídos aos sujeitos e à própria Administração, de obter conhecimento adequado dos fatos que estão na base da formação do processo, e de todos os demais fatos, dados, documentos e provas que vierem à luz no curso do processo. Daí resultam as exigências impostas à Administração no tocante à comunicação aos sujeitos de elementos do processo em todos os seus momentos*”. **Processualidade no Direito Administrativo**, 1993, p. 104. Em razão da impossibilidade de trabalhar com a devida profundidade o tema, remeto o leitor ao item IV.3.2.1. deste trabalho, relativo à instrução do processo administrativo normativo.

⁹⁰⁷ “*A oportunidade de reagir ante a informação seria vã, se não existisse fórmula de verificar se a autoridade administrativa efetivamente tomou ciência e sopesou as manifestações dos sujeitos. A este fim responde a regra da motivação dos atos administrativos. Pela motivação se percebe como e quanto determinado fato, documento ou alegação influiu sobre a decisão final*”. *Idem*, p. 107. Em razão da impossibilidade de trabalhar com a devida profundidade o tema, remeto o leitor ao item IV.3.3. deste trabalho, relativo à decisão no processo administrativo normativo.

sempre, na informação geral e na motivação. Nos casos em que se verificar fase de participação administrativa, o contraditório também se manifestará no processo administrativo normativo por meio da participação administrativa.

Disso resulta que o processo administrativo normativo no Brasil não é reconhecido pela participação administrativa, a qual se encontra na esfera de discricionariedade administrativa se norma não determinar a obrigatoriedade de sua realização. O principal elemento de caracterização do processo administrativo normativo corresponde ao manejo da competência normativa pela Administração Pública. Muito embora o processo administrativo normativo apresente as três fases fundamentais do processo administrativo – introdutória, preparatória e final –, a dinâmica procedimental varia significativamente no âmbito da Administração Pública. Ocorre que as leis gerais de processo administrativo, de aplicação subsidiária, dispõem de preceitos estruturantes do processo administrativo, deixando ampla margem de liberdade para que o legislador e o administrador construam o regime jurídico dos respectivos processos administrativos normativos. Assim, são as leis formais e os regulamentos que modelam as diversas configurações que o processo administrativo normativo pode assumir: com ou sem participação administrativa obrigatória, com ou sem prazos interlocutórios, com ou sem dever de realização de análise de impacto regulatório e assim sucessivamente⁹⁰⁸. Em resumo, os seguintes diplomas normativos formam o regime jurídico do processo administrativo normativo: Constituição Federal, leis formais, regulamentos autovinculantes da Administração Pública e súmulas de efeito vinculante editadas pelo Supremo Tribunal Federal.

IV.2. O processo administrativo normativo no contexto da governança pública

O processo administrativo normativo, cuja definição e estruturação básica foram apresentadas no item anterior, pode ser trabalhado por diferentes ângulos de análise.

Uma primeira aproximação que se pode cogitar corresponde aos processos normativos conduzidos por uma Administração imperativa e unilateral. Com fases bem

⁹⁰⁸ Sobre a diversidade de modelos de processos administrativos normativos, cf. item III.2.1.2. deste trabalho.

definidas em um procedimento uniforme, conduzido “*de cima para baixo*” (“*top-down regulation*”), os processos normativos conduzidos nessa linha têm a única finalidade de elaborar normas gerais, abstratas e com vocação para a permanência. Esses atos normativos, por sua vez, estabeleceriam uma relação de *comando e controle* (“*command-control*”), com preceitos de observação obrigatória pelos seus destinatários, sob pena de aplicação de sanção administrativa. Quando houvesse participação administrativa, esta se apresentaria apenas tardiamente, ao final do processo normativo, limitando-se a possibilidade de o particular influenciar no desenho normativo final. Essa é a descrição do processo administrativo de *segunda geração* apresentada por JAVIER BARNES, que segue a imagem do processo legislativo e se desenvolveu na teoria do Direito Administrativo fundamentalmente a partir da segunda metade do século XX⁹⁰⁹.

Mas o processo administrativo normativo pode ser compreendido a partir de uma outra óptica de análise, mais permeável e colaborativa. Trata-se da óptica da *governança pública*, que será a perspectiva de análise da dinâmica do processo administrativo normativo no presente trabalho⁹¹⁰. O principal objetivo deste item é indicar os valores

⁹⁰⁹ Cf. **Algunas Respuestas del Derecho Administrativo Contemporáneo ante las Nuevas Formas de Regulación: fuentes, alianzas con el Derecho Privado, procedimientos de tercera generación**, 2012, p. 352-354. Do mesmo autor, cf., ainda, **La Transformación del Procedimiento Administrativo**, 2000, p. 66-67, e **Transforming Administrative Procedure. Towards a thrid generation of administrative procedures**, 2009, *passim*.

⁹¹⁰ Outras aproximações para o estudo do processo administrativo normativo poderiam ser estabelecidas, especialmente o Direito Reflexivo, pela sua relevância teórica e pelo foco procedimental. A racionalidade regulatória emergiu com a crise do Estado de bem-estar social, sustentando-se na ideia de que cooperação social, inclusive na elaboração normativa. Assim, a função externa do Direito Reflexivo seria estruturar sistemas sociais semiautônomos por meio do desenho dos procedimentos de deliberação descentralizada e integrativa, assim como o modo de interação desses sistemas uns com os outros. Na estrutura jurídica, o Direito Reflexivo seria fundamentalmente orientado ao procedimento, acatando-se a legitimação pelo processo. Cf. GUNTHER TEUBNER, **Substantive and Reflexive Elements in Modern Law**, 1982-1983, p. 254-257. No Direito brasileiro, cf. JOSÉ EDUARDO FARIA, **O Direito na Economia Globalizada**, 2004, p. 183-199. A análise aqui proposta em muito é convergente com a literatura de Direito Reflexivo. Assim como se verifica nessa corrente de entendimento, o presente estudo reconhece o desenvolvimento da atividade normativa em sistemas autopoieticos – autoreferenciais e autogeradores em um ambiente com meios peculiares de comunicação –, o que determina a especialização normativa de setor para setor, por exemplo, assim como o afastamento de soluções jurídicas uniformes. Cf. GUNTER TEUBNER, **Autopoiesis in Law and Society: a rejoinder to blankenburg**, 1984, *passim*. Dentre outras, também há convergência quanto ao reconhecimento do *pluralismo jurídico* como uma das principais características do Direito, muito embora não sejam aqui exploradas as normas provenientes de instituições não juridicamente legitimadas com poder normativo e as normas globais. Todavia, prefere-se abordar o processo administrativo normativo pela perspectiva da governança pública primeiramente porque esta é uma linha teórica que surge com um estágio mais amadurecido da discussão procedimental desenvolvida não apenas no Direito Reflexivo, mas também em outras escolas que levaram ORLY LOBEL a caracterizá-las como *Renew Deal School*, pois convergentes quanto à redução do formalismo jurídico, o cooperativismo e a atenção ao processo de elaboração da regulação. Cf. **The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought**, 2004-2005, p. 345. A governança pública resultaria do avanço dos debates travados em diversas arenas, inclusive o Direito Reflexivo. Some-se a isso o fato de a

públicos compreendidos na noção de governança que delimitam a dinâmica do processo administrativo normativo, orientando a elaboração dos atos interlocutórios e o desenho da decisão administrativa final.

IV.2.1. A governança pública e seus valores de orientação

Uma das principais linhas de debate do Direito Administrativo se refere ao modo de exercício da autoridade. No final da década de 1980, por exemplo, discutiu-se um novo modo de administrar a máquina pública galgado no parâmetro privado, em que o contrato seria o elemento de articulação de uma dinâmica estatal pautada pelas parcerias público-privadas (em sentido amplo), pela ênfase nos resultados e pelos valores da economia, eficácia e eficiência⁹¹¹. Os artigos teóricos que informavam essa linha de gestão pública construíram a “*new public management*”, movimento de ideias voltado à modernização da Administração Pública e à introdução de modelos de gestão pública eficiente⁹¹². No Brasil, esta literatura lastreou a Reforma do Estado ocorrida na década de 1990, traduzindo-se como *administração gerencial*⁹¹³.

governança pública ser uma linha teórica elaborada visando ao exercício da autoridade, com especial atenção ao poder normativo, pela Administração Pública, o que tem gerado ampla adoção dessa corrente de pensamento no âmbito do Direito Administrativo. Dentre outros, cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, **Ensaio sobre a Boa Governança da Administração Pública a partir do Mote da *New Public Governance***, 2013, *passim*, e GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA, **Governança Pública e Parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública**, 2008, *passim*. Contudo, o principal fator que determina a preferência pela governança pública decorre da linha adotada por GUNTHER TEUBNER, principal teórico do Direito Reflexivo, de apartação entre direito procedimental e direito substantivo, uma vez que aquele seria, sobretudo, uma técnica, sem se direcionar ao alcance de fins substantivos ou valores públicos. Sobre a crítica, cf. JULIA BLACK, **Procedimentalizando a Regulação: Parte I**, 2006, p. 151. Como será analisado nos próximos itens, o processo administrativo (normativo) desenvolve importante papel na afirmação de valores públicos, a exemplo da confiança legítima na fase de participação administrativa, orientação essa que se alinha à governança pública. Não se desconsidera, porém, a importância teórica do Direito Reflexivo nem sua utilidade para o estudo do processo administrativo normativo.

⁹¹¹ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, **Ensaio sobre a Boa Governança da Administração Pública a partir do Mote da “New Public Governance”**, 2013, p. 19-21.

⁹¹² *Idem*, p. 19.

⁹¹³ É o que se depreende da leitura do **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**, documento que fundamentou a Reforma Administrativa conduzida no Brasil na década de 1990. Cf. item II.3.2.3. deste trabalho.

Embora não se confunda com a *new public management*, a *governança pública*⁹¹⁴ decorre da reflexão sobre o modo que se vale a Administração Pública para cumprimento de suas competências e satisfação de finalidades públicas. Não se pode, todavia, limitar o debate da governança ao âmbito do Direito Administrativo; antes, esta é uma pauta de discussão que primeiramente se aperfeiçoou “à margem do direito” para apenas posteriormente ser “juridicizado”, como narra JACQUES CHEVALLIER⁹¹⁵. No âmbito do Direito Administrativo, a governança está intimamente relacionada a duas frentes da atuação administrativa, quais sejam: *eficiência da máquina pública e colaboração público-privada*. Destaca-se no estudo da governança pública no Direito Administrativo, portanto, o instituto do *processo administrativo*.

A governança pública se afirma como alternativa de gestão pública quando a eficácia da ação administrativa se torna uma ordem de preocupação. Tanto os países filiados ao *civil law* quanto naqueles alinhados ao *common law*, o contexto de desenvolvimento das ideias relacionadas à governança pública decorre da constatação de ineficiências na ação administrativa. No debate francês, por exemplo, a *crise de governabilidade* enseja a reflexão sobre a governança pública⁹¹⁶, ao passo que no sistema norte-americano é a *ossificação* a pauta de debate que sugere a governança pública como alternativa aos problemas de custo, rigidez, demora e fraca legitimidade da atividade

⁹¹⁴ Será empregada na tese a tradução da expressão *public governance*, qual seja, *governança pública*. PEDRO COSTA GONÇALVES, para quem o termo se traduz como *governança administrativa*, indica ainda outras sinonímias para a *public governance* extraída da literatura de direito comparado; em alusão a algo novo e reformador da Administração Pública, empregam-se as expressões *new governance* ou *new public governance*. **Ensaio sobre a Boa Governança da Administração Pública a partir do Mote da “New Public Governance”**, 2013, p. 8.

⁹¹⁵ **A Governança e o Direito**, 2005, p. 5 e ss. Segundo o autor, em sentido amplo a governança se caracteriza como uma *abordagem pluralista e interativa da ação coletiva*. Assim, “[t]rata-se de obter, pela virtude da troca, compromissos aceitáveis, levando em consideração a complexidade dos problemas e a existência de poderes múltiplos”. *Idem*, p. 2. Desse modo, a governança se difundiu, primeiramente, em todos os níveis de ação coletiva “à margem dos procedimentos jurídicos clássicos”, em âmbito global e interno. ALFRED C. AMAN JR. considera que o desenvolvimento da governança pública lastreado na cooperação público-privado tem direta relação com o movimento de globalização. No âmbito internacional, as relações jurídicas se estabelecem hoje de modo não imperativo e buscam ao máximo a cooperação entre as nações. Propõe o autor, portanto, que o processo de globalização encoraja modos de governança na Administração Pública de cada Nação, que pode ser apresentada por meio de delegações, fomento ao setor privado, parcerias público-privadas e adoção de fórmulas consensuais em detrimento daquelas galgadas no binômio comando-controle. Com realização ao processo administrativo, defende o autor a “*privatização do APA*”, ou seja, a extensão de vertentes do processo administrativo para o setor privado de modo a conferir maior transparência e *accountability* das práticas de negócio. Em resumo, o autor defende a tese de que os mecanismos informais adotados no Direito Internacional podem ser tomados por analogia pelo Direito Administrativo interno. Cf. **The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law: from government to governance**, 2000-2001, p. 379-400.

⁹¹⁶ *Idem, ibidem*.

regulatória⁹¹⁷. Especificamente com relação ao panorama norte-americano, a constatação dos doutrinadores que consideram a regulação normativa como um sistema ossificado é que o *rulemaking* se tornou *insuportavelmente pesado*. Por isso a busca por soluções lastreadas na cooperação com os particulares seria preferida à tradicional técnica de decisão imperativa e unilateral. Desse cenário emerge a *consensualidade* no âmbito da Administração Pública, pela qual a atuação administrativa se voltaria à celebração de acordos com os destinatários da decisão administrativa. Métodos alternativos de solução de conflitos, como a mediação e a arbitragem, acordos substitutivos e processos consensuais, a exemplo do *regulatory negotiation*⁹¹⁸, seriam, portanto, técnicas de governança pública à disposição do Poder Público.

Tendo em vista o binômio eficiência – cooperação (ou consensualidade em sentido amplo), doutrinadores buscam relacionar *valores de orientação* para o funcionamento dos sistemas de direito administrativo delimitados pela governança pública. Para satisfação desses valores de orientação – que não se confundem com as finalidades públicas, que se mantêm como objetivos últimos da atuação administrativa –, instrumentos jurídicos preexistentes são aperfeiçoados assim como procedimentos em uso pela Administração são revistos. Por isso PEDRO COSTA GONÇALVES afirma que a governança pública deve ser lida, “[n]ão exatamente como ideia associada a uma nova fase da Administração Pública, mas sim a uma nova compreensão desta”⁹¹⁹. Assim, a governança pública corresponde a uma metódica de funcionamento eficiente e permeável da máquina administrativa a partir de determinados valores de orientação.

⁹¹⁷ Sobre a ossificação, cf. item III.2.2.1. deste trabalho. Em sua análise, JODY FREEMAN indica que a busca pelo aperfeiçoamento da atividade regulatória, propiciando maior eficiência processual e qualidade da regulação, tem levado os *scholars* a propugnarem soluções diversas (análise de custo-benefício e avaliação de risco, notadamente), mas sem um encadeamento com as finalidades de interesse público que devem ser perseguidas pelo Estado. Assim, a autora propõe a adoção da *governança colaborativa* para endereçar a reforma regulatória no Direito Público norte-americano: “[c]ollaborative governance seeks to respond to the litany of criticisms about the quality, implementability, and legitimacy of the rule making by reorienting the regulatory enterprise around joint problem solving and away from controlling discretion”. Cf. **Collaborative Governance in the Administrative State**, 1997-1998, p. 22.

⁹¹⁸ Cf. item III.2.3.3. deste trabalho. É o que propõe PHILIP HARTER no artigo considerado precursor da prática do *reg-neg* e que coloca em evidência a ossificação da regulação norte-americana, que determinaria a apresentação de soluções jurídicas hábeis a contornar esse cenário de disfuncionalidade do exercício de competências regulatórias. Dentre as possíveis soluções cogitadas, o autor propõe o aperfeiçoamento da dinâmica do *rulemaking* de modo a ser, também, um instrumento de promoção da consensualidade.

⁹¹⁹ *Idem*, p. 8.

A listagem desses valores públicos varia de autor para autor, tendo em vista sua orientação teórica e ordem de preocupações ensejada pelo contexto ao qual a governança pública se apresenta como alternativa de atuação administrativa. Toma-se a linha do *Renew Deal School*, proposta por ORLY LOBEL e que congrega as diversas correntes de pensamento legal sobre flexibilização da ação administrativa e concertação⁹²⁰, para apresentar os valores de orientação da governança pública mais recorrentes nos textos acadêmicos analisados⁹²¹. Na síntese do autor:

*“Eu argumento que um paradigma emergente – a governança – tem o potencial de relacionar recentes desenvolvimentos na economia política com os avanços nas teorias do direito e da democracia. O artigo descreve os princípios organizadores de um novo modelo de política, consistente no aumento da participação de atores privados, colaboração público-privada, diversidade e competição, descentralização e subsidiariedade, integração de domínios políticos, flexibilidade e concertação ('soft-law'), adaptabilidade e aprendizagem, e, finalmente, orquestração jurídica”*⁹²².

Nessa linha, JODY FREEMAN indica que a governança colaborativa é caracterizada pelos seguintes atributos: (i) *problem-solving orientation*; (ii) participação dos interessados em todas as fases do processo administrativo normativo; (iii) decisões provisionais, que permitem compreender os regulamentos editados como temporários e sujeitos de revisões periódicas; (iv) controle que transcende os papéis desenvolvidos pelos agentes públicos e privados, como o *disclosure* e certificações; e (v) Agências que se comportem como facilitadoras de negociações entre as diversas categorias interessadas na regulação, razão

⁹²⁰ Cf. **The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought**, 2004-2005, p. 345-347.

⁹²¹ O tema da *governança pública* já foi objeto de análise em pesquisa anterior, relacionado ao tema da consensualidade. Cf. JULIANA BONACORSI DE PALMA, **Atuação Administrativa Consensual. Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**, 2010, p. 106-115. Muito embora os mesmos aspectos sejam salientados novamente neste estudo, é necessário indicar que a perspectiva de análise muda, na medida em que o foco de estudo se desloca para o processo administrativo normativo.

⁹²² **Setting the Agenda for New Governance Research**, 2004-2005, p. 498. Tradução livre. Do original: *“I argue that an emerging paradigm-governance-has the potential to tie together recent developments in the political economy with advances in legal and democratic theory. The article describes the organizing principles of a new policy model, consisting of increased participation of nonstate actors, public/private collaboration, diversity and competition, decentralization and subsidiarity, integration of policy domains, flexibility and noncoerciveness ("soft law"), adaptability and learning, and finally, legal orchestration”*.

pela qual deve assumir um comportamento flexível e engajado⁹²³. Todos esses atributos serão analisados no item a seguir, com foco no *proceso administrativo normativo*.

A atividade normativa da Administração Pública, ressalvada aquela praticada pelo Chefe do Poder Executivo, desenvolve-se por agentes que não são democraticamente eleitos por meio do sufrágio universal. Esse aspecto tem sido especialmente questionado no âmbito das Agências Reguladoras, que, ao contrário dos órgãos e dos demais entes de direito público, gozam de autonomia reforçada, estando suas decisões blindadas do controle interno praticado especialmente pelo Chefe do Poder Executivo e por Ministros e Secretários, respectivamente nas esferas federal, estadual e municipal. Desse modo, o processo administrativo normativo surge como mecanismo de legitimação da tomada de decisão normativa pelo Poder Público, com especial utilidade para a atuação das Agências Reguladoras independentes (*legitimação pelo proceso*).

IV.2.2. Valores públicos do processo administrativo normativo

No âmbito do processo administrativo normativo, valores públicos devem ser assegurados e interagir na tomada de decisão pelo Poder Público. O elenco desses valores não é tarefa tranquila, pois em muito decorre do modo de compreensão do fenômeno do Direito Administrativo. Ademais, estando esses valores associados à função administrativa, a análise isolada de cada qual não permitiria depreender o contexto no qual esses valores se colocam e, principalmente, como eles interagem entre si⁹²⁴. Desse modo, os valores públicos que orientam o processo administrativo normativo serão apresentados sistematicamente por meio de *eixos de governança pública*. Assim, os seguintes eixos foram definidos para os fins desse trabalho: (i) decisões administrativas endereçadas ao

⁹²³ Cf. **Collaborative Governance in the Administrative State**, 1997-1998, p. 22-33.

⁹²⁴ JAVIER BARNES, por exemplo, assim sistematiza a dinâmica do processo administrativo ditada pela governança pública, que o autor denomina como *proceso administrativo de terceira geração*: “i) *El anuncio con anticipación suficiente de la intención de elaborar el reglamento, a fin de que pueda producirse el debate y la participación desde una frase muy temprana, no sólo entre los técnicos y científicos de la Administración, sino del público*; ii) *Una adecuada obtención y procesamiento de toda la información científica y tecnológica disponible*; iii) *La presentación de una o varias propuestas de norma para el debate*; iv) *La ponderación de todos los elementos relevantes y la búsqueda de un consenso básico*; v) *El control del sustrato fáctico del reglamento, en el procedimiento y en la ulterior revisión judicial*”. **La Transformación del Procedimiento Administrativo**, 2010, p. 51.

caso concreto, (ii) interdependência público-privada e transparência administrativa e (iii) decisões provisionais e foco na satisfação de finalidades públicas.

IV.2.2.1. Decisões administrativas endereçadas ao caso concreto

A pauta da governança pública surge da prática do Direito Administrativo, a partir de aproximações feitas à luz do realismo jurídico. Constatadas as dificuldades operacionais para o cumprimento eficiente das competências administrativas, sintetizadas na figura da ossificação, os administrativistas buscam construir uma teoria aplicada da governança pública, cujas construções permitam superar o mencionado cenário de ossificação. Natural, portanto, que o *problem-solving solution* seja um dos valores de orientação mais caros na governança pública.

Segundo essa diretriz, a Administração Pública deve endereçar soluções concretas a problemas reais constatados empiricamente, preferencialmente por meio de estudos de caso. A *complexidade* do ambiente no qual o exercício das competências administrativas se desenvolve é, portanto, tomada como premissa. Para uma regulação mais qualificada, faz-se necessário que o Poder Público identifique os problemas relacionados ao conteúdo da regulação, os atores interessados e seus correspondentes interesses, assim como alto grau de informação para o desenho normativo. Sem adentrar nessa complexidade concreta, a Administração é incapaz de apresentar soluções jurídicas funcionais tanto para superar um determinado problema concreto quanto aperfeiçoar a satisfação de finalidades públicas. Com relação a este segundo aspecto, mencione-se, por exemplo, a redução dos custos envolvidos na aplicação do ato normativo, a ampliação dos beneficiários de um benefício ou, ainda, a sofisticação de uma técnica de fomento.

O endereçamento de soluções jurídicas concretas faz com que o processo administrativo normativo seja o instrumento para reconhecimento e avaliação do panorama concreto que enseja o exercício da competência normativa. No curso da instrução processual, dados, fatos e versões devem ser juntados ao processo para viabilizar uma reconstrução o mais próxima possível do ambiente no qual o regulamento será aplicado.

Por isso afirmar que o processo administrativo normativo se volta ao *disclosure*, i.e., à coletânea criteriosa de informações relevantes para o desenho normativo. Quanto maior a coleta de informação relevante para o desenho normativo no processo, maior também a qualidade do regulamento final. Cumpre ao Poder Público não apenas reunir essas informações, mas assumir uma postura proativa para estimular que os particulares as apresentem no âmbito do processo administrativo normativo⁹²⁵. A superação da visão do administrado como adversário, para ser considerado efetivo colaborador das ações públicas, faz com que seu entrosamento com o exercício da competência normativa seja mais íntimo e engajado⁹²⁶. Na medida em que o regulamento seja um produto de diálogos mais efetivos entre Administração e particulares, a apresentação de informações pelos administrados torna-se uma prática recorrente.

A orientação do processo administrativo normativo para o caso concreto potencializa a construção de *respostas normativas mais criativas*, pois aderentes às especificidades da questão à qual o regulamento visa a endereçar. Dois fatores são determinantes para o desenho normativo mais criativo no processo normativo dinamizado pela governança pública: (i) ampla divulgação de informação, que permite identificar com maior riqueza de detalhes os elementos relacionados ao problema concreto e (ii) construção colaborativa do ato normativo final. A remontagem mais fidedigna do caso concreto, viabilizada pelo maior grau de informação, confere mais subsídios para o Poder Público construir alternativas criativas para a modelagem do ato final, o qual não se resume apenas ao regulamento, podendo se materializar em acordos setoriais ou termos de compromisso, por exemplo⁹²⁷. Por outro lado, a colaboração dos administrados com o Poder Público para tomada de decisão normativa permite que sejam evidenciadas

⁹²⁵ Embora JULIA BLACK não se alinhe à teoria da governança pública, suas considerações para o aperfeiçoamento da participação administrativa convém ser apresentadas: “[s]e queremos desenvolver o conceito de *procedimentalização em sentido amplo*, precisamos reconhecer que, em deliberações regulatórias, o discurso pode precisar ser mediado se isso permitir maior aproximação, deixando de lado aspectos de cumprimento (comply with) das condições da situação ideal de discurso. Em outras palavras, se um modelo de *procedimentalização em sentido ‘amplo’* for implementado, a natureza da disputa e as diferenças entre as posições dos participantes podem precisar ser mapeadas, assim como estratégias empregadas em uma tentativa de superar ou resolver a diferença”. **Procedimentalizando a Regulação: parte II**, 2006, p. 186-187.

⁹²⁶ JODY FREEMAN indica ser importante para o sucesso do *rulemaking* o engajamento da Administração Pública e dos particulares na elaboração do ato normativo final, denominado pela autora como “*face-to-face deliberative engagement*” em razão dos diálogos público-privados travados no âmbito do processo. Esses diálogos devem ser preferencialmente desenvolvidos no *reg-neg*, mas o conceito se espalha para os demais procedimentos, como o *informal rulemaking*, na fase de comentários públicos. Cf. **Collaborative Governance in the Administrative State**, 1997-1998, p. 24-26.

⁹²⁷ Sobre a terminação do processo administrativo normativo, cf. item III.3.4. deste trabalho.

alternativas de solucionamento de um determinado problema concreto que não foram ainda consideradas pelo Poder Público, muito em razão da assimetria informacional entre regulador e regulado evidenciada no âmbito regulatório⁹²⁸.

Outro ponto diretamente relacionado à orientação de endereçamento de soluções concretas para os problemas colocados à Administração Pública corresponde às *análises regulatórias*, que também participam no debate sobre a *qualidade da regulamentação*. A relação das análises regulatórias com o panorama concreto é evidente. Na medida em que se voltam, primordialmente, à estimativa dos impactos positivos e negativos de determinada proposta de regulamento sobre seus destinatários, as análises regulatórias auxiliam significativamente na construção de um ato normativo efetivamente voltado ao caso concreto. No Direito Administrativo brasileiro, o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) são exemplos de análises regulatórias, além da Análise de Impacto Regulatório (AIR).

A governança pública estimula que se desenvolvam no processo administrativo normativo análises desse jaez, cuidando-se, porém, para que não se verifique o problema da ossificação discutido no sistema norte-americano. Ainda, o ambiente colaborativo determinado pela governança pública faz com que esta avaliação da qualidade da regulação seja uma constante, e não um único ato formal interlocutório do processo administrativo normativo. Como esclarece JODY FREEMAN,

“Em um regime colaborativo, a avaliação da qualidade [da regulação] consiste não apenas em um único julgamento, mas requer avaliação de como e porque as práticas funcionaram, ou não, bem como porque são legítimas ou ilegítimas. O objetivo é centralizar a necessidade de definir a qualidade na solução do problema. Em outros termos, a avaliação de qualidade requer uma contínua articulação de critérios e julgamentos de desempenho em relação a eles. Ao invés de assumir o que é qualidade no início [do processo administrativo], o regime colaborativo exige que a reflexão crítica sobre a qualidade seja construída no processo administrativo normativo e na execução. É necessário em qualquer

⁹²⁸ Tendo em vista a potencialidade de construção de um regulamento com disposições inovadoras e criativas, as contribuições apresentadas pelo particular em sede de participação administrativa não devem se limitar à resposta do documento “*ancorado*” pela Administração. É plenamente desejável, e não apenas juridicamente viável, o endereçamento de alternativas para a solução do caso concreto que não estejam contempladas no documento submetido à audiência ou consulta pública. Cf. item III.3.3.2. deste trabalho.

*aproximação colaborativa incluir a definição dos benefícios procurados – a qualidade – e a forma como esses benefícios podem ser medidos*⁹²⁹.

O processo administrativo corresponde ao principal instrumento de implementação dos primados da governança pública e, na orientação do direcionamento da atividade normativa para o caso concreto, o valor do processo administrativo (normativo) é ainda mais visível. Dessa forma, é importante que o desenho normativo não seja construído fora do processo administrativo, ainda na fase de procedimento interno em que não se verifica o contraditório⁹³⁰. Apenas no âmbito do processo, em que se garanta o contraditório, o ideal de colaboração da governança pública pode se materializar visando a desenhos normativos que efetivamente levem à melhoria na satisfação das finalidades públicas.

IV.2.2.2. Interdependência público-privada e transparência administrativa

No entanto, não apenas por razões pragmáticas a governança pública se aperfeiçoa como mecanismo preferencial de ação administrativa. Além da preocupação com a eficácia das decisões públicas, a governança pública tem por proposta promover a *cooperação* dos particulares com o Poder Público, em especial na tomada de decisão que afete sua esfera de direitos. A governança pública parte do pressuposto de que os particulares são potenciais parceiros da Administração Pública na realização de funções públicas, desde a tomada de decisões individuais e concretas até a prestação de serviços públicos. Pela governança pública há a *emancipação do particular* de mero destinatário da decisão imperativa, tomada unilateralmente pela Administração, para agente agregador no exercício de

⁹²⁹ Cf. **Collaborative Governance in the Administrative State**, 1997-1998, p. 26-27. Tradução livre. Do original: “[i]n a collaborative regime, assessing quality consists not just of a onetime judgment, but requires evaluating how and why things work or do not work, and why they are legitimate or illegitimate. The goal is to put the need to define quality at the heart of problem solving. In other words, assessing quality requires the continual articulation of criteria and judgment of performance against them. Rather than assuming what quality is at the outset, a collaborative regime requires that critical reflection about quality be built into the rule-making and implementation process. A necessary part of any collaborative approach would include a definition of the benefits sought-the quality-and the way these benefits might be measured”.

⁹³⁰ A discussão sobre o desenvolvimento da atividade normativa pela Administração Pública no âmbito do processo administrativo normativo em detrimento do procedimento que o precede será travada no item III.3.1. do estudo, a que remeto o leitor.

competências administrativas. Assim, a *postura adversária* entre Poder Público e particulares cede para a *relação colaborativa* que terminam por construir.

IV.2.2.2.1. A colaboração público-privada no âmbito interno da Administração Pública

O reconhecimento dos particulares como efetivos colaboradores do Poder Público decorre da demanda de participação na atividade decisória estatal pela sociedade civil para defesa de direitos e interesses. Por um lado, a cidadania e a crise de legitimação representativa impulsionaram a tendência de criação de canais de diálogo entre Administração e administrados⁹³¹, dos quais as audiências e as consultas públicas são exemplos. Por outro lado, as vantagens da relação colaborativa abrem espaço para um novo tipo de decisão que, pragmaticamente, fundamenta-se na adesão dos particulares em detrimento da coerção. Tomando o exemplo da consensualidade, as seguintes potencialidades dos acordos administrativos são indicadas: celeridade, redução de custos, mitigação da litigiosidade pela adesão espontânea ao acordo, resposta regulatória imediata, cumprimento do conteúdo da decisão e eficiência em razão do direcionamento das cominações ao problema concreto a que o pacto é endereçado⁹³².

Em grande medida, a governança pública questiona as formas tradicionais de exercício da autoridade. Por isso afirma JACQUES CHEVALLIER, que a governança pública “(...) é um novo estilo de ação pública, fixando-se não mais sobre a unilateralidade e a coerção (como no modelo jurídico clássico), mas sobre a cooperação e sobre a adesão que se definem através do tema da governança”⁹³³.

No âmbito do processo administrativo normativo, a colaboração do particular com o Poder Público deve se evidenciar preferencialmente em todas as etapas processuais (instauração, instrução e decisão final), assim como nos procedimentos preliminares e de

⁹³¹ Cf. PATRÍCIA BAPTISTA, **Transformações do Direito Administrativo**, 2003, p. 123-128.

⁹³² Sobre as potencialidades positivas dos acordos administrativos, cf. VITOR RHEIN SCHIRATO e JULIANA BONACORSI DE PALMA, **Consenso e Legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito**, 2009, 11 e ss.

⁹³³ **A Governança e o Direito**, 2005, p. 7.

revisão periódica do regulamento editado⁹³⁴. Obviamente, o modo de colaboração será diferente de acordo com o estágio do processo. No procedimento interno prévio à instauração do processo normativo, o particular pode se manifestar por meio da notícia prévia de proposta de regulamento; na instauração do processo normativo, o particular tem à sua disposição o requerimento de instauração de processo administrativo normativo; no curso da instrução, além da participação administrativa por meio de instrumentos de audiência e consulta pública, notadamente, o particular pode apresentar documentos que subsidiem a tomada de decisão da Administração Pública; na fase decisória, o particular pode celebrar um instrumento consensual de cunho normativo com o Poder Público, como os acordos setoriais; e, por fim, no procedimento de revisão periódica do regulamento o particular ser instado a se manifestar sobre a qualidade da regulação, além de participar do controle social da aplicação do regulamento.

Dentre seus principais objetivos, a governança pública se volta a *incrementar a participação administrativa*⁹³⁵, o que não necessariamente significa que as estratégias de governança buscam aumentar quantitativamente as contribuições apresentadas no âmbito do processo administrativo normativo, muito embora a governança pública vise à diversificação de atores e interesses⁹³⁶. O debate está centrado na *efetividade das contribuições públicas*, ou seja, no real impacto das considerações apresentadas pela sociedade em geral para o desenho do regulamento⁹³⁷. É fundamental que o particular se sinta integrado ao processo administrativo normativo, como efetivo colaborador na construção da decisão normativa⁹³⁸. Se a Administração não se encontra obrigada a acatar as contribuições recebidas na participação administrativa, há o dever de motivar o desenho normativo final e o ônus de responder às sugestões que lhe foram apresentadas. Além do dever expressamente previsto em lei⁹³⁹, essa prática se coaduna com a racionalidade da

⁹³⁴ Cf. JODY FREEMAN, **Collaborative Governance in the Administrative State**, 1997-1998, p. 22.

⁹³⁵ Cf. JACQUES CHEVALLIER, **O Estado Pós-Moderno**, 2009, p. 164-166.

⁹³⁶ “The new governance model challenges these conventional assumptions. It broadens the decision-making playing field by involving more actors in the various stages of the legal process. It also diversifies the types of expertise and experience that these new actors bring to the table. Renew Deal governance is a regime based on engaging multiple actors and shifting citizens from passive to active roles. The exercise of normative authority is pluralized”. Cf. ORLY LOBEL, **The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought**, 2004-2005, p. 373.

⁹³⁷ “Meaningful participation enables the contributions of the most affected parties to be institutionalized and gives them some responsibility for the regulatory regime”. JODY FREEMAN, **Collaborative Governance in the Administrative State**, 1997-1998, p. 27.

⁹³⁸ Cf. JODY FREEMAN, **The Private Role in Public Governance**, 2000, p. 559-560.

⁹³⁹ Cf. art. 34 da Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99). Cf., ainda, item III.3.3.3. deste trabalho.

governança pública na medida em que as manifestações junto ao Poder Público pressupõem retorno à altura das contribuições. Além de se compartilhar a responsabilidade sobre a elaboração regulamentar, a participação administrativa efetiva também fortalece a confiança legítima do particular perante a Administração Pública.

Da emancipação dos particulares de destinatários do ato administrativo imperativo e unilateral à condição de colaboradores na tomada de decisão administrativa decorre a preferência pela *consensualidade* na governança pública. Sempre que juridicamente viável e condizente com as finalidades públicas perseguidas no caso concreto, o Poder Público deve optar pela atuação administrativa consensual, caracterizada pela celebração de acordo administrativo, na qualidade de produto da negociação sobre o conteúdo desse ato consensual com o particular. A governança pública aponta para o amplo emprego de acordos administrativos quando no desenvolvimento de função administrativa estiver envolvido o exercício de prerrogativas públicas. Além das potenciais vantagens práticas da atuação administrativa consensual, a consensualidade enaltece alguns dos principais valores de orientação da governança pública. Paulatinamente o paradigma da atuação administrativa típica – a *top-down regulation* –, galgada na imperatividade e na unilateralidade, cede espaço para a atuação administrativa consensual.

Esquemas consensuais são também noticiados no processo administrativo normativo. Por um lado, a dinâmica processual para elaboração de normas pode se desenvolver de modo consensual, como se evidencia com o *reg-neg*, em que diálogos são travados entre os atores no curso da instrução para alcançar um desenho normativo que contemple ao máximo os interesses colocados na mesa (“*win-win solutions*”)⁹⁴⁰. Além da legitimidade da medida normativa que surge dessa arena de negociação, a consensualidade no processo administrativo normativo permite alcançar decisões mais criativas, aderentes ao caso concreto e menos litigiosas. Na legislação de logística reversa, os acordos setoriais denotam o processo normativo consensual no Direito Administrativo brasileiro, tendo em vista que sua natureza de acordo integrativo determina a vinculação aos preceitos estabelecidos no termo por adesão voluntária.

⁹⁴⁰ Cf. item III.2.3.3. deste trabalho.

Ambos os exemplos anteriormente citados apontam para uma face em expansão da Administração Pública de maior recurso a técnicas de intervenção estatal menos intrusivas e mais voltadas à convergência entre interesses privados e interesses públicos. Nesse contexto, ganha importância o *fomento* como instrumento de indução de condicionamento do comportamento privado mediante incentivos positivos e negativos⁹⁴¹.

Pressuposto da cooperação dos particulares com a Administração Pública é a transparência, indicada como uma das mais caras balizas da governança. Ocorre que a afirmação de valores como flexibilidade, consensualidade e endereçamento das decisões administrativas ao caso concreto exigem maior margem de discricionariedade para manejo das competências pela Administração Pública. O aumento da discricionariedade enseja, proporcionalmente, a fortificação do controle como aponta FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO,

*“Se temos maior margem de discricionariedade cometida ao agente público, necessariamente deveremos ter meios de controlá-la, para evitar que, pela porta dos fundos, adentrem os interesses particularísticos, os interesses ilegítimos e que, sobre a égide de dizer que há um interesse público sendo atendido, comecem a ser consagrados apenas interesses de parcelas da sociedade, interesses que não se legitimam à luz da coletividade”*⁹⁴².

No Direito Administrativo brasileiro, a transparência não seria propriamente um subprincípio da publicidade, tampouco uma noção mais abrangente que esta⁹⁴³. Trata-se de

⁹⁴¹ Essa concepção de fomento se alinha com a definição apresentada por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, para quem “[o] *fomento pode ser definido como a atividade estatal de incentivo positivo ou negativo a outra atividade desenvolvida por um ou vários particulares, de forma a condicionar o comportamento privado*”. **O Fomento como Instrumento de Intervenção Estatal na Ordem Econômica**, 2010, p. 6. Segundo o autor, o fomento positivo volta-se a tornar a atividade privada mais “*viável, interessante ou abrangente*” (*idem, ibidem*), ao passo que o fomento negativo visa à diminuição ou cessação de atividades indesejadas, valendo-se, para tanto, do abrandamento ou intensificação pontual e direcionada de medidas ou restrições estatais. Como uma das principais técnicas regulatórias modernas, o autor indica que “[é], em suma, o fomento a atividade estatal de convergência entre os interesses privados e o interesse público, pela qual o Estado fomenta aqueles como forma de consecução deste”. *Idem*, p. 8.

⁹⁴² **Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial**, 2002, p. 3.

⁹⁴³ Cf. RENATA NADALIN MIRELLES SCHIRATO, **Transparência Administrativa, Participação, Eficiência e Controle Social – Direito Administrativo em evolução?**, 2013, p. 121-122. Segundo a autora, “[o] princípio da publicidade muitas vezes é erroneamente reduzido a seu aspecto formal (i.e., obrigatoriedade de publicação de um determinado ato administrativo para sua produção de efeitos), o que corrobora para a compreensão – equivocada, a nosso ver – de que a transparência seria efetivamente um

uma noção que se coaduna com a compreensão material da publicidade, que, no âmbito da atividade administrativa normativa, determina a ampla divulgação de todas as etapas do processo normativo. Nessa linha, também se mostra oportuna a atividade de planejamento da Administração, de modo que os particulares possam se preparar para formulação de contribuições em futura participação administrativa no processo administrativo normativo. As agendas regulatórias⁹⁴⁴, por exemplo, são instrumentos de materialização da transparência administrativa.

IV.2.2.2.2. A colaboração público-privada externa à esfera administrativa

Além da interdependência público-privada verificada no âmbito da Administração Pública, a colaboração dos particulares pode também se realizar fora das fronteiras públicas. Nos debates teóricos sobre a governança pública, o movimento de transferência de tarefas públicas a particulares recebe o nome de *outsourcing*, designando tanto as privatizações como as diversas técnicas de colaboração dos particulares no exercício de competências administrativas, inclusive a normativa⁹⁴⁵. A colaboração dos particulares no exercício de funções públicas não é desconhecida no Direito Público brasileiro, pelo contrário, trata-se de mecanismo cada vez mais recorrente de satisfação de finalidades públicas⁹⁴⁶. Na prestação de serviços públicos, por exemplo, essa colaboração é notória⁹⁴⁷

termo muito mais abrangente e capaz de captar fenômenos por sua vez não tangenciados pelo princípio da publicidade, como o controle social e outros". *Idem*, p. 122.

⁹⁴⁴ A expressão "agenda regulatória" é tomada neste trabalho em sentido amplo, abarcando todo e qualquer instrumento que se volte a estabelecer as prioridades de ação administrativa de modo transparente, precedido ou não de participação administrativa, pelo qual os administrados tenham previsibilidade com relação aos trabalhos que serão conduzidos pelo Poder Público. No âmbito Municipal, por exemplo, esta prática recebe o nome de *Programa de Metas*, apresentado pelo chefe do Poder Executivo do Município no início de seu mandato. Cf. ANDRÉ JANJÁCOMO ROSILHO, HENRIQUE MOTTA PINTO e CARLOS ARI SUNDFELD, **Programa de Metas: uma solução municipal de transparência administrativa**, 2010, *passim*.

⁹⁴⁵ Cf., por todos, JODY FREEMAN, **The Private Role in Public Governance**, 2000, *passim*. Para a autora, "[s]pecifically, public and private actors negotiate over policy making, implementation, and enforcement. This evokes a decentralized image of decision making, one that depends on combinations of public and private actors linked by implicit or explicit agreements". *Idem*, p. 548. . Essa também é a linha adotada por ORLY LOBEL, para quem "[i]n contrast, the Renew Deal advocates a movement downward and outward-a transfer of responsibilities to the states and localities and to the private sector, including private businesses and nonprofit organizations". **The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought**, 2004-2005, p. 345.

⁹⁴⁶ Cf. VITOR RHEIN SCHIRATO, **A Interação entre Administração Pública e Particulares nos Contratos Administrativos**, 2013, *passim*. Assim se posiciona o autor: "[c]omo consequência de um processo de atenuação da verticalidade das relações entre Estado e indivíduo, emerge a necessidade de revisão dos contratos administrativos como instrumentos firmados com uma necessária desigualdade entre

e em regra intermediada por um contrato administrativo, que tanto vincula o particular ao objeto contratual, responsabilizando-o pela adequada prestação do serviço público, quanto disciplina o modo de prestação indireta do serviço público contratualizado. Claro que essa colaboração não é ilimitada: aí se coloca a difícil questão indicada por JEAN-BERNARD AUBY de determinar quais funções públicas não são passíveis de delegação, ou seja, “(...) *quais dos valores públicos estão tão próximos das funções centrais do aparato público para ser confiada às partes privadas*”⁹⁴⁸. O valor do contrato administrativo nessa nova dinâmica de cada vez mais intensa colaboração dos particulares no exercício de funções públicas foi pautada pelo debate sobre a *contratualização da atividade administrativa*⁹⁴⁹.

A concessão de serviço público pode ser apontada como o exemplo mais oportuno para descrição desse ambiente de colaboração para desempenho de funções públicas que surge com a celebração de contratos administrativos. A superação do paradigma bipolar para o modelo multipolar, que narra FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, determina que a postura da Administração nos contratos de concessão seja de articulação e composição de interesses contrapostos⁹⁵⁰. Tendo em vista a natureza relacional dos contratos de concessão, a interdependência público-privada se acentua: por serem contratos diferidos, a concessão estabelece um vínculo de cooperação e confiança entre concedente e concessionário, imprescindível para a manutenção do vínculo contratual, que instiga a

as partes. É dizer que se as relações gerais entre Estado e indivíduos deixam de ser essencialmente verticalizadas e autoritárias, o conceito de contrato administrativo moldado originalmente para se aplicar a uma necessária desigualdade entre as partes perde o sentido. Mais ainda, o contrato passa a ser não apenas meio de interação comercial entre Estado e iniciativa privada, mas meio de realização de funções públicas e satisfação do interesse pela via consensual. Eis o fundamento intrínseco, decorrente do extrínseco”. Idem, p. 1.

⁹⁴⁷ Cf. ALMIRO DO COUTO E SILVA, **Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”?**, 2002, *passim*.

⁹⁴⁸ **Contracting Out and “Public Values”: a theoretical and comparative approach**, 2009, p. 23. Tradução livre. Do original, completo: “[t]he field of externalization contracts enshrines the difficult question of determining which public duties are not susceptible to be externalized: which of them are too close to the core functions of the public apparatus to be entrusted to private entities”.

⁹⁴⁹ Cf., por todos, FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, **Teoria do Contrato Administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**, 2010, p. 337 e ss.

⁹⁵⁰ **A Concessão como Instituto do Direito Administrativo**, 2013, p. 507. Segundo o autor, “[a] concessão hodiernamente implica (i) a necessidade de assumir que a consagração do interesse público passa pela busca explícita de um equilíbrio adequado entre interesses privados e (ii) um deslocamento, na função administrativa, da relação vertical e linear de prevalência no sentido de uma relação mais horizontal, multipolar, na qual a autoridade remanesce como último recurso para dirimir conflitos entre privados, dentro de procedimentos relacionais previamente pactuados. Ou seja, exatamente ao encontro do paradigma multipolar”. *Idem*, p. 508.

busca de métodos de resolução de conflitos preferencialmente consensuais⁹⁵¹. Assim, os contratos de concessão assumem uma veste processual, normativa e dinâmica⁹⁵².

Saliente-se, ainda, cooperação que pode se colocar especificamente com relação à atividade normativa estatal com as entidades privadas de autorregulação⁹⁵³. Além dos Conselhos de Fiscalização Profissional, diversos são os entes não estatais que dispõem de *competências normativas consensuais*, como as Bolsas de Valores, cuja coercibilidade vincula tão somente os correspondentes associados, por adesão voluntária⁹⁵⁴. A regulação normativa estatal e a autorregulação podem ser complementares quando o Poder Público compreender que a disciplina jurídica de determinada atividade deve se promover, preferencialmente, pela via da autorregulação, cumprindo a regulação estatal um papel subsidiário⁹⁵⁵. Outro modo de colaboração entre regulação estatal e autorregulação se evidencia na utilização de mecanismos de autorregulação pelo Poder Público, como se evidencia, por exemplo, com as certificações privadas⁹⁵⁶.

Não se mostra adequado, portanto, sustentar que se está em curso processo gradativo de desregulação das atividades privadas. Pelo contrário, a normatização tornou-se ainda mais complexa, caracterizando-se pelo pluralismo jurídico em razão da ascensão de diversas fontes normativas que não apenas o Legislativo e o chefe do Poder Executivo. Por outro lado, a recepção de outras técnicas de disciplina jurídica, além dos tradicionais atos normativos de comando e controle, pode transmitir a impressão equivocada de que o Poder Público não exercita sua competência normativa na medida necessária para a satisfação das finalidades públicas. Assim, o processo administrativo normativo pode ser terminado, além pela edição do regulamento ou pelo arquivamento do processo, pela edição de atos de interpretação ou pela celebração de acordos integrativos, como os acordos setoriais e os termos de compromisso. Nas palavras de JACQUES CHEVALLIER, “[a]ssim, o movimento de desregulamentação se traduziu menos por um recuo da

⁹⁵¹ *Idem*, p. 205.

⁹⁵² *Idem, ibidem*.

⁹⁵³ Cf. JACQUES CHEVALLIER, **O Estado Pós-Moderno**, 2009, p. 145-146. É nessa linha que a *autorregulação induzida*, a que alude ODETE MEDAUAR, insere-se. Cf. **Regulação e Auto-Regulação**, 2002, p. 5.

⁹⁵⁴ Cf. VITAL MOREIRA, **Auto-Regulação Profissional e Administração Pública**, p. 46 e ss. Sobre o tema, cf. também FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, **Regulação Econômica e suas Modulações**, 2009, p. 7 e ss.

⁹⁵⁵ *Idem*, p. 10.

⁹⁵⁶ *Idem, ibidem*.

*intervenção pública que pelo recurso a práticas mais maleáveis de enquadramento dos comportamentos*⁹⁵⁷.

IV.2.2.3. Decisões provisionais e foco na satisfação de finalidades públicas

O caráter provisional das decisões administrativas parte da premissa de que a Administração deve ser uma instituição dinâmica, apta a responder prontamente às mudanças do cenário que demanda a atuação administrativa⁹⁵⁸. Passa o exercício de competências pela Administração a se relacionar intimamente com o constante movimento de mudança na sociedade, exigindo que a *adaptabilidade* seja reconhecida como uma das diretrizes da tomada de decisão administrativa. Isso significa que as decisões administrativas devem ser monitoradas e avaliadas quanto à capacidade de atenderem às finalidades de interesse público que ensejaram a sua edição.

Como *os efeitos da ação administrativa importam*, a atividade normativa da Administração Pública desenvolvida sob as balizas da governança pública não se encerra com a edição do regulamento, pois também contempla a fase de aplicação do ato normativo. Assim, constatada que a norma não mais se mostra efetiva, ela deve ser adaptada para melhor satisfação das finalidades públicas⁹⁵⁹. Correto afirmar, portanto, que as decisões tomadas nos processos administrativos normativos são meramente provisionais, pois passíveis de ajustes futuros em benefício da efetividade do ato normativo⁹⁶⁰. O procedimento de revisão periódica do ato normativo determinado pelo art.

⁹⁵⁷ **A Governança e o Direito**, 2005, p. 10. Nessa linha, cf. JOSÉ EDUARDO FARIA, para quem “[d]esregulamentação e deslegalização não significam menos direito. Significam, isto sim, menos direito positivo e menos mediação das instituições políticas na produção de regras, em benefício de uma normatividade emanada de diferentes formas de contrato e de tendência dos diferentes setores da vida social e econômica à auto-regulação e auto-composição de conflitos”. **Sociologia Jurídica: Direito e Conjuntura**, 2010, p. 64.

⁹⁵⁸ Cf. JODY FREEMAN, **Collaborative Governance in the Administrative State**, 1997-1998, p. 28.

⁹⁵⁹ “*In the Renew Deal, the legal system’s constant engagement with evaluation, revision, experimentalism, feedback, and monitoring addresses both types of learning—the positive improvement of policy as well as its avoidance. The new physical infrastructure of advanced technology helps this practice by allowing better data collection and the comparison of outcomes*”. ORLY LOBEL, **The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought**, 2004-2005, p. 398.

⁹⁶⁰ Nessa medida, a norma jurídica editada pela Administração Pública mostra-se dinâmica, ou, segundo SABINO CASSESE, a norma passa a ser considerada como um “*sistema em movimento*”. **Il Sorriso del Gatto**, p. 610. A principal consequência na exposta constatação relaciona-se ao caráter instrumental que os atos normativos passam a adquirir, o que fundamenta significativas mudanças em seu papel na

17 da Lei Complementar 95/98⁹⁶¹ se alinha com a qualificação dos regulamentos como decisões provisionais. Segundo JODY FREEMAN,

*“Normas não são transações de um só tempo, mas, antes, blocos de construção no processo, hipóteses alternativas para serem empregadas e revistas à luz da experiência”*⁹⁶².

O reconhecimento do caráter provisional dos regulamentos editados pelo Poder Público impacta no formato do desenho normativo. Além de promover o endereçamento do conteúdo normativo a problemas concretos, em sintonia com o contexto de edição do regulamento, os regulamentos procuram dispor de preceitos que possam ser aplicados de modo mais *flexível*. Essas normas têm conteúdo semântico mais abrangente e são, fundamentalmente, discricionárias, permitindo a modelagem da decisão administrativa no caso concreto. São, portanto, menos rígidas e formais. Sendo seu principal escopo a *satisfação de finalidades públicas*, a Administração passa a dispor de diversos modos de exercício de suas competências, afastando-se, assim, a uniformidade dos atos, contratos e acordos administrativos (*one-size-fits-all*). Ainda, a diretriz de decisões provisionais enseja a previsão normativa de mecanismos de revisão normativa menos custosos e mais céleres⁹⁶³.

No contexto do Direito Regulatório, saliente-se, ainda, que a acomodação da atividade regulatória em subsistemas afasta a uniformidade no modo de tomada de decisão

metodologia de estudo do Direito Administrativo e também na prática da disciplina estatal. Quanto à guinada metodológica, passa-se a deslocar o foco de análise da hermenêutica das normas jurídicas para o reconhecimento de sua real funcionalidade no âmbito da disciplina estatal, tanto em termos de efetividade quanto de previsibilidade das ações comportamentais de seus destinatários frente ao ato normativo. Abre-se, assim, espaço para análises consequencialistas, por exemplo, com recurso a análises empíricas. *Idem*, p. 611. Com relação à mudança prática, os atos normativos perdem paulatinamente o figurino estático para serem amoldados de acordo com o sistema, interesses e problemas aos quais são endereçados, em contraposição à visão formal-positivista estabelecida. Ademais, o ato normativo passa a ser visto como um meio para satisfazer finalidades públicas em concorrência com outros mecanismos jurídicos. *Idem*, p. 610.

⁹⁶¹ Cf. item IV.3.3. deste trabalho.

⁹⁶² **Collaborative Governance in the Administrative State**, 1997-1998, p. 29. Tradução livre. Do original: “[r]ules are not one-time transactions, but rather, they are building blocks in a process, alternative hypotheses to be deployed and revised in light of experience”.

⁹⁶³ Cf. JODY FREEMAN, **Collaborative Governance in the Administrative State**, 1997-1998, p. 29. Segundo a autora, “[a]mong other things, provisionalism might require a greater willingness to: (1) engage in site-specific rule making to tailor rules to particular problems and contexts; (2) create mechanisms that, while potentially costly, facilitate revisiting or modifying rules; or (3) establish rules sufficiently general that their requirements can be met in any number of ways, allowing for flexible implementation through informal adjudication between the agency and the relevant parties”. *Idem, ibidem*.

administrativa. Compreendendo cada subsistema jurídico com um centro de especialização técnica com significativa autonomia⁹⁶⁴, o desenvolvimento das dinâmicas regulatórias pressupõe a criação de metodologias específicas de exercício de competências administrativas, que sejam mais condizentes com as especificidades setoriais e as finalidades públicas particularizadas que as ações estatais visam a satisfazer. Natural, portanto, a constatação da pesquisa empírica desenvolvida no Capítulo III deste trabalho em que tiveram reconhecimento diferentes procedimentos de elaboração normativa pelas Agências Reguladoras analisadas⁹⁶⁵.

IV.3. A dinâmica do processo administrativo normativo

Em termos formais, o processo normativo se inicia com o ato de instauração pela Administração Pública e se encerra com a tomada de decisão administrativa, geralmente um regulamento. No campo prático, porém, a delimitação do processo administrativo normativo não é tão simples como à primeira vista pode parecer. Ocorre que antes mesmo do início formal do processo normativo o Poder Público desenvolve diversas atividades relacionadas ao exercício da competência normativa, ao passo que seu envolvimento com o ato normativo não se encerra com a sua edição: os resultados do ato serão periodicamente mensurados para avaliação do grau de satisfação das finalidades públicas almejadas pelo ato normativo. Mostrando-se impraticável ou ineficaz, o ato pode ser alterado ou mesmo revogado com fundamento no “*interesse público*”.

A importância em se definir os termos inicial e final do processo administrativo normativo mostra-se relevante para fins de determinação da incidência dos *direitos de participação*⁹⁶⁶, os quais se verificam apenas no âmbito do processo administrativo. Nessa linha, delimitar a abrangência do processo normativo da Administração Pública permite harmonizar o raciocínio desenvolvido neste trabalho, estabelecendo o alcance que as ideias aqui apresentadas têm na processualidade administrativa.

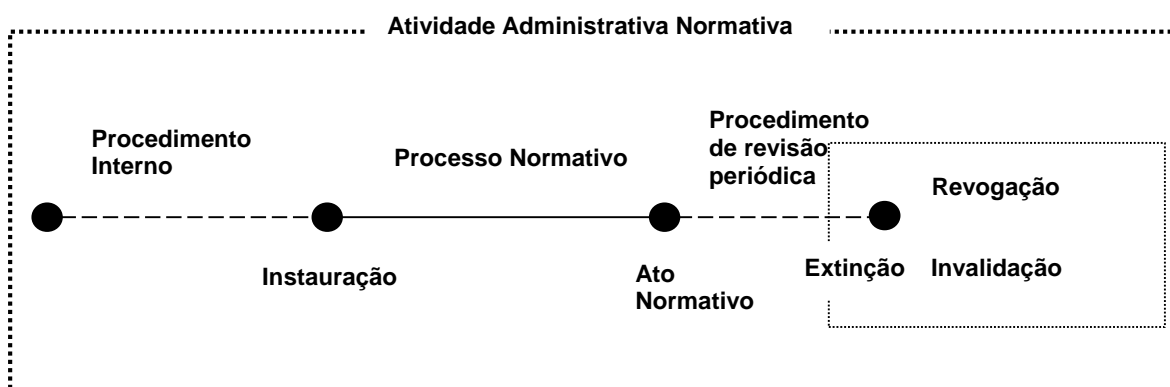
⁹⁶⁴ Sobre a análise do desenvolvimento da atividade regulatória em subsistemas no Direito Administrativo brasileiro, cf. em especial FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, **Regulação Econômica e suas Modulações**, 2009, p. 1-4.

⁹⁶⁵ Cf. item III.2.1.2.7. deste trabalho.

⁹⁶⁶ Cf. item III.3.3. deste trabalho.

Assim, considera-se que a *atividade normativa* da Administração Pública compreende o processo administrativo normativo e os procedimentos internos que àquele se relacionam. A atividade administrativa normativa nada mais é, portanto, que o relacionamento do Poder Público com seus respectivos regulamentos, o que não se resume, por certo, ao processo administrativo normativo. Os *procedimentos internos* (ou *procedimentos normativos*), desprovidos de contraditório, são verificados antes da instauração do processo normativo ou após a edição do regulamento, para fins de análise da legalidade e da efetividade da decisão de natureza normativa tomada pelo Poder Público. Este último procedimento recebe o nome de *procedimento de revisão periódica*, como será salientado mais a frente. Desse modo, o *processo administrativo normativo* está compreendido entre o ato administrativo de instauração e a decisão final relacionada a este processo, na maior parte das vezes um regulamento⁹⁶⁷. Ao contrário dos procedimentos normativos, o contraditório pode se apresentar nos processos administrativos normativos por meio da participação administrativa ou por qualquer outro instrumento que permita ao interessado se pronunciar sobre a decisão administrativa em construção, notadamente a informação geral e a motivação.

O esquema gráfico abaixo sistematiza as considerações acima sobre a delimitação do processo administrativo normativo:



O presente item se destina a analisar a dinâmica básica do processo administrativo normativo, desde o procedimento interno de estudo prévio do exercício da competência

⁹⁶⁷ Cf. WILLIAM FUNK, SIDNEY SHAPIRO e RUSSELL WEAVER, **Administrative Procedure and Practice**, 2006, p. 48.

normativa pela Administração Pública até a fase de revisão periódica do ato normativo. Diante da pluralidade de procedimentos para elaboração de normas, as considerações a seguir não podem ser tomadas como uma *teoria geral da atividade normativa processualizada*. Muito embora se tenha adotado o método de sistematização doutrinária para desenvolvimento do item, o principal objetivo consiste em enfrentar questões consideradas relevantes quando do exercício da edição de normas pela Administração Pública. Para tanto, o traçado da dinâmica do processo administrativo normativo segue as diretrizes da governança pública. Valores de governança pública como transparência, participação administrativa, foco na satisfação de finalidades públicas e busca pelo ato normativo o mais eficiente possível foram tomados como pressupostos de análise. O texto a seguir reflete, portanto, essa ordem de preocupações.

IV.3.1. Instauração do processo administrativo normativo

A processualização da atividade normativa pressupõe o dever de realizar processo para edição de normas pela Administração Pública. Sem o prévio desenvolvimento de processo administrativo, os atos editados pela Administração no exercício de competência normativa seriam eivados de vício insanável. Como analisado, inúmeras normas são editadas ainda hoje pelo Poder Público sem a prévia realização de processo aberto à participação administrativa. É contra esse cenário de arbitrariedade, um ranço ditatorial, que a tese se opõe. As dinâmicas do *interim-final rulemaking* e do *direct-final rulemaking* condicionam o Poder Público, à sua maneira, ao cumprimento da fase de comentários, ainda que posteriormente à edição do ato normativo. Nos específicos casos em que não haja autovinculação administrativa para determinar que invariavelmente se realize fase de comentários nos processos normativos, como se verifica no âmbito do setor de telecomunicações, recomenda-se a adoção desses instrumentos. Em outros termos, nas hipóteses em que a participação administrativa seja discricionária, recomenda-se a adoção desses instrumentos quando se considerar que a etapa de comentários puder inviabilizar a satisfação da finalidade pública à qual o ato normativo se dirige.

Não se pode negar que situações serão apresentadas em que a etapa de comentários previamente à edição do ato normativo pode se mostrar inviável. Assim como a licitação admite exceções, nos casos de dispensa e de inexigibilidade, legitimando-se a contratação direta, também é de se reconhecer que a realização de fase de comentários em determinados casos pode macular o objetivo almejado com a regulamentação.

Se por um lado o processo administrativo normativo consiste em um mecanismo de garantia de direitos, racionalização da decisão administrativa e de arbitramento de interesses, não se pode desconsiderar que ele também é custoso, demorado e conflituoso. Além da análise de custo-benefício da tomada de decisão normativa, a própria instauração de processo administrativo normativo é também objeto de ponderação, pois outros interesses e direitos estão em jogo. Na ponta, interesses e direitos tão ou mais relevantes que o processo administrativo normativo podem se perder pela simples sujeição de uma minuta de norma ao correspondente processo administrativo. Cabe à Administração Pública analisar a oportunidade e conveniência de realização do processo administrativo normativo considerando os seguintes elementos: tempo, custo e efetividade dos direitos relacionados ao regulamento. É de se reconhecer a discricionariedade em decidir realizar, ou não, processo administrativo normativo. Porém, a margem de liberdade é estreitíssima.

Tendo em vista essas considerações, a principal hipótese de dispensa da participação administrativa que pode ser recolhida do Direito Administrativo brasileiro corresponde à hipótese de *situação emergencial*, em que a realização de processo administrativo normativo pode *inviabilizar a defesa de direitos particulares*, acarretar a *perda do objeto da regulamentação* ou *obstacularizar a satisfação das finalidades públicas almejadas*. Diante de uma emergência, na qual a Administração Pública deve se posicionar e editar regulamentos – para, até mesmo, superar a situação emergencial –, o *tempo* de desenvolvimento do processo administrativo normativo pode ser prejudicial ao atendimento do fim de interesse geral correspondente à tutela de direitos particulares ou à disciplina normativa de determinado objeto⁹⁶⁸. Neste pontual cenário, realizar processo administrativo normativo não se mostra como o meio mais adequado para alcançar os fins almejados com o ato normativo⁹⁶⁹. Elucidativos do exposto são os exemplos de a ANVISA ter de editar com urgência uma norma proibindo o uso de específico componente químico

⁹⁶⁸ Cf. art. 2º, parágrafo único, inc. II, da Lei 9.784/99.

⁹⁶⁹ Cf. art. 2º, parágrafo único, inc. VI, da Lei 9.784/99.

pelas indústrias farmacêuticas após recomendação da Organização Mundial da Saúde, por apresentar efeito cancerígeno. Outro exemplo corresponde à urgência de a ANATEL regulamentar determinada situação crucial para a transmissão dos jogos da Copa do Mundo e que se apresente há menos de um mês para a abertura.

Como se pode verificar, para esta primeira exceção, o *fator tempo* é o principal elemento de consideração. Adverte-se que a situação de urgência não pode ser decorrente da desídia da Administração Pública em editar o regulamento, mas necessariamente deve ser decorrente de um evento *imprevisível* que compila rápida atuação normativa do Poder Público. Ressalte-se que os custos não são considerados na análise quanto à realização, ou não, de processo administrativo normativo. Mesmo nos casos de contingenciamento, cada vez mais recorrentes no cotidiano das Agências Reguladoras federais, os custos de regulamentação no âmbito do processo administrativo não entram na conta principalmente devido ao indesejável efeito comportamental que podem ensejar, qual seja, a simples invocação do problema orçamentário para pronta edição da norma, o que se situa na zona de conforto do gestor público. Não se pode aceitar que os custos envolvidos na regulação sejam tomados como válvula de escape para a atuação normativa pelo Poder Público fora dos parâmetros do processo administrativo normativo⁹⁷⁰, suprimindo o direito de participação administrativa, mesmo porque uma situação de urgência não se caracteriza pelos custos da regulação, mas sim pela escassez de tempo para tomada de decisão.

A instauração do processo administrativo normativo com ou sem etapa de participação administrativa configura, portanto, efetiva decisão administrativa e se sujeita a todas as formalidades imprescindíveis em qualquer tomada de decisão pelo Poder Público, com especial destaque para a *motivação*. Quando da edição de um ato normativo sem prévia participação administrativa, coloca-se um ônus argumentativo para a Administração Pública de indicar as razões pelas quais o contexto no qual o regulamento é editado afasta a

⁹⁷⁰ Nos termos do art. 9º, §2º, da Lei Complementar 101/2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), não são objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, como é o exercício do poder normativo pelas Agências Reguladoras, expressamente previsto nas respectivas leis de criação. O contingenciamento não alcança, portanto, a atividade normativa regulatória, razão pela qual não caracteriza situação emergencial hábil a justificar a edição de normas regulatórias sem prévio processo administrativo. Contudo, o contingenciamento efetivamente é deletério ao funcionamento das Agências Reguladoras e pode impactar, inclusive, a atividade normativa. Atualmente está em tramitação na Câmara dos Deputados Projeto de Lei Complementar PLP 7/2011, apresentado no dia 15 de fevereiro de 2011 pelo Deputado ANTÔNIO CARLOS MENDES THAME, para modificar o parágrafo 2º do art. 9º da LRF para expressamente interditar o contingenciamento das despesas de custeio das Agências Reguladoras.

abertura ao diálogo. Sem este indicativo na exposição das razões de fato e de direito do ato normativo, está-se diante de vício de motivação, passível de convalidação, porém.

Em resumo, não procede a assertiva de que nas hipóteses de dispensa de fase de comentários há ausência de processo administrativo normativo. Igualmente errôneo afirmar que as soluções jurídicas nesses casos são radicais: total ausência ou realização de fase de comentários apenas previamente ao ato normativo. Tendo em vista que o processo administrativo normativo é a regra para a edição de regulamentos pelo Poder Público, o processo ao qual a situação de exceção se relaciona pode assumir diferentes configurações para desenvolver, ainda que posteriormente, a participação administrativa. É o que se depreende dos procedimentos *interim-final rulemaking* e *direct-final rulemaking*.

A instauração do processo administrativo corresponde ao ato administrativo que desencadeia a dinâmica procedimental de exercício da competência normativa pelo Poder Público. Uma vez publicado, o ato de instauração do processo administrativo normativo permite que os administrados tomem conhecimento do desenvolvimento de atividade normativa pelo Poder Público e se preparem para futura participação administrativa ou intervenção procedimental na qualidade de interessados no conteúdo da futura decisão normativa. Além dos particulares, outros órgãos e entes públicos são cientificados da proposta de normatização de determinada matéria, que, dizendo-lhe respeito, enseja a coordenação institucional para elaboração de uma norma harmônica com o panorama normativo da Administração Pública⁹⁷¹. A publicação do ato de instauração do processo administrativo normativo vai ao encontro do valor público da transparência, ensejando controle do exercício da competência normativa.

Antes da instauração do processo administrativo normativo, porém, a Administração Pública pode realizar diversas atividades e ponderações para deliberar sobre o exercício, ou não, da competência normativa. Essa fase preliminar ao processo administrativo normativo consiste em um *procedimento interno*, no qual não se verifica

⁹⁷¹ Para viabilizar a coordenação normativa, a Lei Federal de Processo Administrativo estabelece em seu art. 35 a possibilidade de realização de audiência em reunião conjunta com outros órgãos e entidades administrativas.

direito ao contraditório⁹⁷². A principal finalidade deste procedimento é decidir sobre a instauração, ou não, de processo administrativo normativo a partir do primeiro contato com o problema concreto ou de qualquer outra circunstância que possa ensejar o exercício da competência normativa. São três os principais fatores que levam à instauração de processo administrativo.

Primeiramente, o processo administrativo normativo pode ser instaurado *de ofício pelo Poder Público* para editar normas endereçadas a uma das seguintes situações hipotéticas: (i) solucionar um determinado problema concreto, (ii) disciplinar uma determinada prática desregulamentada ou inovadora ou (iii) aprimorar a qualidade do exercício da função administrativa, complementando um regulamento já editado, por exemplo. Assim, o procedimento interno se volta fundamentalmente a recolher informações e avaliar a efetividade da aplicação de regras jurídicas.

Neste tipo de procedimento interno, o Poder Público analisa o contexto no qual suas atividades administrativas se inserem. No caso de uma Agência Reguladora, por exemplo, este procedimento interno é voltado ao estudo do correspondente setor regulado. Na constante busca por satisfazer as finalidades públicas, órgãos e entes administrativos devem analisar suas respectivas esferas de atuação a fim de mapear problemas, potencialidades ou novas práticas e deliberar em que medida sua ação pode ser oportuna e conveniente⁹⁷³. Em termos técnicos, a Administração Pública não tem apenas um comportamento reativo com relação aos *motivos* do ato administrativo, pelo contrário, é seu dever acompanhar o desenvolvimento dos setores e suas atividades a fim de evidenciar se o exercício de suas competências pode, em alguma medida, tornar mais efetiva a satisfação de finalidades públicas⁹⁷⁴. Caso a resposta seja afirmativa, o Poder Público

⁹⁷² MARÇAL JUSTEN FILHO considera esta uma fase de *atuação extraprocessual prévia*, de natureza informal e que não se destina imediatamente à elaboração normativa. **O Direito das Agências Reguladoras**, 2002, p. 566.

⁹⁷³ “Essas atividades prévias destituídas de formalismo maior se relacionam com o diagnóstico geral da situação a ser examinada, a identificação das principais alternativas disponíveis e a consulta às lideranças comunitárias, sindicais e empresariais”. *Idem, ibidem*.

⁹⁷⁴ JERRY MASHAW, RICHARD MERRILL e PETER SHANE indicam que o *rulemaking* é, por excelência, um “*exercício de empirismo*”, razão pela qual a compreensão do problema e o endereçamento de soluções jurídicas passam pela dinâmica de constatação e análise. Segundo os autores, as seguintes fontes de informação podem ser empregadas pelo Poder Público para decidir pela propositura, ou não, de processo administrativo normativo: manutenção de reuniões públicas quando do surgimento de problemas para colheita de ideias de endereçamento e superação dos mesmos; discussão de proposta de regulamentação com especialistas na matéria ou principais representantes dos grupos de interesse afetados (*advisory committees*); publicação de aviso prévio de proposta de regulamentação (*advance notice of proposed rulemaking*)

exercerá uma determinada ação administrativa que esteja dentro de sua esfera de competência, inclusive a ação normativa.

Desse modo, no procedimento interno cumpre à Administração decidir pela forma de sua ação administrativa. Especificamente no tema da atividade normativa, importa verificar se essa atividade administrativa poderá se formalizar em ato normativo, quando, então, o exercício da competência normativa por meio de processo puder se fazer oportuno. Uma primeira análise de custo-benefício é realizada no procedimento prévio ao processo administrativo normativo, correspondente à mensuração dos custos e dos benefícios de endereçar um ato normativo (geral e abstrato) para um determinado motivo. Tem-se como pressuposto, portanto, a *instrumentalidade da prerrogativa normativa*, pois esta se apresenta como apenas uma entre outras formalizações juridicamente viáveis da ação administrativa. Cumpre ao gestor público, assim, ponderar entre a edição de ato normativo ou a celebração de termo de ajustamento de conduta para disciplinar determinada atividade. Igualmente, deve posicionar-se entre uma disciplina normativa geral e abstrata, por meio de ato normativo, ou por uma disciplina normativa galgada em decisões individuais e concretas que informarão orientações normativas.

O ato administrativo de instauração do processo administrativo normativo, nessa primeira hipótese, terá em sua motivação⁹⁷⁵ a referência ao motivo identificado nas análises de contexto desenvolvidas pelo Poder Público. Assim, pode ser indicado o problema que ensejou a instauração do processo administrativo normativo, a prática desregulamentada ou inovadora, bem como as razões que levam a Administração a considerar que as finalidades públicas podem ser alcançadas de modo mais efetivo com a edição de um novo ato normativo ou de um ato de revisão ou complementação de norma antecedente. No caso de existência de agenda regulatória, esta passa a ser o motivo do ato de instauração do processo normativo.

Ainda podem ser indicadas as diversas atividades administrativas, que não a normativa, como determinantes à instauração de processo administrativo normativo⁹⁷⁶.

⁹⁷⁵ Muito embora a Lei Federal de Processo Administrativo, em seu art. 50, não determine que este seja um caso de motivação, recomenda-se que sejam apresentadas as razões de fato e de direito que levaram à instauração do processo administrativo normativo para promoção da transparência administrativa.

⁹⁷⁶ Cf. WILLIAM FUNK, SIDNEY SHAPIRO e RUSSELL WEAVER, **Administrative Procedure and Practice**, 2006, p. 50. Para os autores, a atividade de *enforcement* produz informações relevantes que

Ocorre que no desenvolvimento de atividades fiscalizatórias, sancionatórias ou de outorga, por exemplo, a Administração Pública invariavelmente aplica os regulamentos existentes, pois adstrita ao princípio da legalidade. A experiência adquirida ao longo do tempo confere subsídios para que o Poder Público avalie a utilidade dos regulamentos que aplica e, assim, proponha alternativas para superação de eventuais impasses operacionais ou para aprimoramento da qualidade regulatória. Com finalidade semelhante pode também ser indicado o procedimento de revisão periódica do ato normativo.

Um segundo fator que enseja a instauração de processo administrativo normativo corresponde aos casos de *delegação legislativa*, em que o Legislativo expressamente determina a elaboração de ato normativo pelo Poder Público⁹⁷⁷. Neste caso, a lei é o próprio motivo do ato de instauração do processo administrativo normativo, razão pela qual esta deve estar referenciada na motivação. O procedimento interno, por sua vez, também se destina a recolher as informações básicas para regulamentação da lei. No entanto, o seu principal papel é determinar o *momento* de exercício da competência normativa, ou seja, avaliar o contexto no qual a futura norma será editada a fim de determinar se o exercício dessa competência normativa se faz em tempo oportuno e

permitem avaliar a efetividade dos regulamentos e, assim, retirar do sistema aqueles que não funcionem bem ou que sejam “*irrealistas*”. *Idem, ibidem*.

⁹⁷⁷ A referência legislativa ao exercício da competência normativa pela Administração Pública pode se apresentar de diferentes modos. Sem esgotar todas essas possibilidades, alguns exemplos podem ser elucidativos da prática. A forma mais contundente de requerer o exercício da competência normativa pela Administração corresponde à expressa previsão legislativa do conteúdo a ser disciplinado por meio de regulamento, autoridade competente e prazo para edição do ato normativo, como se evidencia nos excertos a seguir Lei 11.794/2008, que estabelece procedimentos para uso de animais em pesquisas científicas: art. 23, “[o] CONCEA [Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal], mediante resolução, recomendará às agências de amparo e fomento à pesquisa científica o indeferimento de projetos por qualquer dos seguintes motivos: (...)”; art. 25, “[e]sta Lei será regulamentada no prazo de 180 dias”. Em outros casos, não há previsão de prazo, mas o dever regulamentar é igualmente previsto, a exemplo do preceito da Lei 12.852/2013, a seguir transcrito, que institui o Estatuto da Juventude: art. 32, “[n]o sistema de transporte coletivo interestadual, observar-se-á, nos termos da legislação específica: I – a reversa de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo para jovens de baixa renda; II – a reserva de 2 (duas) vagas por veículo com desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os jovens de baixa renda, a serem utilizadas após esgotadas as vagas previstas no inciso I. Parágrafo único. Os procedimentos e os critérios para o exercício dos direitos previstos nos incisos I e II serão definidos em regulamento”. É comum também a menção expressa à figura do “*regulamento*”; caso este não exista, coloca-se o dever de a Administração Pública editá-lo para plena aplicação das disposições legais. É o que se evidencia na Lei 12.858/2013, que versa sobre a destinação para as áreas de educação e saúde de parcela da participação no resultado da exploração de petróleo a gás natural, cujo art. 2º, *caput*, assim estabelece: “[p]ara fins de cumprimento da meta prevista no inciso VI do caput do art. 214 e no art. 196 da Constituição Federal, serão destinados exclusivamente para a educação pública, com prioridade para a educação básica, e para a saúde, na forma do regulamento, os seguintes recursos: (...)”. Outra modalidade corresponde à referência remota à atividade administrativa normativa, como se evidencia no exemplo da Lei 12.869/2013, que dispõe sobre a atividade do permissionário lotérico e cujo art. 4º assim determina: “[o] exercício da atividade de permissionário lotérico não obsta o exercício de atividades complementares impostas ou autorizadas pelo outorgante, nos termos e condições definidos pela legislação e normas reguladoras vigentes”.

conveniente, considerando, entre outros, as prioridades do setor (definidas ou não em agenda regulatória)⁹⁷⁸, os custos da regulamentação e a capacidade institucional para lidar com o tema naquela conjuntura.

Por fim, o processo administrativo normativo pode ser instaurado por ato de deliberação do Poder Público sobre *petição apresentada por particulares* requerendo a regulamentação de determinada matéria. Muito embora não haja previsão normativa expressa do direito de os particulares requererem a instauração de processo administrativo normativo, este pode ser depreendido do direito constitucional de *petição*⁹⁷⁹. Especificamente na atividade normativa da Administração, o fundamento do direito de *petição* corresponde à “*defesa de direitos*”, cabendo ao particular indicar em que medida a regulamentação de determinada matéria se coaduna com a defesa de direitos que lhe digam respeito.

Paralelamente a esta medida, a Lei Federal de Processo Administrativo indica, em seu art. 5º, que o processo administrativo pode também ser iniciado a pedido do interessado⁹⁸⁰, que deve apresentar requerimento inicial de acordo com as determinações do art. 6º⁹⁸¹. Este requerimento inicial pode ser ensejado pela ausência de norma regulamentar que discipline um aspecto da atividade privada do requerente, colocando-o, por exemplo, em situação de dúvida sobre qual comportamento adotar. Ainda, o requerimento de instauração de processo normativo pela Administração pode ser decorrente da edição de atos concretos pela mesma, com impacto em sua esfera de direitos, sem amparo em ato normativo⁹⁸². Não apenas nos casos de lacuna normativa se evidencia a legitimidade de apresentação de requerimento para instauração de processo administrativo

⁹⁷⁸ Visando ao aprimoramento do *rulemaking* no EPA, a ACUS editou a Recomendação 93-4, em 1993, com diretrizes para, igualmente, aprimoramento do método de exercício da competência normativa e melhora da qualidade da regulação. Com relação às iniciativas de ação administrativa, a ACUS recomenda o sistemático estabelecimento de prioridades e acompanhamento das proposições de *rulemaking*, inclusive mediante a identificação do gestor competente para assegurar o bom andamento do processo com observância das políticas regulatórias da Agência.

⁹⁷⁹ Cf. art. 5º, inc. XXXIV, alínea *a*, Constituição Federal.

⁹⁸⁰ É a redação do art. 5º da Lei 9.784/99: “[o] processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado”.

⁹⁸¹ São as seguintes exigências previstas no art. 6º da Lei 9.784/99 para apresentação de requerimento inicial pelo particular: indicação do órgão ou autoridade a que o requerimento se dirige; identificação do interessado ou de quem o represente; domicílio do requerente ou local para recebimento de comunicações; formulação do pedido, o qual deve ser acompanhado da exposição dos fatos e dos fundamentos; e data e assinatura do requerente ou de seu representante.

⁹⁸² Cf. CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA, **Dever Regulamentar nas Sanções Regulatórias**, 2010, *passim*.

normativo, mas também para alteração, complementação ou revogação de ato normativo. Todos esses fundamentos deste tipo de requerimento se coadunam com o *dever regulamentar*, que confere segurança jurídica⁹⁸³ e harmoniza os subsistemas administrativos.

O requerimento inicial não instaura o processo administrativo normativo propriamente dito, mas inicia o procedimento interno que o precede, o qual se destina a avaliar a oportunidade e conveniência de instauração de processo para elaboração de norma endereçada à matéria indicada no requerimento. Neste caso, o particular deve comprovar a condição de *interessado*, nos termos do art. 9º da Lei 9.784/99⁹⁸⁴, figurando em uma das seguintes condições: (i) pessoas físicas ou jurídicas que sejam titulares de direitos ou interesses individuais relacionados à decisão administrativa; (ii) organizações e associações representativas, na defesa de direitos e interesses coletivos; e (iii) pessoas ou associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos⁹⁸⁵.

Por se tratar de procedimento interno, o fato de o particular ter requerido a instauração de processo administrativo normativo não enseja contraditório e ampla defesa. Para garantia da confiança legítima do particular perante a Administração Pública, a motivação é fortemente recomendada⁹⁸⁶. A decisão do procedimento interno iniciado mediante requerimento pode ser, fundamentalmente, negativa ou favorável à instauração de processo, reconhecendo-se também a hipótese de perda de objeto se existir norma regulamentar no sentido em que proponha o requerente. Neste último caso, convém que o Poder Público informe o particular sobre o ato normativo existente.

⁹⁸³ Cf. EGON BOCKMANN MOREIRA, **Agências Administrativas, Contratos de Serviços Públicos e Mutabilidade Regulatória**, 2009, *passim*.

⁹⁸⁴ Além da condição de interessado, o requerente deve dispor de capacidade postulatória administrativa, reconhecida aos maiores de dezoito anos nos termos do art. 10 da Lei 9.784/99.

⁹⁸⁵ À legitimação de interessado para apresentação de requerimento inicial não se aplica a hipótese do inc. II do art. 9º da Lei 9.784/99, de seguinte redação: “*aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada*”.

⁹⁸⁶ A motivação da negativa de requerimento de instauração de processo administrativo normativo já foi objeto de consideração pela jurisprudência norte-americana. Neste caso, não se aplica a *hard-look doctrine* e os juízes tendem a adotar uma postura de deferência à decisão sobre instaurar, ou não, o processo normativo. A revisão judicial, nessa hipótese, concentra-se na verificação dos elementos da motivação. No caso *ARKANSAS POWER & LIGHT CO. v. INTERSTATE COMMERCE COMMISSION*, acatou-se o entendimento de que essa motivação deveria conter a adequada exposição dos fatos e de que a política da Agência deve contemplar a questão objeto do *rulemaking petition* (725 F.2d 716, DC Circ. 1984).

O requerimento para instauração de processo administrativo normativo mostra-se como relevante instrumento de promoção da governança pública⁹⁸⁷. O caráter colaborativo deste tipo de requerimento é facilmente depreendido, permitindo que o Poder Público possa identificar lacunas ou problemas concretos que demandem a sua atuação, quer seja normativa, quer seja de qualquer outra natureza. Ademais, o requerimento de processo administrativo normativo permite recolher informações de mercado ou mapear interesses para melhor consecução das finalidades públicas. Por essas razões a decisão denegatória da instauração de processo administrativo deve preferencialmente se voltar prospectivamente, indicando como o tema trazido pelo particular já se encontra no radar da Administração Pública ou o mesmo será objeto de discussão para incorporação em agenda regulatória. Ainda, a decisão sobre o procedimento interno pode ser eminentemente informativa, por meio da qual o Poder Público apresenta ao requerente um ato normativo que lhe seja desconhecido. Por fim, o requerimento de instauração de processo normativo pode ensejar a produção de ato de interpretação sobre determinada norma, corroborando para a construção de um sistema com maior segurança jurídica.

Talvez esta última funcionalidade seja a de maior expressão no requerimento para instauração de processo administrativo normativo apresentado por particular. Correto afirmar, portanto, que o requerimento de instauração de processo administrativo normativo tem uma funcionalidade muito mais abrangente, não se limitando apenas à elaboração de atos normativos. Desse modo, cabível que o pedido desses requerimentos corresponda, por exemplo, à elaboração de agendas regulatórias ou à edição de atos de interpretação.

⁹⁸⁷ Sob a denominação *rulemaking petition*, o tema é um dos centrais no estudo da atividade normativa do Executivo. O direito é expressamente assegurado no APA, no §553(e), de seguinte redação: “[e]ach agency shall give an interested person the right to petition for the issuance, amendment, or repeal of a rule”. Diversas são as Agências que dispõem de norma própria para disciplina do *rulemaking petition*, tendo em vista que o APA não especifica o correspondente procedimento no âmbito das Agências. Assim, em 1986, a ACUS editou a Recomendação 86-6 com a finalidade de ressaltar os itens mais importantes para serem observados no *rulemaking petition*. As sugestões da Recomendação 86-6/86 da ACUS podem assim ser sintetizadas: (i) as Agências devem estabelecer o procedimento básico de recebimento, análise e pronta resposta aos requerimentos; (ii) nesse procedimento, devem ser observados, pelo menos, especificação do endereço para recebimento das petições, manutenção de arquivo das petições apresentadas e imediata resposta ao requerente, acompanhada da devida motivação; (iii) recomenda-se a elaboração de um modelo de *rulemaking petition*, com endereçamento, qualificação do requerente, pedido e indicação da norma a ser emitida, alterada ou revogada; (iv) a *rulemaking petition* pode ser utilizada para qualquer tipo de norma de competência da Agência, incluindo as normas não legislativas; (v) desenvolver métodos para viabilizar respostas efetivas aos requerentes; e (vi) estabelecer sistemas de controle interno para garantir respostas mais rápidas aos requerentes.

A realização de procedimento interno previamente ao processo administrativo normativo permite afirmar que, ainda quando este não tenha sido instaurado, o Poder Público não se encontra em situação de inércia. No entanto, apenas caso a caso é possível reconhecer quando o processo interno é meramente protelatório do cumprimento do dever regulamentar. A ausência de procedimentos internos, porém, pode ser tomada como um indicativo de inação administrativa.

IV.3.2. Instrução do processo administrativo normativo

A instrução do processo administrativo normativo se volta a recolher *informação* para que o Poder Público delibere, primeiramente, pela oportunidade e conveniência do exercício da competência normativa e, caso se entenda ser a edição de regulamento instrumento adequado, elabore o desenho normativo mais eficiente para a disciplina de determinada situação fática. Pela instrução do processo administrativo normativo a Administração recolhe subsídios para tomada das decisões envolvendo o exercício da competência normativa. A busca por informação é, portanto, o principal mote de instrução do processo administrativo normativo por meio da juntada de análises técnicas, estudos diversos e comentários dos particulares quando houver a abertura do processo para a participação administrativa. A partir da compilação e análise dos documentos que instruem o processo normativo, o Poder Público define se editará um regulamento ou adotará algum outro instrumento jurídico.

IV.3.2.1. Instrução documental do processo administrativo normativo

Na qualidade de arena de construção racional da decisão administrativa relativa à competência normativa, o processo administrativo normativo desenvolve-se por sucessivos atos interlocutórios que se voltam à instrução do processo. Cada um desses atos interlocutórios agrega informação ao processo normativo, pois destinados a colher elementos de fato e de direito que viabilizem uma tomada de decisão mais qualificada pelo

Poder Público⁹⁸⁸. Documentos são juntados pelo Poder Público e pelos interessados ao processo normativos visando à instrução processual, como pareceres, alegações e estudos técnicos (inclusive de impacto regulatório). Esse item se destina a analisar o regime de instrução documental conferido pela Lei Geral de Processo Administrativo, reservando-se a participação administrativa para um item próprio em razão da importância deste ato interlocutório para o processo normativo.

As *atuações probatórias* no processo administrativo normativo podem ser propostas pelo interessado ou realizadas pelo órgão ou ente competente, ainda que com auxílio de terceiros⁹⁸⁹. A instrução documental corresponde à *informação geral*, uma das facetas do contraditório no processo administrativo normativo. A instrução documental do processo administrativo normativo tem, fundamentalmente, três utilidades: (i) auxiliar a participação administrativa, (ii) coleta e sistematização de informação para a formação da decisão administrativa e (iii) facilitar o controle judicial do processo normativo e de seu ato final⁹⁹⁰.

A Lei Federal de Processo Administrativo prevê dentre o rol de direitos dos administrados a formulação de alegações e a apresentação de documentos antes da decisão, os quais, segundo a Lei, devem ser necessariamente considerados pela Administração⁹⁹¹. Mais especificamente, o art. 38, *caput*, da Lei Federal de Processo Administrativo determina que o “*interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada de decisão, juntar documentos, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo*”. Em outros termos, os particulares qualificados como interessados nos termos do art. 9º da Lei Federal de Processo Administrativo dispõem do *direito de defesa de interesses*, que se efetiva por meio da formulação de alegações e

⁹⁸⁸ ODETE MEDAUAR denomina a etapa de instrução processual como *fase preparatória*, “na qual se colhem todos os elementos de fato e de direito que possibilitem a tomada de decisão justa e aderente à realidade; aí se incluem os atos e fatos relativos a provas, a formulação de pareceres jurídicos e técnicos, a audiências públicas (como no licenciamento ambiental), relatórios, alegações escritas com caráter de defesa ou não, enfim, todos os elementos que levam a um conhecimento mais acurado da questão tratada no processo para acarretar, por sua vez, uma decisão correta, quanto aos fatos e ao direito”. **Processualidade no Direito Administrativo**, 1993, p. 135.

⁹⁸⁹ É o texto do art. 29, *caput*, da Lei 9.784/99: “[a]s atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulso do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias”.

⁹⁹⁰ Cf. MICHAEL ASIMOW e RONALD M. LEVIN, **State and Federal Administrative Law**, 2009, p. 240. No sistema norte-americano a instrução do processo administrativo normativo é denominada *rulemaking record*.

⁹⁹¹ Cf. art. 3º, inc. III, da Lei 9.784/99.

apresentação de documentos, bem como requerer a realização de diligências⁹⁹². Os documentos decorrentes passam a instruir o processo normativo, ressalvadas as provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias, que serão recusadas mediante decisão fundamentada⁹⁹³.

Todavia, a manifestação sobre os documentos apresentados no processo administrativo normativo pressupõe que o particular tome contato com os mesmos. A publicidade no processo administrativo normativo é uma via de mão dupla: em razão dela os atos processuais são amplamente divulgados, por um lado, e coloca-se aos interessados o acesso aos documentos que instruem o processo⁹⁹⁴. O particular dispõe de dois instrumentos administrativos para acessar os documentos que considere ser imprescindíveis à elaboração de uma contribuição efetiva. Caso o particular disponha da condição de *interessado* nos termos do art. 9º da Lei Federal de Processo Administrativo, então poderá *requerer os documentos* nos termos desta Lei, nos termos do art. 3º, inc. II⁹⁹⁵, e do art. 46⁹⁹⁶, que garantem direito à vista do processo e à obtenção de cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram. Porém, se o particular não for legitimado como interessado, em razão da matéria objeto de discussão no processo administrativo normativo, poderá instaurar *procedimento de acesso à informação*, nos termos do art. 10 da Lei 12.527/2011⁹⁹⁷.

Por sua vez, a Administração encontra-se autorizada a promover a ampla instrução probatória. Da dinâmica prática do Direito Administrativo brasileiro, alguns documentos se

⁹⁹² Como afirma EGON BOCKMANN MOREIRA, o direito de petição e requerimento de provas é típico aos processos instalados pelo particular e naqueles outros em que o particular ocupa o pólo passivo da relação processual. Cf. **O Direito à Prova no Processo Administrativo**, 2004, p. 6. Diante da aplicação da Lei 9.784/99 para os processos gerais da Administração Pública federal, é de se reconhecer a aplicabilidade do preceito também aos processos administrativos normativos.

⁹⁹³ Cf. art. 38, §2º, da Lei 9.784/99.

⁹⁹⁴ Cf. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, **Ensaio sobre o Processo como Disciplina para Exercício da Atividade Estatal**, 2007, p. 275.

⁹⁹⁵ É o texto do art. 3º, inc. II, da Lei 9.784/99: “[o] administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: (...) II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas”.

⁹⁹⁶ É o texto do art. 46 da Lei 9.784/99: “[o]s interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem”.

⁹⁹⁷ Ressalte-se que a Lei 12.527/2011 emprega a expressão “*interessado*” para designar aquele que tenha *interesse em acessar informação pública* e dispõe, portanto, de legitimidade para instaurar procedimento de acesso à informação. Não se pode confundir a acepção empregada na Lei de Acesso à Informação Pública com a noção de “*interesse processual*” delimitada no art. 9º da Lei Federal de Processo Administrativo.

destacam na instrução do processo administrativo normativo. Primeiramente, mencionem-se os *pareceres jurídicos*, geralmente produzidos pela Procuradoria que atua juntamente ao órgão ou ente público competente pela condução do processo administrativo normativo. Como analisado anteriormente⁹⁹⁸, os órgãos jurídicos têm envolvimento direto com o processo administrativo normativo, sendo instados normativamente a se manifestar sobre a proposta de regulamento em discussão. Tais normas não especificam que a análise da minuta pelos órgãos jurídicos deva ser exclusivamente jurídica, podendo, portanto, pronunciar-se sobre a eficiência do desenho normativo.

Ainda pode ser indicada como documento de destaque no processo administrativo normativo a *análise de custo-benefício* da proposta normativa. Muito embora essa análise seja em geral realizada na fase de decisão, com base no princípio da eficiência, as análises de custo-benefício são melhor acomodadas na fase de instrução processual. Ocorre que é neste momento do processo normativo que as diversas alternativas de endereçamento da matéria são desenvolvidas e ponderadas, fazendo da análise de custo-benefício uma avaliação dinâmica e horizontal, que acompanha todo o curso do processo⁹⁹⁹.

Mediante expressa determinação normativa, análises específicas podem ser determinadas como deveres de observância obrigatória pelo Poder Público previamente à edição de regulamento. É o que se verifica, por exemplo, com a *avaliação de impacto regulatório*, que deve ser realizada em processos administrativos normativos de determinados setores regulados. Outros exemplos relevantes nos processos de elaboração de regulamentos ambientais correspondem ao *estudo prévio de impacto ambiental* (EIA) e o *relatório de impacto ambiental* (RIMA).

⁹⁹⁸ Cf. item III.2.1.2.7. deste trabalho.

⁹⁹⁹ Integra a análise de custo benefício o estudo do impacto regulatório sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados pelo Poder Público, a que fazem alusão CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA: “[a] *propositura de qualquer mudança regulatória deve ser acompanhada de justificativa técnica, jurídica e econômica explicando a viabilidade da medida. É preciso apontar o porquê da supressão ou criação de uma dada obrigação às prestadoras de serviços. Mais ainda quando se tratar de concessionária, em função do inafastável dever de obediência ao equilíbrio econômico-financeiro, a medida deve ser respaldada em demonstrativos que indiquem que a alteração não afeta o referido equilíbrio. Assim, criado um novo ônus, há de se demonstrar quais as fontes de receita que cobririam as necessidades de investimento adicionais*”. **O Dever de Motivação na Edição de Atos Normativos pela Administração Pública**, 2011, p. 69. De acordo com o princípio da publicidade, o documento gerado com a análise de custo-benefício deve obrigatoriamente ser publicado para viabilizar a manifestação dos interessados.

A par desses documentos, o Poder Público tem o *dever de deduzir todos os demais documentos necessários à tomada de decisão* envolvendo o exercício de competência normativa¹⁰⁰⁰. Um ato editado sem a devida instrução documental ou cujos documentos juntados ao processo administrativo normativo sejam insuficientes para subsidiá-lo é inválido por ausência de substrato fático para a tomada de decisão¹⁰⁰¹. Trata-se, portanto, de um *vício de motivação*. Na medida em que a motivação corresponde à exposição das razões de fato e de direito que levaram à tomada da decisão administrativa em um determinado sentido, o processo administrativo normativo integra a motivação, pois nele são reconstruídas as circunstâncias fáticas que determinam o exercício da competência normativa¹⁰⁰². Nessa linha, a Lei Federal de Processo Administrativo determina que os documentos juntados ao processo administrativo devem ser necessariamente considerados na fase de decisão. Nos termos do §1º do art. 29 da Lei Federal de Processo Administrativo, “[o] *órgão competente para a instrução fará constar dos autos os dados necessários à decisão do processo*”. Desse modo, a instrução do processo pode ser mais ou menos onerosa a depender da complexidade da matéria objeto da proposta de regulamento. O mais importante é firmar a relação de proporcionalidade entre a complexidade do ato final e a instrução processual, o que deve transparecer na motivação do ato decisório.

¹⁰⁰⁰ O rol de documento mínimo que deve ser juntado ao processo administrativo normativo, na fase de instrução, varia, portanto, de acordo com o regime jurídico aplicável à matéria objeto de regulamentação. Assim, se houver determinação normativa no sentido de que a Administração realize análise de impacto regulatório, o documento resultante desta análise deve constar no processo. De um modo geral, o processo administrativo normativo deve ser instruído com: (i) as publicações correspondentes aos atos interlocutórios, como a agenda regulatória, o aviso prévio de proposta de regulamentação e o aviso de abertura de consulta pública; (ii) os estudos técnicos, pareceres e documentos que permitam compreender e endereçar soluções jurídicas normativas ao objeto em discussão; (iii) os comentários apresentados em fase de participação administrativa e o correspondente relatório elaborado pela Administração Pública; (iv) os demais documentos exigidos por expressa determinação normativa, como relatórios de impacto ambiental, análises de impacto ambiental etc. Nesse sentido, cf. Recomendação ACUS 93-4, de 1993.

¹⁰⁰¹ No sistema norte-americano há jurisprudência no sentido de determinar a existência de fatos para lastrear as normas editadas pelas Agências Reguladoras. Como noticia JEFFREY LUBBERS, a exigência de fatos para que as Agências editassem normas deve-se à preocupação presente à época da edição do APA de que o *rulemaking* seria, na verdade, um instrumento estatizante à semelhança do que se verificava nos países de política socialista. Cf. **A Guide to Federal Agency Rulemaking**, 2006, p. 315-316. Sobre o contexto de edição do APA, cf. item II.3.2.3.2. deste trabalho. A necessária relação entre fatos e regulamentos se afirmou, portanto, nesse cenário, com o *leading case* PACIFIC STATES BOX & BASKET CO. v. WHITE, decidido pela Suprema Corte em 1935 (296 U.S. 176). Todavia, o caso mais relevante na matéria corresponde ao HOME BOX OFFICE, INC. v. FCC (567 F.2d 9, DC Circ., 1977), cuja *ratio decidendi* pode ser sintetizada na seguinte transcrição da decisão judicial: “[w]hatever the law may have been in the past, there can now be no doubt that implicit in the decision to treat the promulgation of rules as a ‘final event’ in an ongoing process of administration is an assumption that an act of reasoned judgment has occurred, an assumption which further implicates the existence of a body of material – documents, comments, transcripts, and statements in various forms declaring agency expertise or policy – with reference to which such judgment was exercised”.

¹⁰⁰² Cf. item IV.3.3. deste trabalho.

Ainda, a Lei Federal de Processo Administrativo estabelece em seu art. 4º, inc. IV, o dever de o administrado “*prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos*”. O dever de colaboração com a instrução do processo administrativo normativo se coloca aos administrados em geral, mas é necessário ressaltar que este preceito foi especificamente redigido visando aos processos conflitivos. Nesses casos, a prestação de informação dos administrados pode ser relevante para a construção da verdade real e, assim, viabilizar a decisão mais acertada considerando o caso concreto. A aplicação mais evidente do preceito se dá no processo administrativo do tipo sancionador. No âmbito do processo administrativo normativo, a determinação deve ser aplicada *cum grano salis*. Não se pode determinar, por exemplo, que um Centro de Pesquisa apresente informações técnicas ou que um escritório de advocacia lavre um parecer jurídico. As informações solicitadas devem ter estreita relação com o processo administrativo normativo, visando à reconstrução do problema que enseja o exercício da competência normativa ou ao melhor desenho normativo. De qualquer modo, aplica-se o disposto no §2º do art. 29 da Lei Federal de Processo Administrativo, segundo o qual “[o]s atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes”.

Durante o desenvolvimento do processo administrativo normativo o Poder Público poderá, eventualmente, tomar contato com outros órgãos ou entes públicos e particulares, quer estes apresentem a condição de interessados ou não. Seria ilusório imaginar que essas comunicações não existem na prática da gestão pública. Ademais, as comunicações estabelecidas entre Administração Pública e terceiros não ocorrem à margem do Direito, pelo contrário, são elas previstas no ordenamento jurídico. A Lei de Organização da Presidência da República e dos Ministérios, por exemplo, determina que a Casa Civil seja o centro de coordenação e integração das ações de governo, o que pressupõe, por certo, a realização de comunicações governamentais entre a Casa Civil e os vários órgãos e entes estatais não independentes da Administração federal¹⁰⁰³. Também a Lei Federal de Processo Administrativo prevê em seu art. 35 a possibilidade de realização de audiência

¹⁰⁰³ É o texto do art. 2º, inc. I, da Lei 10.683/2003: “[a] Casa Civil da Presidência da República compete: I – assistir direta e indiretamente ao Presidente da República no desempenho de suas funções, especialmente: a) na coordenação e na integração das ações de Governo; b) na verificação prévia da constitucionalidade e legalidade dos atos presidenciais; c) na análise do mérito, da oportunidade e da compatibilidade das propostas, inclusive das matérias em tramitação no Congresso Nacional, com as diretrizes governamentais; d) na avaliação e monitoramento da ação governamental e da gestão dos órgãos e entidades da administração pública federal;”.

em reunião conjunta entre órgãos e entes públicos¹⁰⁰⁴. O ponto aqui sustentado é que essas comunicações são salutares à qualidade do ato normativo final, pois a instrução do processo administrativo normativo se torna mais robusta. É imprescindível, porém, que essas comunicações sejam *processualizadas*. Desse modo, quando se fizer necessário ouvir outros órgãos e entes estatais sobre a matéria em discussão no processo administrativo normativo, para fins de instrução, da audiência em reunião conjunta, deve-se lavrar ata para juntada nos autos do processo.

IV.3.2.2. Desenho normativo

O exercício da competência normativa pelo Poder Público, observados os limites legais, é marcadamente discricionário. Isso significa que a Administração Pública dispõe da margem de liberdade dentro dos parâmetros legais para determinar, dentre outros, condicionamentos para exercício de direitos, modo de satisfação das finalidades públicas e comportamentos esperados pelos administrados. Em outros termos, a Administração dispõe de discricionariedade para estabelecer o *desenho normativo* do ato que será editado ao final do processo administrativo normativo.

Via de regra, o desenho do ato normativo é *unilateral*. Diante de uma situação fática específica, os gestores públicos de determinado órgão ou ente administrativo se voltam à definição do conteúdo normativo. Tem-se, assim, uma atividade interna da Administração Pública, cuja participação dos particulares, quando permitida, se verificará apenas ao final dessa longa fase de elaboração do conteúdo normativo. Como consequência, a participação administrativa tende a ser inexpressiva. De fato, a maior parcela das contribuições acatadas pelas Agências Reguladoras no Brasil tende a ser de sugestão de redação¹⁰⁰⁵ provinda de número muito limitado de participantes¹⁰⁰⁶. Ocorre

¹⁰⁰⁴ É o texto do art. 35 da Lei 9.784/99: “[q]uando necessária à instrução do processo, a audiência de outros órgãos ou entidades administrativas poderá ser realizada em reunião conjunta, com a participação de titulares ou representantes dos órgãos competentes, lavrando-se a respectiva ata, a ser juntada aos autos”.

¹⁰⁰⁵ Cf. PAULO TODESCAN LESSA MATTOS, **O Novo Estado Regulador no Brasil**, 2006, p.285.

¹⁰⁰⁶ Essa é a constatação de EGON BOCKMANN MOREIRA, “[f]rise-se que não há dúvidas de que a participação é restrita. Atinge um número muito limitado de pessoas que antes se qualificam como detentoras de interesse econômico a ser regulado do que propriamente como cidadãos no exercício de seus

que a unilateralidade da elaboração do desenho normativo juntamente com a abertura da participação administrativa apenas em um estágio avançado do processo normativo, praticamente quando a íntegra do ato normativo estiver pronta, compromete a efetividade da participação administrativa.

Dentre as técnicas de governança pública está a superação da postura adversária da relação entre Poder Público e particulares, de modo que estes sejam efetivos partícipes na tomada de decisão administrativa. A participação administrativa é apenas um dos modos de promover a interação público-privada no âmbito do processo administrativo normativo. Outros mecanismos ainda podem ser cogitados¹⁰⁰⁷, os quais devem se desenvolver obrigatoriamente no âmbito do processo administrativo normativo a fim de garantir a transparência necessária ao controle da atividade normativa.

No decorrer da instrução processual, gestores públicos podem promover diálogos com entidades privadas diretamente interessadas no ato normativo¹⁰⁰⁸, como associações de consumidores, empresas reguladas ou organizações não governamentais. Não há disciplina normativa específica sobre as reuniões realizadas por autoridades públicas com particulares¹⁰⁰⁹. De praxe, por exemplo, órgãos e entes federais têm divulgado suas agendas de reunião, indicando local, data e horário do encontro, bem como a relação dos nomes dos presentes. Na qualidade de atos de instrução processual, os diálogos do Poder Público com os particulares no processo administrativo normativo devem seguir a disciplina da Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99).

direitos políticos. É desproporcionalmente baixo o número de pessoas que participam das consultas (usualmente, apenas aquelas com acesso a jornais de grande circulação ou a informações via Internet)". **Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a "Elaboração Processual de Normas"**, 2003, p. 18. A conclusão do autor diante desse cenário é contundente: "(...) a atuação das agências efetivamente contempla um déficit democrático, pouco importa o conceito que se tenha de democracia". *Idem*, p. 25.

¹⁰⁰⁷ É o que se depreende do art. 33 da Lei 9.784/99, de seguinte redação: "[o]s órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas".

¹⁰⁰⁸ Cf. art. 9º da Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99).

¹⁰⁰⁹ A inexistência de disciplina jurídica sobre as reuniões entre autoridades públicas e particulares decorre, em grande medida, da proibição da atividade de *lobby* no Brasil. Todavia, as reuniões no processo administrativo normativo não se confundem com a atividade de *lobby*. Na medida em que essas reuniões se destinam unicamente ao recolhimento de informação relevante para o desenho normativo, elas mais se aproximam de *audiências particularizadas*.

As reuniões devem ser realizadas preferencialmente na sede do órgão ou ente administrativo¹⁰¹⁰ em dias úteis e no horário normal de funcionamento da repartição na qual tramita o processo¹⁰¹¹. O art. 22, *caput*, da Lei Federal de Processo Administrativo indica que os atos do processo não dependem de forma determinada, ressalvados os condicionamentos expressamente determinados em lei. O modo de desenvolvimento da reunião, portanto, é bastante flexível. No entanto, recomenda-se que seja adotado um modelo similar ao “*open meeting*” norte-americano disposto no *Government Sunshine Act*, de 1972. Na prática brasileira, considerando a Lei Federal de Processo Administrativo, a solução de direito comparado pode ser aproveitada para determinar que as reuniões sejam previamente publicadas e que os interessados nos termos do art. 9º da Lei 9.784/99 possam acompanhar a reunião. Recomenda-se que as reuniões sejam gravadas e ao menos a sua ata seja apensada no processo normativo na medida em que os atos do processo, nos termos do §1º do art. 22 da Lei 9.784/99, devem ser produzidos por escrito. De acordo com esta prescrição normativa, depreende-se, ainda, o dever de indicação da data e do local de realização, bem como a assinatura da ata pela autoridade pública responsável pela condução do processo administrativo normativo.

Além das pessoas diretamente interessadas no ato normativo, o desenho normativo pode resultar de diálogos com órgãos e entes públicos, especialmente aqueles vocacionados à qualificação da atuação estatal¹⁰¹². Nessa linha, entidades privadas de pesquisa podem ser convidadas a se posicionar sobre o conteúdo normativo em debate e mesmo elaborar estudos técnicos que lastreiem o desenho normativo pelo Poder Público. Também esses diálogos se caracterizam como atos processuais para todos os efeitos, submetendo-se, portanto, às regras acima indicadas da Lei Federal de Processo Administrativo. Ademais, os documentos gerados devem necessariamente ser juntados no processo administrativo normativo. Nessa linha, o convite às categorias cuja participação a Administração considerar relevante terá a forma de “*intimação*”, nos termos do art. 26 da Lei 9.784/99¹⁰¹³.

¹⁰¹⁰ Cf. art. 25, *caput*, Lei 9.784/99.

¹⁰¹¹ Cf. art. 23, *caput*, Lei 9.784/99.

¹⁰¹² São exemplos de órgãos e entes voltados ao aprimoramento das instituições públicas e seu funcionamento, na esfera federal, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), o Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA) e a Escola Nacional de Administração Pública (ENAP).

¹⁰¹³ Embora o *caput* do art. 26 da Lei 9.784/99 disponha que a intimação se destina ao “*interessado*”, que, como analisado, configura um significado técnico na Lei Federal de Processo Administrativo, a intimação pode também ser direcionada àqueles que não figurem na posição de interessados, mas cuja

Em resumo, o desenho normativo pode ser uma atividade inteiramente unilateral, sendo uma produção interna do órgão ou ente público, ou decorrer de diálogos com outros agentes públicos ou com particulares. À autoridade pública responsável pela condução do processo administrativo normativo compete, discricionariamente, definir os termos do desenho normativo. Ressalte-se que inexistente óbice jurídico para que a Administração aproveite soluções jurídicas privadas em suas normativas regulatórias. Como exemplo, pode-se mencionar a incorporação de prescrições normativas de autorregulação nas normas regulatórias.

Outro instrumento de grande utilidade para o desenho normativo corresponde ao aviso prévio de proposta de regulamentação, já evidenciado na prática da regulação brasileira. No sistema norte-americano, o instrumento (denominado *advance notices of proposed rulemaking* – ANPRM) é verificado antes da instauração do *rulemaking*. Em alguns casos, de acordo com a previsão regulamentar, o *rulemaking* é instaurado com o ANPRM¹⁰¹⁴. Esta orientação, contudo, não parece ser a mais indicada para a atividade normativa no Brasil, tendo em vista que a competência normativa deve ser desenvolvida no curso do processo administrativo normativo. Desse modo, o aviso prévio de proposta de regulamentação integra a instrução processual.

A principal utilidade do aviso prévio de proposta de regulamentação é possibilitar que os particulares se posicionem sobre uma minuta normativa *antecipadamente*, isto é, quando o desenho normativo ainda esteja em estágio incipiente. Trata-se de um instituto similar à consulta pública, dado que a proposta de norma é colocada à disposição para

manifestação pode ser oportuna para a melhor qualidade do regulamento. Indica-se, por exemplo, a intimação de centros de pesquisa especializados para que se posicione sobre um ou mais pontos da minuta de ato normativo em discussão. Desse modo, a intimação deve conter: (i) a identificação do intimado e o nome do órgão ou entidade administrativa; (ii) a finalidade da intimação, que corresponde à participação em consulta pública; (iii) o período de contribuição, bem como o modo de endereçamento; (iv) indicação, ainda que resumida, da motivação do ato de abertura da consulta pública; (v) explicação sobre como obter mais informações e documentos relacionados à consulta pública; e (vi) explicitação de como as contribuições recebidas serão analisadas e processadas, isto é, que o aproveitamento das mesmas ficará a critério exclusivo do Poder Público, mas ensejará direito de resposta fundamentado em Relatório de Consulta Pública. De acordo com o §2º do preceito em comento, a intimação deverá ter antecedência mínima de três dias da abertura da consulta pública. Ainda, a intimação poderá ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza de ciência, a exemplo de mensagem eletrônica (*e-mail*), segundo o art. 26, §3º, da Lei 9.784/99.

¹⁰¹⁴ Cf. JEFFREY LUBBERS, **A Guide to Federal Agency Rulemaking**, 2006, p. 210. Cf., ainda, Recomendação ACUS 76-3/76.

comentários em meio eletrônico por prazo determinado. Todavia, difere da consulta pública quanto ao tempo da abertura à participação na medida em que a norma é lançada para opinião pública logo no começo da instrução do processo administrativo normativo. Desse modo, o documento disponibilizado pode ser efetivamente um *draft*, com indicação de opções e rascunhos de preceitos normativos. O documento também pode ser a simples notícia de proposta de regulamentação sobre determinado tema. Os particulares podem, assim, posicionarem-se de modo efetivo sobre elementos centrais do desenho normativo, o que dificilmente seria possível na típica fase de participação administrativa¹⁰¹⁵.

A par da utilidade de tornar a participação administrativa mais efetiva, o aviso prévio de proposta de regulamentação contribui para o desenho normativo¹⁰¹⁶. Por um lado, o Poder Público cataloga os grupos de interesse envolvidos e suas reivindicações, o que é fundamental para a redação de soluções jurídicas menos conflitivas. Por outro, o aviso prévio de proposta de regulamentação permite recolher informação relevante para o desenho normativo, inclusive de ordem técnica.

IV.3.2.3. Participação administrativa

No Direito Administrativo brasileiro, há uma tendência de abertura do processo administrativo à participação administrativa. Como analisado¹⁰¹⁷, a Administração Pública cada vez mais faz uso de instrumentos de diálogo com os particulares, enquanto no âmbito teórico a participação já pode ser indicada como uma linha de pesquisa em ascensão. Além de ser um instrumento que efetivamente reflete a emancipação do particular frente ao

¹⁰¹⁵ “An ANPRM, published before agency officials have selected an option – conceivably even before agency officials have selected an option – can provide a genuine opportunity for the public to influence the content of agency policy. It can also permit the agency to identify pockets of resistance to, or arguments against, new policies before committing its full energies and prestige to an unpopular initiative”. Cf. JERRY MASHAW, RICHARD MERRILL e PETER SHANE, **Administrative Law**, 1998, p. 525.

¹⁰¹⁶ Diante da constatação de que muitas das decisões normativas são tomadas ainda antes da instauração do *rulemaking* e, portanto, da notícia de participação administrativa, RICHARD MURPHY sugere como alternativa ao tradicional *notice-and-comment* a adoção, em tempo real, de divulgação eletrônica de “contatos prévios à notícia de participação” com a finalidade de influenciar no desenho normativo. Além da potencialidade de tornar mais efetivo o envolvimento dos interessados no processo regulamentar, a solução jurídica defendida pelo autor busca a conferir maior transparência aos processos decisórios das Agências. Cf. **Enhancing the Role of Public Interest Organizations in Rulemaking via Pre-Notice Transparency**, 2012, p. 691-704.

¹⁰¹⁷ Cf. item III.2.1.2.3. deste trabalho.

Poder Público, que passa a ser um colaborador no exercício de competências administrativas, a participação também permite recolher informação relevante para o desenho das decisões públicas, o que é particularmente vantajoso em razão da assimetria informacional que obstaculiza uma ação administrativa mais eficiente. É, por excelência, uma das principais manifestações do contraditório no processo administrativo normativo¹⁰¹⁸.

Um dos instrumentos hoje mais enaltecidos na doutrina de direito administrativo, a prática da participação administrativa, porém, ainda é um desafio.

Normas são editadas para dispor sobre o funcionamento da participação administrativa ou estabelecer o dever de a elaboração de regulamentos ser obrigatoriamente precedida por diálogos em instrumentos participativos. Com a edição das leis gerais de processo administrativo no final da década de 1990, o valor da participação administrativa não apenas foi legalmente consagrado, como também expressamente previsto em *permissivos genéricos*, viabilizando a adoção discricionária de instrumentos de participação administrativa pelas autoridades públicas no âmbito do processo administrativo. Devido à importância dos preceitos, especialmente para a análise que se propõe nessa tese, a transcrição integral desses preceitos na Lei Federal de Processo Administrativo se mostra oportuna¹⁰¹⁹:

Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99)

“Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados,

¹⁰¹⁸ Cf. ODETE MEDAUAR, **Processualidade no Direito Administrativo**, 1993, p. 106-107.

¹⁰¹⁹ Com relação à Lei Paulista de Processo Administrativo (Lei paulista 10.177/98), os seguintes preceitos fundamentam juridicamente a participação administrativa: *“Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo. Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas. Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado”*.

diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado”.

Na medida em que a Lei Federal de Processo Administrativo incide subsidiariamente aos processos administrativos federais¹⁰²⁰, inclusive naqueles desenvolvidos pelas Agências Reguladoras, tem-se que a “*audiência pública para debates sobre a matéria do processo*” pode ser discricionariamente realizada pelos órgãos e entes administrativos federais, independente de previsão específica em lei formal ou regulamento. Importante frisar que a “*audiência pública para debates sobre a matéria do processo*” não se limita à figura da “*audiência pública*”, instrumento de participação administrativa que na prática regulatória geralmente corresponde à dinâmica de discussão sobre o conteúdo de uma decisão administrativa presencial, isto é, em local e hora determinados, com a presença de reguladores, regulados e interessados. Trata-se, no entanto, de uma terminologia polissêmica. Uma vez que as autoridades reguladoras dispõem de competência para disciplinar seus procedimentos, observados os preceitos constitucionais e as leis gerais de processo administrativo, a funcionalidade conferida às audiências públicas e suas correspondentes dinâmicas podem variar significativamente¹⁰²¹. É o que se verifica, por exemplo, na CVM. Para esta instituição, a audiência pública consiste no instrumento de participação intermediado por um sistema eletrônico de coleta de comentários na *internet*, o que se assemelha às “*consultas públicas*”.

Portanto, não se pode limitar a interpretação do art. 32 da Lei 9.784/99 e afirmar que este permissivo genérico abrange apenas as audiências públicas. Ocorre que a Lei Federal de Processo Administrativo empregou o termo “*audiência pública*” não em sua acepção técnica, mas para prever a oportunidade de diálogo com os particulares para *debater a matéria do processo*. A tônica do preceito incide sobre a expressão “*debates sobre a matéria do processo*”, de modo que a Administração Pública federal pode fazer

¹⁰²⁰ Cf. art. 69 da Lei 9.784/99.

¹⁰²¹ Nessa linha, cf. EGON BOCKMANN MOREIRA, **Agências Administrativas, Contratos de Serviços Públicos e Mutabilidade Regulatória**, 2009, p. 10.

uso de qualquer instrumento de participação administrativa que sirva a debater a matéria do processo, independentemente do *nomen juris* que lhe seja atribuído.

Mais recentemente, a Lei de Acesso à Informação Pública (Lei 12.527/2011) também reconheceu a participação administrativa como um valor público, nos seguintes termos:

“Art. 9º. O acesso a informações públicas será assegurado mediante:

(...)

II – realização de audiência ou consultas públicas, incentivo à participação popular ou a outras formas de divulgação”.

De acordo com o preceito transcrito da Lei de Acesso à Informação Pública, depreende-se que a participação administrativa consiste também em um instrumento de divulgação das ações administrativas. Consequentemente, a participação administrativa tanto potencializa o controle social quanto possibilita o acompanhamento mais próximo pelos cidadãos da agenda de trabalho da Administração Pública, o que se coaduna com a noção de transparência. O elemento de análise que o art. 9º, inc. II, da Lei de Acesso à Informação Pública mais relevante, porém, corresponde à *preferência à participação administrativa*.

A Lei de Acesso à Informação Pública complementa as leis gerais de processo administrativo quanto à disciplina da participação administrativa. Se na Lei Federal de Processo Administrativo a participação administrativa – quanto à discussão sobre o conteúdo da decisão final – é legitimada para que todos os órgãos e entes administrativos possam dela fazer uso, na Lei de Acesso à Informação Pública, a participação administrativa passa a ser pressuposta na atividade administrativa. Tendo a Administração Pública o dever de conferir acesso à informação pública, ressalvados os casos de sigilo, e na medida em que a participação administrativa constitui um mecanismo para assegurar o acesso a informações públicas, a Lei 12.527/2011 termina por estabelecer uma preferência pela participação administrativa. Preferência que não se confunde com obrigação, porém. A discricionariedade na escolha pela participação administrativa determinada na Lei Federal de Processo Administrativo se mantém, de modo que a Administração Pública, no

caso concreto, pode decidir por abrir o processo administrativo à participação administrativa ou não¹⁰²². O dever de realizar audiências e consultas públicas, por exemplo, se coloca apenas no âmbito dos subsistemas, por imposição legal ou por autovinculação administrativa.

A única obrigação que se extrai do art. 9º, inc. II, da Lei de Acesso à Informação Pública corresponde ao dever de considerar na motivação final a participação administrativa. Isso significa que, caso o processo administrativo não seja aberto à participação administrativa, coloca-se o ônus de apresentar as razões de fato e de direito determinantes para a tomada de decisão sem recolher comentários sobre o conteúdo do ato normativo¹⁰²³. Por outro lado, quando se verificar a participação administrativa, a motivação do ato normativo final deve necessariamente dialogar com as sugestões colhidas na fase de comentários, ao menos por duas vias: (i) referência direta às sugestões apresentadas ou (ii) análise da ata da audiência pública ou do documento de resposta às contribuições recebidas, como exige o art. 34 da Lei Federal de Processo Administrativo. Há, portanto, ônus argumentativo do gestor público com relação à participação administrativa.

Reconhece-se o *direito de participação administrativa* nas hipóteses em que seja expressamente prevista a obrigatoriedade de fase de comentários no processo administrativo ou, caso a participação seja discricionária, quando o Poder Público decidir

¹⁰²² O Direito Administrativo brasileiro não confere parâmetros para a escolha em realizar, ou não, participação administrativa. Alguns subsistemas buscam colmatar essa lacuna estabelecendo critérios que devem ser considerados pelas autoridades públicas com relação à participação administrativa. É o caso da ANCINE, cuja Resolução 40/2011, que dispõe sobre os procedimentos de audiência e consulta pública, estabelece em seu art. 3º os seguintes parâmetros para abertura do processo administrativo normativo à participação administrativa: “art. 3º. A instauração dos procedimentos de Consulta e Audiência públicas observará as seguintes disposições: §1º. Tratando-se de Instruções Normativas, matérias com trâmite em caráter excepcional de urgência ou que dispuserem sobre a atualização de texto ou correção de erro material, poderão, a critério da Diretoria Colegiada, prescindir de Consulta e Audiências públicas. §2º. Tratando-se de outros instrumentos normativos, a Diretoria Colegiada decidirá sobre a realização de Consultas públicas. (...)”. A fixação de balizas para a escolha de realização de audiências e consultas públicas é altamente recomendável em razão de tanto conferir segurança jurídica ao exercício de competências normativas quanto previsibilidade aos regulados e interessados sobre seu direito de manifestação sobre minuta de ato normativo em elaboração. Têm-se aí critérios mais firmes que o etéreo “*interesse público*”. Em qualquer caso, a análise de custo-benefício acerca da realização de participação administrativa, bem como à escolha do instrumento que será utilizado, é bem-vinda.

¹⁰²³ Nesse sentido, cf. ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, **Agências Reguladoras. A evolução do Direito Administrativo Econômico**, 2006, p. 439. O fundamento recolhido pelo autor para justificar o dever de a Administração Pública motivar a recusa de abertura de participação administrativa diante de requerimento de particular é constitucional, galgado nos preceitos que privilegiam a participação dos interessados nas decisões administrativas, quais sejam, art. 1º, *caput*, e inc. I; art. 5º, inc. XXXIII, e inc. XXXIV; art. 37, *caput* e §3º; e art. 175, inc. II. *Idem, ibidem*.

pela abertura do processo à participação administrativa. Nesses casos, o particular goza do direito oponível à Administração de se manifestar sobre a proposta de regulamento em discussão na esfera administrativa¹⁰²⁴. Por sua vez, o Poder Público tem o ônus de viabilizar a fase de comentários no processo administrativo normativo, cuja notícia deve ser dada em tempo suficiente para preparo das contribuições considerando a complexidade da matéria em discussão, bem como disponibilizar todos os documentos que sejam necessários à formação do juízo de opinião do particular. O direito de participação administrativa é, antes de tudo, amplo e transversal, apresentando-se em todas as suas etapas. Na sequência essas etapas da participação administrativa serão analisadas¹⁰²⁵, considerando o aperfeiçoamento do direito de participação em cada uma delas.

IV.3.2.3.1. Abertura da participação administrativa

A notícia de participação administrativa, também conhecida como *abertura de participação administrativa*, corresponde a um ato administrativo declaratório publicado em Diário Oficial e, em regra, disponibilizado na página de *internet* do respectivo órgão ou ente governamental. Inexiste previsão normativa expressa sobre a formalização da notícia de participação administrativa. A praxe nas Agências Reguladoras federais é indicar o período em que as contribuições podem ser submetidas e a especificação de algum mecanismo eletrônico para tanto. Eventualmente, é apresentada exposição de motivos da minuta normativa. Juntamente com este ato, são disponibilizados na página eletrônica da instituição documentos técnicos, a minuta normativa e sua exposição de motivos.

Em resumo, o ato que noticia a abertura de período de consulta pública deve, ao menos: indicar a proposta de norma submetida à fase de comentário; especificar o período

¹⁰²⁴ Segundo MARCOS AUGUSTO PEREZ, “[m]uitos dos institutos de participação popular na Administração Pública assumem caráter deliberativo ou possuem força vinculante, melhor dizendo, decorrem da estruturação de processos de formação de atos administrativos, com a participação da sociedade no momento da tomada de decisão. Nesses casos, o cidadão toma parte, diretamente ou através de representantes, do ato de decidir e compartilha, é necessário reconhecer, dos poderes constitucionais atribuídos à Administração Pública”. **A Administração Pública Democrática. Institutos de Participação Popular na Administração Pública**, 2004, p. 60-68.

¹⁰²⁵ Saliente-se, contudo, que a participação administrativa não constitui processo “*a par*” do processo administrativo normativo. Pelo contrário, esta integra o processo normativo. Cf. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, **Balanco e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil**, 2005, p. 9.

de recebimento das contribuições, bem como o modo de envio dos comentários; e indicar a autoridade competente pelo processo administrativo normativo, acompanhado da devida numeração. O mesmo conteúdo mínimo deve ser evidenciado no ato de notícia de audiência pública, com a diferença de que a data e o local da realização da audiência devem ser indicados ao invés do período de submissão de contribuições. Em ambos os casos se faz necessária a descrição do procedimento específico a ser seguido na participação administrativa (como a necessidade de registro prévio para a exteriorização de comentário em audiência pública ou o modo de preenchimento de formulários em consulta pública, por exemplo). Ademais, a notícia de participação administrativa deve ser acompanhada da proposta de ato normativo e pelos documentos relacionados.

Não há necessidade de que a proposta de regulamento esteja “*fechada*”, já com todos os preceitos normativos dispostos com redação final, o que indica estágio avançado do processo administrativo normativo. Como já foi objeto de análise, a submissão de uma proposta de regulamento já em estágio avançado pode ser temerário à efetividade das contribuições que serão apresentadas na audiência ou na consulta pública, pois a Administração possivelmente já se encontraria amadurecida sobre a matéria em discussão e convencida sobre a solução jurídica que propõe. Desse modo, as minutas normativas não dispõem de um formato específico. Quando da publicação, seu texto pode ser composto, por exemplo, de alternativas a um determinado preceito normativo ou de artigos sem a redação final, mas apenas com a indicação sobre o que será disposto. Fundamental, porém, que a proposta de regulamento seja suficientemente descritiva da norma que será futuramente editada, contendo todas as principais disposições, de modo que o particular possa antever o desenho normativo final e participar de sua construção com contribuições¹⁰²⁶.

A apresentação de documentos que instruem o processo administrativo normativo relaciona-se à diretriz da *gestão transparente da informação* prevista na Lei de Acesso à Informação Pública¹⁰²⁷. Porém, quais documentos devem ser obrigatoriamente colocados à disposição dos particulares para elaboração de comentários?

¹⁰²⁶ Essa é a linha de um dos principais precedentes norte-americanos sobre o tema em discussão, qual seja, CHOCOLATE MANUFACTURERS ASS’N v. BLOCK, 755 F.2d 1098 (4th Circ., 1985).

¹⁰²⁷ Cf. art. 6º, inc. I, Lei 12.527/2011.

Trata-se de questão de fundamental importância para garantir a efetiva participação administrativa. Sem acesso a determinados documentos, as contribuições se limitariam à minuta formal do ato normativo, quando podem também ser destinadas ao modo de interpretação de dados técnicos e metodologias científicas pelo Poder Público. Ademais, sem acesso a esses documentos os particulares estariam sempre “*um passo atrás*” da Administração na análise do conteúdo normativo.

A Lei Federal de Processo Administrativo e a Lei de Acesso à Informação Pública não apresentam dispositivo normativo que determine o rol de documentos que devam ser disponibilizados. Todavia, pela análise do art. 2º, *parágrafo único*, inc. VII¹⁰²⁸, da Lei 9.784/99 depreende-se que todos os documentos, análises técnicas, atos processuais e demais elementos que integrem o processo administrativo normativo devem ser divulgados desde que sejam *determinantes à decisão administrativa*. De fato, se não houver divulgação dos documentos que informem a racionalidade utilizada pelo Poder Público para elaborar a norma, as contribuições serão irrelevantes. Em outros termos, coloca-se o dever de a Administração apresentar todos os elementos que levaram ao desenho normativo submetido a comentários públicos¹⁰²⁹. A mesma exigência de disponibilização de documentos se coloca no caso em que o Poder Público fizer uso de nova metodologia científica ou dados técnicos no curso do processo administrativo normativo, ensejando direito de manifestação dos interessados caso (i) a participação administrativa seja obrigatória e (ii) esse novo documento seja significativo para o desenho normativo do

¹⁰²⁸ Este é o texto do art. 2º, *parágrafo único*, inc. VII, da Lei 9.784/99: “[n]os processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) VII – indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”.

¹⁰²⁹ A exigência de disponibilização de documentos técnicos e de metodologia científica na fase de comentários é cediça na jurisprudência norte-americana. A *ratio decidendi* pode ser depreendida na seguinte passagem do caso CONNECTICUT LIGHT AND POWER CO. v. NRC: “[i]n order to allow for useful criticism, it is especially important for the agency to identify and make available technical studies and data that it has employed in reaching the decisions to propose particular rules”. 673 F.2d 525 (DC Circ. 1982). O *leading case*, no entanto, é o caso PORTLAND CEMENT ASS’N v. RUCKELSHAUS (486 F.2d 375, DC Circ. 1973). “When the basis for a proposed rule is a scientific decision, the scientific material which is believed to support the rule should be exposed to the view of interested parties for their comment. One cannot ask for comment on a scientific paper without allowing the participants to read the paper. Scientific research is sometimes rejected for diverse inadequacies of methodology; and statistical results are sometimes rebutted because of a lack of adequate gathering technique or of supportable extrapolation. Such is the stuff of scientific debate. The suppress meaningful comment by failure to disclose the basic data relied upon is akin to rejecting comment altogether”. UNITED STATES v. NOVA SCOTIA FOOD PRODUCTS CORP. 568 F.2d 240, 2nd Circ., 1977. Sobre a análise da jurisprudência a respeito da necessidade de divulgação de dados técnicos e científicos quando da notícia de *rulemaking*, cf. MICHAEL ASIMOW e RONALD M. LEVIN, **State and Federal Administrative Law**, 2009, p. 218-220.

regulamento final¹⁰³⁰. Logo, há intrínseco relacionamento entre a *motivação* do ato normativo em construção e o ato de notícia de participação administrativa. Ademais, esses documentos devem ser disponibilizados na página de *internet* oficial do órgão ou ente público, tendo em vista o disposto no art. 8º, §1º, da Lei de Acesso à Informação Pública¹⁰³¹.

Outra questão direciona a análise dos documentos que devam ser colocados à disposição do público na notícia de participação administrativa: tendo em vista a quantidade de documentos técnicos e informação colocada para apreciação do particular, seria obrigatória a sistematização desses elementos? Ocorre que a quantidade de informação pode ser um óbice à participação administrativa, pois, muito embora os dados completos sejam acessíveis, o volume de informação e os elementos técnicos podem impedir a ampla participação da sociedade, restringindo as contribuições àqueles que detêm o conhecimento técnico especializado, geralmente grandes empresas reguladas. A partir da edição da Lei de Acesso à Informação Pública, em 2011, a resposta mostra-se afirmativa:

Art. 8º, § 3º. “Os sítios de que trata o §2º [páginas oficiais de *internet*] deverão, na forma de regulamento, atender, entre outros, aos seguintes requisitos:

I - conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão;

II - possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações;”.

Nos termos do art. 8º, §3º, inc. I e II, da Lei de Acesso à Informação Pública, não se mostra mais suficiente delimitar o período de participação administrativa e disponibilizar documentos brutos na página da *internet*. Doravante, faz-se necessário também que haja sistematização do conteúdo da minuta normativa e seus documentos correlatos, de modo

¹⁰³⁰ Nessa linha, cf. MORTGAGE INVESTORS CORP. OF OHIO v. GOBER, 220 F.3d 1375 (Fed. Circ., 2000).

¹⁰³¹ É o texto do art. 8º, §1º, da Lei de Acesso à Informação Pública (Lei 12.527/2011), de seguinte redação: “[p]ara cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (*internet*)”.

que o particular possa apreender com facilidade o conteúdo essencial em discussão para verificar se o seu interesse é de alguma forma atingido e, assim, se irá ou não contribuir¹⁰³². Tal deliberação se coaduna com a diretriz do art. 2º, *parágrafo único*, inc. IX, da Lei Federal de Processo Administrativo, que determina a “*adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados*”. O ato de notícia de participação administrativa mostra-se como o meio mais apropriado para tanto.

No caso de insuficiência dos documentos disponibilizados pelo Poder Público para a realização de participação administrativa, o particular dispõe do direito de requerimento dos documentos, caso tenha condição de legitimado, ou poderá instaurar *procedimento de acesso à informação*, nos termos do art. 10 da Lei 12.527/2011¹⁰³³.

A notícia de participação administrativa pode ser denominada de acordo com o instrumento que será utilizado pelo Poder Público para receber comentários sobre a proposta normativa em elaboração. Assim, são reconhecidas a notícia de audiência pública e a notícia de consulta pública quando a participação administrativa se desenvolver, respectivamente, por meio de audiência e consulta pública. Trata-se de um dos atos mais determinantes para o sucesso do processo administrativo normativo. De fato, com ampla publicidade e devida apresentação dos documentos, maiores são as chances de que a participação administrativa seja efetiva.

Importante, portanto, que a publicidade do ato de abertura da participação administrativa não se restrinja à publicidade formal do Diário Oficial. Além da *internet*, outros mecanismos podem ser cogitados para conferir a mais ampla possível divulgação da realização de audiência ou consulta pública. Além da publicação no Diário Oficial e na página de *internet*, a participação administrativa pode ser noticiada na imprensa geral ou especializada, de acordo com a identificação dos interesses em jogo. Exatamente por não existir a cultura de participação administrativa na sociedade brasileira, a Administração

¹⁰³² Há disposição expressa no sentido de que a notícia de participação administrativa deve conter a sistematização básica das informações correlatas ao processo normativo no APA. No caso, o ato corresponde à notícia de processo normativo (*notice of proposed rulemaking – NPRM*) e o §553(b)(3) especificamente estabelece que a notícia deve incluir “*either the terms or substance of the proposed rule or a description of the subjects and issues involved*”.

¹⁰³³ Cf. item IV.3.2.1. deste trabalho.

deve preferencialmente assumir uma postura proativa de identificar os potenciais interessados no objeto da norma e convidá-los a se posicionar sobre a medida¹⁰³⁴. Também podem ser convidados a se manifestar os agentes privados que disponham de informação que a Administração necessite para desenhar a norma¹⁰³⁵. Nesta hipótese, a participação administrativa se aproxima da função de *disclosure*. Com o advento da *internet* e o desenvolvimento de mídia social, esses passam a ser instrumentos de grande importância para a divulgação da notícia de participação administrativa.

Assim como não há obrigação normativa para adoção desses outros métodos de notícia de abertura de audiência ou consulta pública, também inexistem óbices jurídicos para tanto. Trata-se de uma decisão discricionária da autoridade competente para condução do processo administrativo normativo. Importante considerar que quanto maior a divulgação, potencialmente maior será a quantidade de contribuições, as quais devem ser objeto de consideração quando da edição do ato normativo final, nos termos do art. 34 da Lei Federal de Processo Administrativo. O tempo a ser dispendido na análise das contribuições pode comprometer o tempo de resposta normativa ao mercado e à sociedade. Desse modo, uma série de valores públicos e efeitos operacionais do processo administrativo normativo deve ser considerada pelo Poder Público na determinação dos modos de publicidade da abertura da participação administrativa.

Com relação ao tempo de publicação da notícia de participação, as Agências Reguladoras federais geralmente determinam o prazo de trinta dias entre a publicação e a realização da audiência pública ou o término do período de submissão das contribuições em consulta pública. Discricionariamente, porém, essas Agências prorrogam o prazo inicialmente estipulado para mais trinta dias. Algumas Agências, inclusive, especificam em atos normativos próprios o período de recebimento das contribuições em consulta pública. O mais importante, porém, é que o período entre a notícia de participação administrativa e a realização da audiência pública ou o termo da consulta pública seja suficiente para efetiva preparação e estudo por parte dos interessados. Assim, soluções cartesianas e uniformes de período de contribuição (30 ou 60 dias, por exemplo) devem ser lidas de modo mitigado: o prazo fixado deve ser condizente ao tempo de preparo de uma

¹⁰³⁴ Cf. JEFFREY LUBBERS, *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, 2006, p. 276-277.

¹⁰³⁵ *Idem, ibidem.*

contribuição efetiva (proporcionalidade)¹⁰³⁶ para garantia dos direitos de comunicação do particular perante o Poder Público¹⁰³⁷. Desse modo, essas determinações correspondem ao *prazo mínimo*; prazos mais dilatados podem ser acatados dependendo da complexidade da proposta de norma ou do grau de conflito de interesses envolvidos, por exemplo. Do contrário, a efetividade das contribuições resta comprometida.

Se de um processo de adjudicação resultar um ato geral e abstrato, esta decisão final caracteriza o processo como normativo, ainda que não tenha sido tomado como tal originariamente. Ocorre que, neste caso, houve exercício de competência normativa pela Administração Pública. Assim, caso a participação administrativa seja prevista como obrigatória, deve-se abrir aos particulares a possibilidade de apresentarem as suas considerações sobre a proposta de regulamento antes mesmo da edição do ato, sob pena de invalidação da decisão administrativa final.

IV.3.2.3.2. Dinâmica da participação administrativa: o exemplo da consulta pública

Correspondente ao modo pelo qual os particulares apresentam as suas contribuições sobre determinada proposta de regulamento, a dinâmica de participação administrativa varia de acordo com o instrumento de diálogo em prática. Como analisado no Capítulo III¹⁰³⁸, a consulta pública desenvolvida em ambiente eletrônico passou a ser o principal instrumento de participação administrativa nos processos normativos conduzidos pela Administração. Sem desconhecer a existência de outros mecanismos participativos, como a audiência pública, este item se volta a analisar a dinâmica de participação administrativa pela perspectiva da consulta pública. Os limites metodológicos da presente tese não permitiriam apresentar uma resposta uníssona e eficiente para o funcionamento das consultas públicas no Brasil, mesmo porque uma proposição dessa natureza demandaria

¹⁰³⁶ Cf. art. 2º, *parágrafo único*, inc. VI, da Lei Federal de Processo Administrativo. É a redação do preceito: “*adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público*”. Nesse sentido cf. Recomendação ACUS 71-6/71.

¹⁰³⁷ Cf. art. 2º, *parágrafo único*, inc. X, da Lei Federal de Processo Administrativo. É a redação do preceito: “*garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio*”.

¹⁰³⁸ Cf. item III.2.1.2.3. deste trabalho.

estudos interdisciplinares e análise de sucessivos casos. Pretende-se, tão somente, reafirmar que o Direito importa para o sucesso da dinâmica das consultas públicas. Novamente, a diretriz de análise é o direito de participação.

Na prática brasileira, a dinâmica da consulta pública é desenvolvida na maior parte das vezes por meio de recursos eletrônicos colocados à disposição do público em geral. Em geral, um espaço eletrônico é direcionado para a consulta pública, no qual são disponibilizados eletronicamente os documentos necessários para a formulação de comentários pelos participantes, inclusive a proposta normativa¹⁰³⁹. Durante o período de participação, qualquer cidadão pode submeter eletronicamente as suas considerações sobre o texto da minuta normativa. Eventualmente, algum questionário prévio ao preenchimento pode ser solicitado para que a Administração trace o perfil dos participantes no processo administrativo normativo¹⁰⁴⁰. Via de regra, é exigido cadastro prévio do participante em que o mesmo deve se identificar e fornecer informações gerais que permitam depreender a atuação profissional do cadastrado, sua vinculação a algum relevante ator e a respectiva ordem de representação de interesses. As contribuições em consulta pública não são anônimas, portanto.

Na medida em que se reconhece o direito de participação no processo administrativo normativo, esse direito deve ser assegurado igualmente para todos os interessados no objeto da proposta de regulamento. O direito de participação impede que o Poder Público ignore o fato de que pessoas físicas mais habilitadas e pessoas jurídicas com maior poderio econômico conseguirão contribuir de modo mais qualificado e efetivo. O mesmo não se evidenciará com interessados vulneráveis ou hipossuficientes (*interesses públicos difusos*)¹⁰⁴¹. Um dos objetivos do processo administrativo normativo é,

¹⁰³⁹ Cf. JOSÉ FERNANDO FERREIRA BREGA, **Governo Eletrônico e Direito Administrativo**, 2012, p. 276-279.

¹⁰⁴⁰ É o que se verifica, por exemplo, no âmbito da ANS. Cf. item III.2.1.2.3. deste trabalho.

¹⁰⁴¹ Cf. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, **Regulação Estatal e Interesses Públicos**, 2002, p. 161-162. Segundo o autor, “[s]erá, porém, nos interesses difusos que mais relevante se põe o exercício do poder político. Efetivamente, na tutela desta classe de interesses públicos é que reside a principal razão de ser do poder político numa perspectiva hodierna. A principal parcela de interesses públicos que demandam a atuação efetiva do poder político cinge-se à tutela dos interesses difusos dotados de hipossuficiência”. *Idem*, p. 162.

efetivamente, ouvir vozes que tradicionalmente são silentes junto à Administração Pública¹⁰⁴².

O direito de participação determina que a Administração Pública catalogue os grupos de interesse que serão diretamente afetados com o regulamento em elaboração e, constatada a hipossuficiência ou mesmo desconhecimento sobre a dinâmica de consulta pública, promova ações proativas para que a sua opinião seja formulada adequadamente e instruída no processo administrativo normativo^{1043 1044}. Dentre as alternativas cogitadas para tanto, pode-se indicar a realização de encontros para esclarecimento sobre o conteúdo normativo pela Administração, a portas abertas, e criação de salas *online* de discussão e debate sobre a proposta normativa. Eventualmente, a Defensoria Pública poderá ser instada a auxiliar os administrados ou associações que se encontrem nessa posição para defesa de direitos e interesses na audiência ou consulta pública. Obviamente, essa participação *inclusiva* toma tempo e recursos públicos, razão pela qual os custos e os benefícios dessa postura proativa deve ser objeto de detida ponderação pelo gestor público, considerando o quão forte é o envolvimento desses particulares com a matéria do processo administrativo normativo e o tipo de informação que pode ser recolhida desses agentes¹⁰⁴⁵.

O uso de ferramentas eletrônicas promove, como esperado, o aumento quantitativo da participação administrativa. De fato, a disponibilização *online* da proposta de regulamento e dos documentos relacionados juntamente com a facilidade de submeter

¹⁰⁴² Cf. CYNTHIA FARINA, MARY NEWHART e JOSIAH HEIDT, **Rulemaking vs. Democracy: judging and nudging public participation that counts**, 2013, p. 147.

¹⁰⁴³ É nessa linha que FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO propõe a releitura do princípio da indisponibilidade do interesse público: “[j]á o princípio da indisponibilidade tem que ser reformulado de modo a expressar a irrenunciabilidade à tutela dos interesses públicos difusos – o que importa dizer: no exercício da função administrativa o agente não pode se esquivar de proteger e fazer prevalecer os interesses socialmente hipossuficientes”. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**, 2002, p. 165.

¹⁰⁴⁴ “The signature feature of notice and comment is its passive reliance on waiting for people and groups to realize they have an interest in the regulation. While the agencies wait, pre-existing distributions of sophistication and opinion among the public remain undisturbed, unless interest groups decide to change that with public appeals. (...) Imagine, as an alternative, rejecting those premises and building an institution to proactively consult segments of the public, using a few common building blocks. An independent agency could be created to run public consultations to supplement existing rulemaking records”. MARIANO-FLORENTINO CUÉLLAR, **Rethinking Regulatory Democracy**, 2005, p. 490-491.

¹⁰⁴⁵ “Many (perhaps most) rulemakings do not need more public participation-or don't need it enough to justify the expenditure of resources required to get participation of value. The topics are too specialized, technical, or narrow to generate public interest or the affected stakeholder groups are already participating in the conventional process. Still, there is a non-trivial number of rulemakings in which it is possible confidently to predict the existence of identifiable groups of individuals or entities who will be directly affected (either because their conduct is being regulated or because they are intended beneficiaries of regulation) but who have not historically participated effectively in the conventional process”. *Idem, ibidem*.

contribuições podem determinar o recebimento de número elevado de comentários, especialmente se o conteúdo for controverso. No caso brasileiro, o aumento numérico da participação administrativa deve ser perseguido como um dos objetivos da consulta pública. Ocorre que o cenário de fraco relacionamento dos particulares com o Poder Público no processo de elaboração normativa determina ser benéfico o aumento quantitativo de contribuições para disseminar a ideia de participação administrativa, por um lado, enquanto promove uma significativa mudança cultural do modo e relacionamento público-privado no exercício de competências normativas. Este é, porém, apenas o *primeiro estágio*. De modo associado, o Poder Público pode desenvolver iniciativas de esclarecimento público sobre o funcionamento do processo normativo e de sensibilização sobre a importância da participação administrativa. Assim, no futuro, o Poder Público pode construir critérios isonômicos e racionais para direcionamento da participação administrativa, tendo em vista os custos envolvidos. No longo prazo, mais relevante que a quantidade é a qualidade das contribuições.

Um dos pontos a ser debatido para aprimoramento do uso da ferramenta de consulta pública corresponde à *qualificação das contribuições* endereçadas à proposta de regulamento em fase de comentários. Para as finalidades desse estudo, dois são os formatos considerados para caracterizar uma contribuição qualificada: (i) contribuições que se coadunam com a racionalidade técnica da proposta normativa, algo além da concordância ou da discordância com a minuta; e (ii) contribuições que estabeleçam vínculos de colaboração entre o participante e o Poder Público¹⁰⁴⁶. Um dos objetivos do Poder Público durante o processo administrativo normativo deve ser, portanto, estimular o envio de contribuições qualificadas, seja porque efetivamente agregam ao desenho normativo, seja porque terminam por estabelecer vínculo de interdependência público-privada.

¹⁰⁴⁶ Cf. CYNTHIA FARINA, MARY NEWHART, CLAIRE CARDIE e DAN COSLEY, **Rulemaking 2.0**, 2010-2011, p. 411. Na elaboração dessas categorias de contribuições qualificadas, os autores indicam os seguintes fatores como qualificadores dos comentários na primeira categoria: apresentação de questões relevantes para o desenho normativo, clareza na exposição das ideias e proposição de soluções que estejam ao alcance das Agências, pois dentro de sua esfera de competência. Com relação à segunda categoria, os seguintes fatores são indicados: transmissão de valores à Agência para consideração quando da edição do regulamento, estabelecimento de incentivos ao contínuo envolvimento do particular com a tomada de decisão administrativa e abertura para que os particulares se posicionem sobre questões centrais na proposta de regulamento. *Idem, ibidem*.

Para incremento da participação administrativa, as seguintes iniciativas podem ser promovidas pela Administração Pública: disponibilização de formulários simplificados eletrônicos ou modelos de contribuição em consulta pública¹⁰⁴⁷; melhoria do desenho da página eletrônica na qual a consulta pública se processará, preferencialmente com a elaboração de um tutorial sobre como contribuir em um processo normativo¹⁰⁴⁸; formulação oral de contribuições perante a ouvidoria, para que esta a formalize de acordo com a dinâmica da consulta pública; especialização de um órgão da Administração para lidar com as consultas públicas; e, sem prejuízo de outras alternativas, incumbir um determinado agente público para conduzir a dinâmica de consulta pública, servindo, inclusive, como mediador de interesses¹⁰⁴⁹.

Assim, o desenvolvimento eletrônico do processo administrativo normativo se volta fundamentalmente a facilitar as atividades de processamento de informação pela Administração Pública, bem como a promover o diálogo do particular com o Poder Público¹⁰⁵⁰. Consequentemente, o processo administrativo eletrônico tende a reduzir custos¹⁰⁵¹. Por outro lado, a divulgação de consultas públicas no ambiente da *internet* potencializa o alcance da notícia da minuta normativa, ensejando o recebimento de maior

¹⁰⁴⁷ Essas disposições se coadunam com o disposto no art. 7º da Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99), de seguinte redação: “[o]s *órgãos e entidades administrativas deverão elaborar modelos ou formulários padronizados para assuntos que importem pretensões equivalentes*”.

¹⁰⁴⁸ O reconhecimento da consulta pública como um dos principais instrumentos de diálogo entre Poder Público e particulares envolvendo o exercício de competência normativa, determina que os juristas também se ocupem sobre o desenho das plataformas eletrônicas dos órgãos e entes públicos. CARY COGLIANESE, por exemplo, desenvolveu estudo empírico sobre os *sites* das Agências Reguladoras federais a fim de determinar como elas têm sido utilizadas para promover o *rulemaking*, assim como indicar alternativas de aprimoramento do desenho dessas plataformas eletrônicas. Assim, o autor apresenta as seguintes recomendações: as decisões sobre o desenho e o conteúdo das páginas eletrônicas para obtenção de informação sobre o *rulemaking* devem tomar como parâmetro de referência os cidadãos comuns; as Agências devem disponibilizar um local em suas páginas eletrônicas com todos os *rulemakings* à disposição para comentários; as Agências podem disponibilizar um “facilitador”, a fim de gerenciar discussões com o público em geral, inclusive por meio de mídia social; as Agências devem desenvolver um sistema de protocolo eletrônico e peticionamento para ter acesso a documentos e materiais por ela gerados; avaliações periódicas sobre a facilidade e efetividade do uso da página eletrônica devem ser preferencialmente constantes. **Enhancing Public Access to Online Rulemaking Information**, 2012-2013, p. 44-65.

¹⁰⁴⁹ A previsão de um mediador de interesses no âmbito da Administração Pública se coaduna com a noção de *equilíbrio regulatório*. Como esclarece FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, “(...) [o] *exercício da regulação importa, necessariamente, a composição dos interesses enredados em um dado segmento da atividade econômica ou social, sem descurar nesta composição de interesses difusos, gerais ou titularizados por hipossuficientes, interesses estes necessariamente à cura da autoridade estatal*”. **Regulação Econômica e suas Modulações**, 2009, p. 1.

¹⁰⁵⁰ Segundo JOSÉ FERNANDO FERREIRA BREGA, o uso da telemática no processo administrativo é um facilitador da interação dos particulares com a Administração Pública: “[a] *telemática viabiliza, outrossim, a participação de várias entidades públicas em um mesmo processo, o que sempre foi difícil na atuação baseada em atos presenciais*”. Cf. **Governo Eletrônico e Direito Administrativo**, 2012, p. 256.

¹⁰⁵¹ Cf. CARY COGLIANESE, **Citizen Participation in Rulemaking: past, present, and future**, 2005-2006, p. 964.

número de contribuições, especialmente se for feito uso de mídia social. No entanto, o emprego de recursos eletrônicos não pode ser um obstáculo à participação administrativa.

A Administração Pública tem o dever de receber contribuições submetidas dentro do prazo de consulta pública por escrito, em via postal. No entanto, esta contribuição tem natureza diversa daquela submetida em formulário eletrônico. A oportunidade de comentário por via eletrônica é franqueada a qualquer cidadão, independentemente de sua posição jurídica com relação ao conteúdo da minuta normativa¹⁰⁵². Já a apresentação de comentário por via postal é exclusiva àquele que seja “*legitimado como interessado no processo administrativo*”, nos termos do art. 9º, *caput*, da Lei 9.784/99, quais sejam: (i) aqueles que requeiram a instauração de processo administrativo normativo porque titulares de direitos ou interesses individuais; (ii) aqueles que tenham direitos ou interesses que possam ser afetados pelo ato normativo; (iii) as organizações e associações representativas quanto a direitos e interesses coletivos; e (iv) as pessoas ou associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos. As contribuições fundadas no art. 9º da Lei Federal de Processo Administrativo correspondem a petições de defesa de interesses perante a Administração Pública.

Sem essa diferenciação entre os tipos de contribuições, as vantagens do processo normativo eletrônico seriam esvaziadas, na medida em que pessoas físicas e jurídicas diretamente interessadas no objeto do ato normativo, mas não familiarizadas com a ferramenta da *internet* ou sem acesso a ela, seriam prejudicadas. A interpretação exposta não cabe nos casos em que a própria entidade administrativa disponha de modo diverso, como é o caso da Resolução Normativa 242/2010 da ANS, que versa sobre a participação da sociedade civil nos processos administrativos normativos e cujo art. 7º, *parágrafo único*, assim determina: “[a]s sugestões e contribuições também poderão ser encaminhadas à ANS por via postal para o endereço indicado na publicação da consulta pública”. Nesse caso, também as contribuições postais são franqueadas para qualquer cidadão, pois encontra seu fundamento jurídico na própria regulação da Agência relativa à participação administrativa.

¹⁰⁵² É o que se depreende do art. 31, §2º, da Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99): “[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”. Destaquei.

IV.3.2.3.3. Análise dos comentários

Em uma perspectiva de governança pública, o administrado é emancipado da condição de mero destinatário do ato administrativo imperativo e unilateral para passar a ser um agente de construção colaborativa da decisão administrativa. Prefere-se a consensualidade à atuação administrativa típica. Essa preferência por mecanismos consensuais, que se voltem à horizontalização da relação administrativa pelo menor recurso às prerrogativas públicas, não afasta a importância dos atos unilaterais e imperativos para satisfação de finalidades públicas. No contexto da governança pública, porém, o modo de edição dos atos administrativo é reformatado para assegurar a colaboração do particular no exercício das competências administrativas. O fundamento da participação administrativa corresponde ao ideal de colaboração entre Poder Público e administrados. De fato, os instrumentos de participação administrativa, com ênfase para a audiência e a consulta pública, são mecanismos de colaboração do particular com o Poder Público ao permitirem influenciar sobre o conteúdo da decisão administrativa.

Um dos componentes mais relevantes da participação administrativa corresponde ao modo pelo qual o Poder Público lida com as contribuições recebidas pelos participantes. Se, porventura, as contribuições endereçadas a uma determinada proposta de regulamento forem tomadas a esmo, esses participantes se encontrarão menos propensos a participar das próximas audiências e consultas públicas. No famoso jargão brasileiro, a participação administrativa – de origem no *common law* – seria meramente “*para inglês ver*”. Na ponta, porém, consequências mais drásticas podem decorrer do modo leviano com que as contribuições são processadas, notadamente a quebra da confiança legítima dos particulares perante a Administração Pública. Ainda, o simulacro de diálogo¹⁰⁵³ pode ser

¹⁰⁵³ CARLOS ARI SUNDFELD aponta que a participação dos particulares no processo administrativo deve ser efetiva: não basta apenas o Poder Público “ouvir”, pois deve “dialogar”. Como argumenta o autor, “[a] grande idéia do processo é fazer com que haja participação, com que os que têm interesses direta ou indiretamente atingidos, dialoguem, aberta e integralmente. Mas é fundamental que também a autoridade que decide seja obrigada não só a ouvir, mas a dialogar. Dar oportunidade para manifestação real e igualitária exige esforço, tempo, e técnica. Mas isto seria absolutamente inócuo, se aquele que ouve pudesse decidir, em seguida, sem dialogar. Então, o que há de fundamental no processo é obrigar quem decide a dialogar com as partes. Não para saber se elas estão de acordo com a decisão. É um diálogo com os argumentos. Por isso que, ao decidir, o juiz precisa motivar sua sentença”. **Processo Administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão**, 2006, p. 6.

determinante para que grandes empresas e demais administrados com poder de barganha deixem de considerar o processo administrativo normativo como arena de discussão com o Poder Público sobre regulamento que lhes interesse e procurem “*canais alternativos de diálogos*”, irregulares, por certo, pois estão à margem do processo administrativo.

Não se quer com isso, porém, determinar que todo e qualquer comentário que seja submetido deva receber resposta individualizada e pormenorizada. É preciso compreender que outros interesses além da confiança legítima estão em jogo, como a pronta resposta regulatória ao mercado e foco na elaboração do ato normativo final. Ainda cabe considerar o tempo e os custos envolvidos na confecção do relatório de consulta pública ou na ata de audiência pública. Se no sistema norte-americano um dos principais elementos de ossificação do *rulemaking* corresponde à *paralisia pela análise* (“*paralysis by analysis*”), no Direito Administrativo brasileiro a paralisia poderia ser decorrente da análise dos comentários e elaboração de exaustivas respostas a cada contribuição recebida. Como consequência, a Administração se tornaria cada vez mais reticente à abertura do processo normativo à participação administrativa, ressalvados os casos em que a realização de audiência ou de consulta pública fosse uma obrigação expressamente prevista em norma.

Como se quer enfatizar, é tênue o limite da extensão da análise da participação administrativa pelo Poder Público. Muito possivelmente não será possível estabelecer um conjunto de parâmetros uniformes que permitam direcionar com segurança a Administração no curso da participação administrativa. Tampouco este é o espaço adequado para tanto. Todavia, cabe salientar alguns dos aspectos mais sensíveis que devem ser objeto de reflexão pela Administração para uma eficiente análise dos comentários, igualmente séria e econômica. Assim como no item anterior, a análise se limitará ao instrumento da consulta pública.

Primeiramente, o regime jurídico do processo administrativo normativo contempla o *dever de pronunciamento sobre a participação administrativa*, ou *dever de resposta*, da Administração quanto às contribuições recebidas. Trata-se de uma obrigação geral a todos os órgãos e entes da Administração federal, pois o dever de resposta é previsto no art. 34 da Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99), nos seguintes termos: “[o]s resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de

administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado”. Ainda, o art. 31, §2º, da Lei 9.784/99, que dispõe especificamente sobre a consulta pública, determina que “[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”.

A consulta pública não ocorre às margens do processo administrativo normativo, mas no âmbito deste. As contribuições recebidas devem ser analisadas de modo prospectivo, visando à melhor conformação da decisão administrativa. Por essa razão o legislador federal determina o ônus de o Poder Público indicar o procedimento adotado, o que pode corresponder, por exemplo: à suspensão do processo administrativo normativo para recolhimento de mais informações necessárias ao desenho do ato normativo; à apresentação de uma proposta final, considerando as contribuições recebidas; à modificação da minuta normativa e realização de segunda rodada de participação administrativa; ou à extinção do processo administrativo normativo, tendo em vista eventual mudança das prioridades do Poder Público, notadamente em momentos de transição política.

Ademais, a Lei Federal de Processo Administrativo determina o dever de responder a todas as contribuições recebidas, as quais podem, no entanto, ser agrupadas para maior racionalidade e celeridade processual. Não é da prática recente da Administração Pública brasileira o detalhamento dessa compilação de argumentos para fins de confecção do Relatório de Consulta Pública. Todavia, este documento pode ser questionado pelos participantes quando (i) o ônus argumentativo não for proporcional ao nível das contribuições formuladas, mostrando-se insuficiente, ou (ii) o participante verifique que a sua resposta foi agrupada erroneamente ou não foi efetivamente respondida. Essas irregularidades não apenas ofendem o direito de participação e o direito de resposta que dele decorre, impactando a confiança legítima desses particulares perante o Poder Público, mas também frustra a expectativa de os particulares tomarem conhecimento do posicionamento da Administração sobre determinada ideia lançada na contribuição. Nesses casos, os participantes podem apresentar recurso administrativo ou requerer informações para adequação do Relatório de Consulta Pública.

Assim, do direito de participação decorre o direito de resposta, o que marca uma das expressões do contraditório no processo administrativo normativo¹⁰⁵⁴. Se não bastasse a expressa determinação da Lei Federal de Processo Administrativo, o princípio do contraditório determina que *todas as contribuições recebam resposta*¹⁰⁵⁵. O que passa a ser objeto de discussão não é propriamente o direito de resposta, mas *como o Poder Público deve responder as contribuições recebidas em sede de consulta pública*.

Novamente, os limites do presente estudo impedem apresentar um *modelo* de Relatório de Consulta Pública, o que também seria contrário ao valor público de especialidade dos subsistemas jurídicos (refratário à lógica do *one-size-fits-all*). Entretanto, pretende-se enfatizar a diretriz da *complexidade* para descrever um possível formato de Relatório de Consulta Pública que não se atenha apenas aos *argumentos* apresentados via contribuições, mas também considere os *autores desses argumentos*.

Essa descrição parte de algumas premissas. Primeiramente, são diversas as categorias de interessados em uma proposta de regulamento, de modo que grandes agentes econômicos podem se manifestar assim como consumidores com baixo conhecimento técnico do assunto em discussão. Em segundo lugar, a Administração Pública não dispõe de recursos nem de suficiente tempo para responder exaustivamente todos os comentários que lhe foram apresentados. Com a utilização de ferramentas eletrônicas, maior tende a ser o volume de contribuições que serão recebidas, fazendo com que a gestão de comentários passe a ser uma pauta relevante no Direito Administrativo. Ainda, o Relatório de Consulta Pública não pode ser tido como uma resposta formal às contribuições, pois tem a potencialidade de promover o engajamento futuro de atores estratégicos assim como

¹⁰⁵⁴ Cf. item IV.3.3. deste trabalho.

¹⁰⁵⁵ O Judiciário foi um dos principais protagonistas na determinação da dinâmica de participação administrativa no sistema norte-americano a partir de duas ordens de preocupação, quais sejam, captura do regulador e efetividade das contribuições apresentadas às Agências. Assim, diversos dos condicionamentos judiciais à participação administrativa foram erigidos com base na *hard-look doctrine*. Segundo RICHARD MURPHY, o controle mais incisivo do *rulemaking* determinou, por exemplo, a ampla divulgação dos dados científicos que lastreiam os NPRMs das Agências e o desenvolvimento da *Chenery doctrine*, segundo a qual a validade da ação regulatória é condicionada à explicação dos fatos que ensejam o exercício de poderes públicos (raciocínio este similar à doutrina brasileira da motivação dos atos administrativos). Cf. **Enhancing the Role of Public Interest Organizations in Rulemaking via Pre-Notice Transparency**, 2012, p. 685-686. Nessa toada, foi firmado o entendimento de que as Agências devem, necessariamente, responder a todos os comentários materiais apresentados durante a fase de comentários. Cf. *PORTLAND CEMENT ASS'N v. RUCKELSHAUS*, 486 F.2d 375 (DC Circ., 1973). As decisões judiciais relativas à participação administrativa corroboraram para a ossificação do *rulemaking*, tornando-o mais custoso, demorado e rígido. Cf. item III.2.2.1. deste trabalho.

incrementar a confiança legítima do particular perante a Administração Pública. As premissas adotadas afastam a uniformidade das respostas ao mesmo tempo em que determinam que a Administração disponha de mais atenção para alguns tipos de comentários.

Considerando os argumentos, um possível modo de lidar com os argumentos formulados em consulta pública é direcionado pela proporcionalidade entre a qualidade da contribuição e a resposta do Poder Público. Desse modo, coloca-se o *ônus argumentativo* de a Administração responder de modo mais detido aos comentários que mais tenham a contribuir com o desenho normativo, ainda que agrupados em conformidade com a Lei Federal de Processo Administrativo. O critério utilizado para tanto irá variar de acordo com a matéria do processo normativo, assim como os atores e interesses em jogo¹⁰⁵⁶. Pela perspectiva dos particulares, os comentários podem ser individualizados e voltados a estabelecer vínculo de colaboração com os particulares que sejam diretamente interessados, mas não disponham da capacitação necessária para apresentar propostas que sejam tecnicamente relevantes. Como analisado no item anterior, esta contribuição é igualmente qualificada e, portanto, merecedora de maior atenção pelo Poder Público¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁶ Ciente desse aspecto, NINA MENDELSON dispõe que o Poder Público deve responder de modo mais cauteloso aos seguintes tipos de comentários: (i) os comentários numerosos no mesmo sentido; (ii) os comentários que indicam questões relevantes para a Administração; (iii) os comentários coerentes e persuasivos; e (iv) os comentários que apontam para uma linha diversa da adotada pelo ente. **Rulemaking, Democracy, and Torrents of E-Mails**, 2010-2011, p. 1375.

¹⁰⁵⁷ De acordo com o CeRI, é fundamental que o Poder Público saiba com quem está dialogando. Mapeamento de atores interessados, tendo em vista a agenda regulatória e as dinâmicas típicas do setor, é, assim, fundamental. Na pesquisa empírica desenvolvida pelo Centro de Pesquisa, quatro perfis de participantes do *e-rulemaking* foram identificados. Os (i) *sophisticated stakeholders* são diretamente interessados na regulação e experimentados em participar dos processos administrativos normativos. Por disporem de mais recursos, tendem a acompanhar a agenda regulatória, compreendem o funcionamento do processo normativo e são capazes de compreender o objeto da proposta de regulamento e, conseqüentemente, endereçar comentários efetivos. Os (ii) *missing stakeholders* também são diretamente interessados no conteúdo da proposta de regulamento, mas não têm por costume participar do funcionamento da Agência. Geralmente os particulares compreendidos nessa categoria não tomam conhecimento sobre as consultas públicas que lhe digam respeito e suas contribuições são, em razão do despreparo técnico, inexpressivas, apesar de terem grande conhecimento sobre o assunto em discussão. Os (iii) *unaffiliated experts*, por sua vez, correspondem a profissionais técnicos com domínio científico que eventualmente participam do *rulemaking*. Apesar de não ser possível estimar os motivos que os levam a participar, eles dispõem da qualificação técnica necessária à compreensão da proposta e à submissão de contribuições valorosas. Por fim, os (iv) *interested members of the public* compreendem os indivíduos que participam do *rulemaking*, apesar de não terem a condição de interessados. Esses particulares tendem a não dispor de conhecimento técnico e, logo, seus comentários são também inexpressivos. Cf. **Rulemaking 2.0: understanding and getting better public participation**, 2013, p. 13-20.

É discricionária a decisão do Poder Público em aproveitar para aprimoramento da proposta de regulamento, ou não, as contribuições apresentadas em consulta pública. A incorporação de sugestões provenientes dos administrados pode ter os mais variados ímpetos, como melhorar alguma técnica regulatória, contemplar categorias de interessados que não estavam previstos originalmente no texto normativo ou reduzir a litigiosidade ao mudar algum ponto controverso da minuta. Todavia, a fase de participação administrativa não se destina unicamente ao ato normativo em construção. A abertura de canais de diálogo no âmbito do processo administrativo normativo também pode se voltar a recolher informação que o Poder Público considere relevante para a condução de sua política sobre uma determinada questão, bem como estabelecer uma relação de confiança legítima com os particulares. Assim, seja porque o agente competente para a elaboração normativa é a Administração Pública, seja porque a participação pode ter finalidades outras que não apenas o aperfeiçoamento da norma final, a assimilação das contribuições ao conteúdo do ato normativo final é uma faculdade administrativa. De qualquer modo, a decisão do Poder Público sobre o destino das contribuições deve ser devidamente motivada no Relatório de Consulta Pública.

Não se mostra adequado especular neste trabalho qualquer resposta comportamental dos particulares diante de sucessivos episódios em que o Poder Público não assimile suas contribuições. Se, por um lado, essas negativas podem desestimular a participação em futuras consultas públicas, por outro o interesse em defender seus direitos pode ser maior e, inobstante a posição refratária da Administração, o particular queira expor suas considerações sobre uma determinada proposta normativa. Todavia, um bom Relatório de Consulta Pública pode minimizar os efeitos negativos decorrentes da baixa institucionalização dos comentários.

IV.3.2.3.4. Segunda rodada de participação administrativa

Como analisado no Capítulo III deste trabalho, a fase de participação administrativa no Brasil tende a resultar apenas em pontuais modificações do projeto de regulamento na comparação com o texto final. Em geral, não há significativa discrepância entre a minuta

de ato normativo e a norma final. Espera-se, porém, que os instrumentos de participação administrativa viabilizem um foro de discussão qualificada de ideias no processo, que efetivamente venham a contribuir para o desenho final do regulamento. O aperfeiçoamento dos instrumentos de participação administrativa faz com que o Poder Público tenha de lidar com a questão de verificar quando foram plenamente atendidos os requisitos de participação determinados por lei ou ato normativo, tendo em vista que os comentários apresentados podem resultar em um regulamento final bastante diferente da proposta original. Eventualmente uma única oportunidade de comentários do projeto de regulamento não será suficiente para viabilizar a efetiva participação administrativa, pois as substanciais mudanças do texto original não foram submetidas à participação administrativa. Neste caso, abre-se a oportunidade de o Poder Público realizar *segunda rodada de participação administrativa*¹⁰⁵⁸.

A segunda rodada de participação administrativa parte do pressuposto de que o ato normativo final deve ser uma decorrência lógica do projeto de regulamento submetido à participação administrativa. Certo é, porém, que modificações no texto da proposta de regulamento, com base nas contribuições recebidas, serão evidenciadas no ato normativo final. Se, por um lado, é assegurado o direito de participação dos administrados, o que enseja a realização de uma nova audiência ou consulta pública contemplando os elementos da minuta normativa motivados, por outro a abertura de segunda rodada de participação administrativa pode desencorajar a Administração de acatar as contribuições recebidas. A listagem dos tipos de modificação que ensejam segunda rodada de participação administrativa é controversa.

No Direito Administrativo norte-americano, aplica-se o *logical outgrowth test*¹⁰⁵⁹, definido no *leading case* NATIONAL MINING¹⁰⁶⁰, de 1997¹⁰⁶¹. A *ratio decidendi* do caso

¹⁰⁵⁸ A ACUS dispõe na Recomendação 76-3/76 que a segunda rodada de participação administrativa pode ser determinada logo no início do *rulemaking*, especialmente quando o tema a ser debatido for considerado incomplexo. Nesse caso, os administrados podem fazer uso da primeira rodada para apresentar comentários gerais, sobre os fundamentos da proposta de regulamento, enquanto comentários mais específicos e pormenorizados ficam para a segunda rodada.

¹⁰⁵⁹ Sobre o *Logical Outgrowth Test*, cf. WILLIAM FUNK, SIDNEY SHAPIRO e RUSSELL WEAVER, **Administrative Procedure and Practice**, 2006, p. 98, e Phillip M. Kannan, **The Logical Outgrowth Doctrine in Rulemaking**, 1996, *passim*.

¹⁰⁶⁰ Cf. NATIONAL MINING ASS'N v. MSHA, 116 F.3d 520, DC Circ. 1997.

¹⁰⁶¹ Para MICHEL ASIMOW e RONALD LEVIN, a Suprema Corte norte-americana reconheceu o “*logical outgrowth test*” no caso LONG ISLAND CARE AT HOME, LTD. v. COKE, 551 U.S. 158 (2007). **State and Federal Administrative Law**, 2009, p. 216.

determina que o direito de apresentação de comentários é assegurado quando a norma final não altera substancialmente a minuta normativa: o regulamento editado nada mais seria que uma consequência lógica da correspondente proposta. Se a norma final não for uma “*decorrência lógica*” da proposta de regulamento, então a Agência deve realizar segunda rodada de participação administrativa¹⁰⁶². Com base no *logical outgrowth test*, as seguintes alterações da proposta de regulamento foram aceitas pelo Judiciário quando do controle do ato normativo final: eliminação de opções normativas, subdivisão de categorias de entidades reguladas, afastamento de determinada categoria da sujeição aos preceitos normativos, bem como alteração do método de cálculo ou de mensuração dos elementos indicativos da aplicabilidade do regulamento a certa atividade¹⁰⁶³.

Não há que se negar que o ato normativo final deve guardar correspondência com a proposta de regulamento. Caso a caso é que se preencherá o conceito indeterminado “*significativa alteração*”¹⁰⁶⁴, à luz das especificidades da matéria objeto de disciplina normativa e o procedimento adotado¹⁰⁶⁵. Se, porventura, a Administração constatar que o ato normativo final será significativamente diferente da minuta submetida à participação administrativa, cabe a segunda rodada de participação administrativa, a qual se submete a dois regimes distintos. O simples fato de as contribuições terem sido apresentadas pelos administrados no contexto da participação administrativa não imiscui o Poder Público de submeter o ato normativo em elaboração para uma nova fase de comentários, dado que os demais administrados não tiveram a oportunidade de se manifestar sobre as soluções jurídicas aventadas pelos outros participantes¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶² Cf. ARNOLD ROCHVARG, **Adequacy of Notice of Rulemaking under the Federal Administrative Procedure Act – when should a second round of notice and comment be approved?**, 1981-1982, p. 4-18.

¹⁰⁶³ Cf. WILLIAM FUNK, SIDNEY SHAPIRO e RUSSELL WEAVER, **Administrative Procedure and Practice**, 2006, p. 109.

¹⁰⁶⁴ No *leading case* NATIONAL MINING, considerou-se, em abstrato, que a notícia de participação administrativa seria inadequada quando as partes interessadas não pudessem antecipar o regulamento final da minuta submetida à participação: “[n]otice was inadequate when the interested parties could not reasonably have anticipated the final rulemaking from the draft rule”. NATIONAL MINING ASS’N v. MSHA, 116 F.3d 520, DC Circ. 1997, p. 531.

¹⁰⁶⁵ Na Recomendação 76-3/76 da ACUS, a segunda rodada de comentários é recomendada quando novas e relevantes questões forem incorporadas à proposta de regulamento após a fase de comentários ou, ainda, na hipótese de se verificar sério conflito de dados, o que geralmente se evidencia da adoção de diferentes metodologias científicas pelo Poder Público e pelos particulares.

¹⁰⁶⁶ Na jurisprudência norte-americana se estabeleceu o entendimento de que *a notícia de participação pública deve necessariamente ser proveniente da Agência*. Com base nesse entendimento, as Cortes passaram a considerar que a edição de regulamentos cujo conteúdo discrepasse significativamente da proposta inicial viola as normas de *notice-and-comment* do APA, ainda que baseadas nas contribuições recebidas pelos participantes. Esse é o argumento debatido no *leading case* NATIONAL MINING: “[e]ven if a party knows that a commenter has made some novel proposal to an agency during a rulemaking the party

Se a participação administrativa for imprescindível à edição de regulamentos pelo Poder Público, por expressa determinação normativa, é viciado o regulamento final significativamente distinto da correspondente proposta, pois que frustrado o direito de participação administrativa. Diante da obrigatoriedade de abertura do processo administrativo normativo à participação, todos os preceitos relevantes que forem constar no texto final devem ser objeto de comentários públicos. Desse modo, a segunda rodada de participação administrativa visa a viabilizar o pleno exercício do direito de participação administrativa, fornecendo aos administrados a oportunidade de se pronunciarem sobre as alterações mais substanciais ao texto da minuta de regulamento. Saliente-se que essas modificações podem, fundamentalmente, ter as seguintes origens: contribuições provenientes dos administrados; modificações unilaterais do Poder Público ensejadas, por exemplo, pela juntada de nova pesquisa científica ao processo normativo; ou alterações oriundas do controle externo do processo administrativo. Desde que compreendidas como alterações significativas, o processo normativo deve contemplar uma segunda fase de comentários.

Todavia, se a realização de audiências ou consultas públicas para edição de regulamentos não for obrigatória, então a segunda rodada de participação administrativa também não é obrigatória. Nesta hipótese, a participação administrativa é discricionária, de modo que a ausência de fase de comentários não implica na invalidade do ato normativo final por frustração ao direito de participação administrativa. A realização da segunda rodada de participação administrativa, porém, é altamente recomendável. Ocorre que a decisão de abertura do processo normativo à participação administrativa aponta para uma dinâmica relacional entre particulares e Poder Público na elaboração do regulamento, de modo que esta pode ser compreendida como uma decisão que vincula todo o percurso processual. Apesar de o Poder Público não estar condicionado, formalmente, à segunda rodada de participação administrativa, deixar de realizá-la diante de significativa alteração entre a proposta de regulamento e a decisão normativa final impacta negativamente na confiança legítima do particular perante a Administração Pública.

cannot be expected to respond unless it has some reason to believe the agency will take the proposal seriously”. NATIONAL MINING ASS’N v. MSHA, 116 F.3d 520, DC Circ. 1997, p. 531. Cf. JEFFREY LUBBERS, **A Guide to Federal Agency Rulemaking**, 2006, p. 286-287.

A segunda rodada de participação administrativa não tem previsão normativa expressa na legislação brasileira, razão pela qual os parâmetros futuros de desenvolvimento serão estabelecidos na prática do processo administrativo normativo. Na futura delimitação do rito desta nova rodada de participação administrativa, é importante ter em mente sua conexão com a primeira fase de comentários. Na prática, isso significa que não há necessidade de submeter todo o texto final à segunda rodada de participação administrativa. Apesar de a nova versão da proposta de regulamento ser publicada, apenas os comentários relativos às modificações significativas serão apreciados, o que se coaduna com o princípio constitucional da celeridade processual¹⁰⁶⁷. Comentários aos preceitos já submetidos à participação administrativa e mantidos na nova versão somente serão recebidos se provocados pelas alterações em comento.

Com relação ao instrumento de participação administrativa, a regra é que a segunda rodada de participação administrativa se sirva do mesmo mecanismo inaugural. Evidencia-se, assim, a reciprocidade de formas: a segunda rodada de participação administrativa será uma audiência ou uma consulta pública se a fase de comentários originária tiver sido formalizada, respectivamente, em audiência ou consulta pública. Essa interpretação se coloca ainda mais premente nos casos em que a própria norma estabelece o tipo de participação administrativa a ser observada, a exemplo da Lei Geral de Telecomunicações, cujo art. 49 determina o dever de realizar prévia *consulta pública* nos seus processos normativos.

De fato, a segunda rodada de participação administrativa relaciona-se diretamente com a primeira fase de comentários, caracterizando-se como ato contínuo a esta. Todavia, reconhece-se a possibilidade de a segunda rodada de participação administrativa fazer uso de instrumento distinto da primeira fase de comentários quando a participação for discricionária e, ainda, o novo instrumento escolhido se mostrar o mais eficiente no específico processo administrativo normativo em pauta. Esse raciocínio parte do pressuposto de que os instrumentos de participação administrativa são fungíveis e complementares. Assim, a realização de uma audiência pública após a fase de comentários em consulta pública pode se mostrar mais efetiva que a abertura de duas sucessivas consultas públicas, por exemplo.

¹⁰⁶⁷ Cf. art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal.

A segunda rodada de participação administrativa é aberta por meio de ato administrativo interlocutório. Sem prejuízo do dever de respeito aos elementos do ato administrativo, coloca-se o ônus de motivar a realização dessa nova fase de comentários, incluindo a explicação sobre as alterações substanciais e o procedimento a ser empregado para tanto. Na prática, o relatório de comentários às contribuições recebidas em sede de participação administrativa pode servir de base para a edição do ato de instauração da segunda rodada de participação administrativa.

IV.3.3. Decisão no processo administrativo normativo

A fase final do processo administrativo normativo corresponde à tomada de decisão, considerando a informação gerada durante a instrução processual. O dever de decidir se impõe pela Lei Geral de Processo Administrativo, nos termos do art. 48 da Lei¹⁰⁶⁸. De acordo com o art. 49 da referida Lei, a Administração dispõe de até trinta dias para decidir após concluída a instrução do processo administrativo, admitindo-se prorrogação por igual período mediante expressa motivação¹⁰⁶⁹. Este preceito aplica-se a todos os processos administrativos normativos conduzidos no âmbito da Administração Pública federal, salvo definição de outro prazo em lei especial. Depreende-se do preceito que não se caracterizará *inação administrativa* enquanto o lapso para a tomada de decisão no processo normativo estiver devidamente motivado no ato de prorrogação, tendo em vista, entre outras razões, a complexidade da matéria ou a análise de algum documento novo juntado ao processo por interessado.

Como já aludido¹⁰⁷⁰, a Administração Pública dispõe de diversos mecanismos de satisfação de suas competências. De fato, uma decisão administrativa pode se revestir de variados formatos jurídicos, todos igualmente válidos pelo ordenamento jurídico. Em

¹⁰⁶⁸ Esta é a redação do art. 48 da Lei 9.784/99: “[a] Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações e reclamações, em matéria de sua competência”.

¹⁰⁶⁹ Esta é a redação do art. 49 da Lei 9.784/99: “[c]oncluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada”.

¹⁰⁷⁰ Cf. item IV.2.2.3. deste trabalho.

grandes categorias, o Poder Público pode editar atos administrativos ou celebrar contratos administrativos. Entre ato e contrato, porém, há uma miríade de tipos de atos administrativos e esquemas contratuais, com amplíssima variação em termos de conteúdo. Assim indica a teoria da discricionariedade administrativa. Com a superação do paradigma da legalidade estrita e a tendência de redução do formalismo, a margem de liberdade de atuação do Poder Público tornou-se ainda mais abrangente e hoje se admite a *atipicidade* na esfera administrativa. É de se reconhecer que esta discricionariedade ampla não se limita à tomada de decisão administrativa, mas, por consequência, também alcança a atividade processual pública.

No âmbito do processo administrativo normativo, as principais formalizações da decisão final são: (i) ato normativo (regulamento); (ii) ato de interpretação; (iii) termo de compromisso ou acordo setorial; bem como (iv) arquivamento do processo. Eventualmente, a decisão final do processo administrativo normativo pode se formalizar em mais de uma categoria. A título exemplificativo, o Poder Público pode editar regulamento e ato de interpretação ou regulamento e ato de chamamento de acordo setorial.

Qualquer que seja a decisão adotada pelo Poder Público, é imprescindível a devida *publicação* em veículo oficial (Diário Oficial da União, em se tratando de decisão federal), nos termos do art. 2º, *parágrafo único*, inc. V, da Lei Federal de Processo Administrativo¹⁰⁷¹. Ocorre que a divulgação formal da decisão tomada no processo normativo dificilmente alcança todos os interessados. Abre-se a possibilidade de o Poder Público tomar medidas proativas de divulgação do conteúdo da norma, notadamente quando se tratar de um novo regulamento que disponha sobre determinada política pública. Além de cartilhas explicativas, a Administração pode realizar eventos de divulgação, inserir tutoriais na página eletrônica da instituição e até mesmo cursos de capacitação para os particulares melhor interagirem com a norma que passam a ter de observar. Essas iniciativas se coadunam com a visão de uma Administração mais aberta ao diálogo e à cooperação dos administrados, além de evitar futuros litígios ou infrações administrativas. Por consumir recursos, a decisão de ir além da divulgação oficial da decisão tomada em

¹⁰⁷¹ É a redação do art. 2º, *parágrafo único*, inc. V, da Lei 9.784/99: “[n]os processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) V – divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição”.

processo administrativo normativo precisa ser objeto de análise de custo-benefício, caso a caso, considerando as peculiaridades concretas.

A análise desenvolvida ao longo da fase de instrução pode apontar para a desnecessidade de edição de um novo ato normativo, sendo suficiente para solução de um determinado problema ou tratamento de algum assunto a exposição do entendimento do Poder Público sobre algum ponto de regulamento já existente. Nessa hipótese, *ato de interpretação* pode ser emitido pela Administração¹⁰⁷². Muito embora a Lei Federal de Processo Administrativo não imponha o dever de motivar o ato de interpretação, a motivação é fortemente recomendada diante de todos os benefícios de segurança jurídica e abertura ao controle que dela decorrem. Quando autorizado em norma, o processo administrativo normativo pode ser finalizado por meio da edição de ato de chamamento para celebração de *acordo setorial* ou *termo de compromisso*¹⁰⁷³.

A decisão de arquivamento do processo fundamentalmente decorre da avaliação de que a edição de um ato normativo não se mostra como a alternativa mais adequada ao endereçamento de um determinado problema ou ao aprimoramento de alguma prática individual. Dispondo de competência normativa, o órgão ou ente administrativo é o único responsável por fazer essa análise de valorização da instrução processual para fins de determinação da formalização final do processo administrativo normativo. Novamente, a decisão far-se-á caso a caso, considerando as particularidades de conjuntura e dos contornos conferidos ao processo administrativo normativo. Como exemplo, podem ser indicados os seguintes elementos que ensejam o arquivamento do processo normativo: preferência por estabelecer entendimento administrativo em detrimento da edição de ato normativo; reconhecimento da capacidade normativa de outro órgão ou ente público para edição de regulamento no caso de conflito de competência; a análise de custo-benefício indica que os benefícios provenientes da proposta de regulamento são menores que os custos envolvidos; perda de objeto em razão do desenvolvimento de nova tecnologia que torna obsoleta aquela que desencadeou o processo normativo; e reestabelecimento das prioridades do Poder Público diante de algum evento imprevisível, novo arranjo conjuntural ou transição política.

¹⁰⁷² Sobre o ato de interpretação e suas principais diferenças frente ao regulamento, cf. item IV.1.3.1. deste trabalho.

¹⁰⁷³ Sobre o funcionamento dos acordos integrativos no âmbito do processo administrativo normativo, cf. item IV.4. deste trabalho.

Todavia, o modo típico de encerramento formal do processo administrativo normativo corresponde à edição do regulamento. Além do dever de publicidade, o ato normativo deve ser acompanhado da respectiva motivação quando seu conteúdo (i) afetar direitos ou interesses; (ii) agravar deveres, encargos ou sanções; (iii) dispuser de modo contrário à jurisprudência administrativa, pareceres, laudos, propostas ou relatórios finais; ou (iv) importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo¹⁰⁷⁴.

Assim como se verifica com relação aos demais atos administrativos, a motivação do ato normativo corresponde à indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos¹⁰⁷⁵ determinantes para a tomada da decisão. Ademais, a motivação deve ser “*explícita, clara e congruente*”, nos termos do §1º do art. 50 da Lei Federal de Processo Administrativo. De acordo com o referido preceito, a motivação pode consistir em declaração de concordância com os fundamentos de documentos que integram a fase instrutória, os quais passam a ser parte integrante do ato. Ademais, os elementos probatórios juntados pelos interessados ao processo administrativo normativo devem ser considerados na motivação, nos termos do art. 38, §1º, da Lei Federal de Processo Administrativo. Todavia, a motivação dos atos normativos ganha contornos próprios. Assim como CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA, entende-se que o princípio do devido processo legal é garantido no processo normativo mediante observância do “*dever de motivar as decisões de caráter regulamentar num sentido forte*”¹⁰⁷⁶. Esse sentido forte é conferido à motivação do regulamento ante o reconhecimento da *instrução do processo administrativo normativo como parte da motivação*.

¹⁰⁷⁴ Cf. art. 50, inc. I, II, VII e VIII, da Lei 9.784/99. CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA argumentam, nesse sentido, que apenas os atos normativos que apresentam perspectiva de confronto com a esfera de direitos de administrados devem ser motivados. Assim, não é obrigatória a motivação de atos regulamentares de caráter interno (como os atos de organização administrativa e os atos que aprovam normas de licitação) e os atos que instituem novo marco regulatório quando ainda não sejam encontrados interessados. **O Dever de Motivação na Edição de Atos Normativos pela Administração Pública**, 2011, p. 60.

¹⁰⁷⁵ Cf. art. 50, *caput*, da Lei 9.784/99.

¹⁰⁷⁶ CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA, **O Dever de Motivação na Edição de Atos Normativos pela Administração Pública**, 2011, p. 59. Segundo os autores, “[n]ão basta arrolar artigos e incisos de lei ou constitucionais. A Administração, ao motivar, deve explicar e expor os motivos que a levaram a decidir daquele modo e não de outro. Deve apontar os estudos de natureza técnica, econômica, científica que tenham servido de base para aquela regulamentação. A Administração deve, para resumir tudo numa só frase, expor de modo fundamentado as razões do ato normativo que expede”. *Idem, ibidem*.

O art. 2º, *parágrafo único*, inc. VII, da Lei Federal de Processo Administrativo determina o dever de a Administração federal indicar os “*pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão*”. Trata-se da materialização do dever de motivar, o qual determina ao Poder Público o ônus argumentativo de indicar as razões de fato e de direito que o levaram a exercer determinada competência em um sentido, e não em outro. O substrato fático da tomada de decisão é informado pela instrução do processo administrativo normativo, no qual são juntados todos os documentos que se mostrem necessários ao exercício da competência normativa. Dentre esses documentos, como salientado¹⁰⁷⁷, estão pareceres, estudos técnicos e documentos informativos, assim como as contribuições apresentadas pelos particulares ao Poder Público por meio da participação administrativa. Na medida em que esses elementos integram o processo administrativo, todos devem ser considerados pela autoridade competente quando da tomada de decisão. São inválidas por vício de motivação as decisões cujo conteúdo discrepe da instrução processual.

Assim, a Administração deve fazer referência à agenda regulatória preexistente ao desencadeamento do processo administrativo normativo, bem como indicar a agenda de análise do regulamento editado no procedimento de revisão periódica do ato normativo.

A eficácia do ato normativo pode ser condicionada ao cumprimento de período de *vacatio*, tendo em vista a complexidade da matéria. Assim, o ato editado, em um primeiro momento, pode ser completo, válido, mas não eficaz. Um período de adaptabilidade dos particulares aos novos termos do regulamento editado pode ser produtivo para melhor aplicabilidade.

Contra o ato normativo editado na etapa final do processo administrativo normativo o particular interessado pode apresentar *pedido de reconsideração* para defesa de seus interesses e direitos¹⁰⁷⁸. Diante da inadmissibilidade de interposição de recurso administrativo em face do regulamento editado no exercício de competência normativa, inclusive o chamado recurso hierárquico impróprio, o particular interessado pode formular pedido de reconsideração para nova análise do conteúdo do ato considerando as ilegalidades apontadas. O pedido de reconsideração deve, portanto, apresentar as razões de

¹⁰⁷⁷ Cf. item IV.3.2.1. deste trabalho.

¹⁰⁷⁸ Cf. MARÇAL JUSTEN FILHO, **O Direito das Agências Reguladoras**, 2002, p. 569.

fato e de direito que ensejam a revisão do regulamento pela autoridade competente que o editou, a quem a peça é endereçada. O pedido pode ser de invalidação do ato normativo, mas também de alteração de algum aspecto pontual da norma, ensejando, por exemplo, a emissão de um novo ato normativo a título de convalidação para saneamento de irregularidades formais do regulamento editado. O cabimento do pedido de reconsideração contra regulamentos editados pelo Poder Público deve-se à incidência do princípio do contraditório no processo administrativo normativo.

Por apontar para o futuro, o regulamento editado se prolonga no tempo até que seja invalidado ou revogado. A invalidação do ato normativo pode se processar pela própria Administração Pública, no exercício do poder de autotutela, ou externamente pelo Poder Judiciário, nos termos do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal. A revogação do ato normativo se opera por novo ato normativo com efeitos *ex tunc*, editado no juízo de oportunidade e conveniência do órgão ou ente competente. Para a revogação, a figura do *procedimento de revisão periódica do regulamento* tem um relevante papel a desempenhar.

Ocorre que o processo normativo formalmente é terminado com a tomada de decisão administrativa, tipicamente a edição de um regulamento. Todavia, a atividade normativa remanesce mesmo após o advento do ato normativo, uma vez que a capacidade de a norma editada cumprir os efeitos esperados e, assim, satisfazer as finalidades públicas deve ser objeto de avaliação *ex post* pela Administração Pública.

O art. 17 da Lei Complementar 95/98 determina o dever de o Poder Executivo promover a atualização das Consolidações de Normas Regulamentares, o que implica na inserção dos atos normativos editados no último quadriênio, assim como a supressão das normas revogadas ou invalidadas¹⁰⁷⁹. Deste preceito se extrai o *dever de revisão normativa periódica* pela Administração federal¹⁰⁸⁰, segundo o qual os atos editados no exercício de competência normativa devem ser revisitados de tempos em tempos para análise da

¹⁰⁷⁹ É o texto do art. 17 da Lei Complementar 95/98: “[o] Poder Executivo, até cento e oitenta dias do início do primeiro ano do mandato presidencial, promoverá a atualização das coletâneas a que se refere o artigo anterior, incorporando aos textos que as integram os decretos e atos de conteúdo normativo e geral editados no último quadriênio”.

¹⁰⁸⁰ Comissões especiais de acompanhamento e avaliação dos regulamentos editados, compostas por especialistas técnicos, podem ser constituídas pela autoridade pública competente. É o que sugerem JERRY MASHAW, RICHARD MERRILL e PETER SHANE a partir da experiência das *advisory committees* no sistema norte-americano. Cf. **Administrative Law**, 1998, p. 524-525.

efetividade normativa¹⁰⁸¹. Como analisado, edita-se um ato normativo na expectativa de alcançar determinados objetivos e satisfazer certos valores públicos. É fundamental que se evidencie se essas metas foram alcançadas, avaliando-se os efeitos positivos e negativos que decorreram da aplicação concreta da norma. A manutenção do ato normativo relaciona-se diretamente com a capacidade de o mesmo disciplinar situações concretas, de modo que, visando à satisfação das finalidades públicas almejadas, a norma pode ser alterada ou revogada. Esta dinâmica é especialmente cara na construção de políticas públicas, marcadamente dinamizadas pelo incrementalismo¹⁰⁸².

IV.4. Processos administrativos normativos consensuais

É notável a abertura da Administração Pública brasileira à consensualidade. Já uma afirmada linha de pesquisa teórica, a consensualidade contrapõe-se ao tradicional modo de atuação administrativa imperativa e unilateral, em que decisões administrativas são expressões do exercício de prerrogativas públicas, impostas independentemente da aquiescência do sujeito destinatário. Lastreada nos ideais de participação administrativa e eficiência, a celebração de acordos administrativos apresenta-se hoje como efetivo mecanismo de satisfação de finalidades públicas, especialmente em matéria sancionatória, em que se evidenciam os acordos substitutivos do processo administrativo sancionador ou mesmo da sanção administrativa, como o termo de compromisso e o termo de ajustamento de conduta. Trata-se, porém, de uma prática em experimentação. Paulatinamente, os órgãos e entes administrativos acatam a consensualidade como meio de exercício concertado de competências. Um âmbito de projeção da consensualidade consiste na atividade normativa da Administração Pública.

É de se reconhecer a utilidade do entrosamento entre Poder Público e particulares na tomada de decisão administrativa. O processo administrativo normativo consensual configura uma possível interação colaborativa entre Administração e administrados para

¹⁰⁸¹ Em sua Recomendação 93-4, de 1993, a ACUS sugere que a Agência constantemente avalie o sistema de revisão das normas vigentes por ela editadas.

¹⁰⁸² Dizer que uma política pública é incremental significa aceitar que sua construção é feita de modo contínuo, com pontuais modificações para fins de ajuste da política. Cf. FRANCISCO G. HEIDEMANN e JOSÉ FRANCISCO SALM, **Modelos para Análise de Decisões Político-Administrativas**, p. 115-117.

construção conjunta de uma solução jurídica que efetivamente supere problemas e satisfaça as finalidades públicas. O administrado pode também ser parceiro da Administração Pública na edição dos regulamentos que irão, em alguma medida, trazer consequências jurídicas para sua esfera de direitos e interesses. Especialmente nos setores regulados, em que os regulados em geral celebram contratos relacionais com a Administração¹⁰⁸³, o processo administrativo normativo consensual corrobora na manutenção do vínculo de confiança recíproca fundamental para uma dinâmica regulatória menos conflituosa e mais eficiente, portanto. Por essas razões, ainda quando o consenso não seja alcançado, é de se considerar a utilização do processo administrativo normativo consensual para superação dessa cultura adversária nos relacionamentos entre Administração Pública e administrados¹⁰⁸⁴. Em decorrência, outras vantagens potencialmente decorrem da adoção desse procedimento na atividade normativa da Administração Pública, como a identificação das questões mais prementes no regulamento, sensibilização sobre a importância da disciplina jurídica proposta, levantamento de dados e obtenção de informações relevantes ao desenho do conteúdo normativo, bem como discussão das alternativas jurídicas, a fim de evidenciar qual delas suscita menos resistência por parte dos diversos grupos de interesses representados.

A principal experiência no panorama regulatório brasileiro¹⁰⁸⁵ corresponde aos acordos setoriais previstos na Lei de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010) nos seguintes

¹⁰⁸³ Cf. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, **A Concessão como Instituto do Direito Administrativo**, 2013, p. 542-544.

¹⁰⁸⁴ Ingênuo seria afirmar que a consensualidade na atuação normativa da Administração Pública brasileira inexoravelmente conduziria a acordos unânimes entre todos os interessados no objeto da regulação. Até em razão desse aspecto, é relevante que o Poder Público seja seletivo na escolha do processo administrativo normativo consensual para editar um regulamento, preferindo os casos em que existam efetivas chances de celebração de acordo administrativo normativo. Ao contrário dos acordos substitutivos de sanção, os acordos integrativos normativos não servem à ampla utilização pelo Poder Público, de modo que seja possível reconhecer a inversão da incidência dos instrumentos, como se evidencia na CVM, em que hoje a maior parte dos processos administrativos sancionadores são encerrados em acordos substitutivos. A falta de critério na realização de processo administrativo normativo consensual pode gerar o efeito adverso de perda de credibilidade na funcionalidade do instrumento, pois pouquíssimos seriam os casos de alcance pleno do consenso. Como analisado na primeira parte do trabalho, as características históricas brasileiras levaram ao desenvolvimento teórico e operacional do Direito Administrativo galgado na ideia de rivalidade entre Poder Público e particulares, simbolicamente sintetizada na dualidade *autoridade vs. liberdade*. Se a Administração Pública dispõe de prerrogativas públicas exorbitantes, hábeis de constituir o particular em obrigação independentemente de sua aquiescência, este, por sua vez, goza de garantias oponíveis ao Poder Público para defesa de seus direitos contra arbitrariedades públicas. Esta é a síntese da dinâmica adversária entre Administração Pública e administrados.

¹⁰⁸⁵ Mencione-se, ainda, a figura do *termo de compromisso* previsto no art. 29-A da Lei 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde no setor de saúde suplementar. É o texto do referido preceito legal: “[a] ANS poderá celebrar com as operadoras termo de compromisso, quando houver

termos: “ato de natureza contratual firmado entre o poder público e fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes, tendo em vista a implantação de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto”¹⁰⁸⁶. Trata-se, na verdade, de acordo integrativo¹⁰⁸⁷ que tem por finalidade ajustar o comportamento do regulado para implantação de logística reversa. Por essa razão, o acordo setorial é muitas vezes apresentado ao lado do termo de compromisso¹⁰⁸⁸, pois que, na ponta, ambos desempenham a mesma funcionalidade no âmbito do processo administrativo normativo¹⁰⁸⁹.

Mediante adesão voluntária em processo de chamamento público, o acordo setorial é firmado. A natureza vinculante dos acordos setoriais é depreendida de sua própria definição legal, que especifica o acordo setorial como mecanismo de implantação de “responsabilidade”. Em outros termos, trata-se da assunção de obrigações cujo descumprimento acarreta *consequências jurídicas*. Não se pode depreender, porém, natureza normativa dos acordos setoriais. Além de a lei expressamente aludir à natureza contratual, falta aos acordos setoriais o caráter cogente que caracteriza as normas jurídicas. Como esclarece NORBERTO BOBBIO,

“Admitamos que o consenso e a força não podem se distinguir com um corte preciso, e que um mínimo de consenso seja sempre necessário, também ali onde parece que a ação é estrangida ao máximo. A distinção empírica entre adesão livre e adesão forçada permanece. A

interesse na implementação de práticas que consistam em vantagens para os consumidores, com vistas a assegurar a manutenção da qualidade dos serviços de assistência à saúde”.

¹⁰⁸⁶ Cf. art. 3º, inc. I, Lei de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010).

¹⁰⁸⁷ “Os ‘acordos integrativos’, por sua vez, não encerram o processo administrativo no qual são celebrados, pois voltados à viabilização da emissão pela Administração Pública do ato final, imperativo e unilateral, de forma mais célere ou mais adequado às especificidades do caso concreto. De forma bastante simplificada, nesta dinâmica consensual os provimentos administrativos vinculam-se à celebração de acordos administrativos, sem que estes encerrem o processo administrativo, ou seja, a emissão do ato administrativo final condiciona-se à celebração de acordos integrativos. Os acordos administrativos comportam-se, portanto, como atos processuais não terminativos”. JULIANA BONACORSI DE PALMA, **Atuação Administrativa Consensual. Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**, 2010, p. 190-191.

¹⁰⁸⁸ Cf., por exemplo, art. 16, inc. III, do Decreto 7.404/2010.

¹⁰⁸⁹ Nessa linha, o art. 32 do Decreto 7.404/2010 indica que o termo de compromisso cabe quando inexistir regulamento específico ou acordo setorial para disciplinar determinada área de abrangência, bem como “para fixação de compromissos e metas mais exigentes que o previsto em acordo setorial ou regulamento” (inc. II).

*adesão forçada requer um aparato de órgãos e de funções que se sobrepõe a um certo sistema normativo, e o completa*¹⁰⁹⁰.

Os acordos setoriais para implantação de sistema de logística reversa podem ser iniciados pelo Poder Público, quando serão precedidos de chamamentos públicos, ou por fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes¹⁰⁹¹. O processo de chamamento público se inicia com a publicação de edital pelo Ministério do Meio Ambiente em que são apresentados os produtos e embalagens que serão objeto de logística reversa e as correspondentes etapas de ciclo de vida, bem como as diretrizes metodológicas de avaliação dos impactos sociais e econômicos da implantação da logística reversa¹⁰⁹². No prazo especificado no edital, geralmente de 120 dias, os interessados podem apresentar proposta de acordo setorial para a implementação de logística reversa. Nos termos do art. 26 do Decreto 7.404/2010, as propostas de acordo setorial submetem-se à consulta pública. No caso de procedimentos de iniciativa dos legitimados para firmar acordo setorial de logística reversa, as propostas serão objeto de análise pelo Ministério do Meio Ambiente para uma das seguintes deliberações do Comitê Orientador: aceite da proposta, solicitação de complementação da proposta ou arquivamento do processo na hipótese de o consenso não ser alcançado¹⁰⁹³.

No ano de 2012, o MMA lançou dois editais de chamamento para logística reversa de lâmpadas (Edital 01/2012) e embalagens em geral (Edital 02/2012)¹⁰⁹⁴.

A projeção da consensualidade sobre o processo administrativo normativo também enseja reflexões sobre o cabimento de uma dinâmica como o *negotiated rulemaking* na prática do Direito Administrativo brasileiro.

¹⁰⁹⁰ **Teoria da Norma Jurídica**, 1993, 165.

¹⁰⁹¹ Cf. art. 20, §§1º e 2º, Lei de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010).

¹⁰⁹² Os requisitos obrigatórios do edital de chamamento para celebração de acordo setorial é previsto no art. 21 e no art. 23 do Decreto 7.404/2010.

¹⁰⁹³ Cf. art. 29, Decreto 7.404/2010.

¹⁰⁹⁴ Apesar de tanto a Lei de Logística Reversa quanto o Decreto 7.404/2010 fazerem expressa referência à consensualidade, esta característica resta limitada diante da concentração do centro decisório sobre o pacto no MMA. Da leitura dos editais de chamamento de logística reversa editados em 2012, evidencia-se alto grau de detalhamento sobre o desenho das propostas de acordos setoriais que fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes devem apresentar. Evidencia-se circunscrita margem de liberdade para que os legitimados definam os termos do acordo setorial. Mesmo diante da verticalidade das relações entre Poder Público e particulares, os acordos setoriais ainda são mecanismos consensuais na medida em que são celebrados mediante acordo de vontades.

O *negotiated rulemaking* consiste em um mecanismo de atuação administrativa consensual, por meio do qual a prerrogativa normativa é negociada entre os membros da comissão para desenho concertado do conteúdo da futura regulação normativa¹⁰⁹⁵. A norma consensual resultante desse procedimento configura um *acordo integrativo*, pois precede o provimento final (ato normativo final, tomado após regular processo administrativo normativo com fase de comentários), sem o substituir, como se verifica na dinâmica do acordo substitutivo¹⁰⁹⁶. Simplesmente, a norma consensual substitui a minuta de norma que seria delimitada unilateralmente pelo Poder Público, no exercício de sua competência normativa, e em torno da qual as futuras etapas procedimentais se articulariam. É a adequação do ato final mediante a substituição de um ato específico do processo, portanto, a principal finalidade do *regulatory negotiation*. Quanto à dinâmica regulatória, a mais relevante utilidade do *reg-neg* corresponde à pauta consensual dos debates que serão travados no âmbito do processo administrativo normativo com fase de comentário, o que não é menos relevante para o caso brasileiro.

Ainda que sem um levantamento empírico que lastreie a afirmação a seguir, reconhece-se a tendência de o Poder Público no Brasil pouco alterar o texto da minuta normativa submetida à audiência ou consulta pública. Uma possível explicação para tanto corresponde a uma eventual baixa qualidade das contribuições, cujas propostas seriam pouco contributivas. No entanto, a razão mais adequada para explicar essa postura da Administração está relacionada ao momento de publicação da minuta normativa. Ocorre que as minutas são geralmente submetidas à apreciação pública apenas ao final de um procedimento interno rigoroso, após as principais alternativas já terem sido ponderadas e o texto normativo estar “*praticamente fechado*”, em estágio consideravelmente avançado. Assim, a Administração encontra-se menos propensa ao diálogo com os administrados e, conseqüentemente, menos predisposta a alterar o produto de seu trabalho interno. Por essa razão, principalmente, o *reg-neg* mostra-se um conveniente instrumento para efetivação da interação entre Poder Público e cidadãos.

A projeção do consenso no processo administrativo normativo demanda prévia disciplina normativa. Não se trata, porém, de matéria sujeita à reserva de lei, encontrando-

¹⁰⁹⁵ Cf. Item III.2.3.3. deste trabalho.

¹⁰⁹⁶ Cf. PIERPAOLO GRAUSO, **Gli Accordi della Pubblica Amministrazione con i Privati**, 2007, p. 61.

se o Poder Público plenamente legitimado a fazer uso do instrumento mediante prévia edição de ato normativo autorizativo.

IV.5. Há uma reforma do processo administrativo em curso no Brasil?

JAVIER BARNES propugna a reforma das leis gerais de processo administrativo editadas a partir da segunda metade do século XXI por sistemas filiados à matriz europeia-continental pela obsolescência. Construídas a partir do modelo do *proceso judicial*, as leis gerais de processo administrativo tanto deixam de contemplar importantes atividades hoje desenvolvidas pelo Poder Público, razão pela qual carecem de representatividade, quanto apostam em uma técnica de regulação obsoleta, que não considera os valores norteadores da governança pública¹⁰⁹⁷. Na visão do autor, a reforma dessas leis gerais de processo administrativo far-se-ia imprescindível a fim de estender a disciplina jurídica para uma significativa parcela dos procedimentos conduzidos pelo Poder Público e que carecem de regulação. Nessa toada, a ação do legislador deveria se voltar a conferir uma compreensão mais ampla e moderna de processo administrativo, articulada em torno da ideia de intercâmbio de informação, bem como dispor sobre emergentes métodos de governança pública¹⁰⁹⁸.

Uma reforma dessa natureza na Lei Federal de Processo Administrativo não se mostra necessária. Pelo contrário, ela seria indesejada. Nos últimos anos, a Lei 9.784/99 foi aplicada subsidiariamente aos processos administrativos normativos e se mostrou plenamente hábil a direcionar a ação administrativa. Ocorre que na elaboração desta Lei houve consideração ao processo administrativo normativo como relevante modo de expressão da processualidade administrativa, apesar de ainda ser praticamente um estranho desconhecido na prática brasileira. A comprovada suficiência da Lei 9.784/99 como lei geral de processo administrativo não impede, porém, que leis especiais sejam editadas para

¹⁰⁹⁷ **La Transformación del Procedimiento Administrativo**, 2010, p. 37. O autor assim resume o seu argumento: “[e]n suma, en un primer nivel, insuficiencia y escasa representatividad de la actividad administrativa considerada en la legislación; en un segundo plano, obsolescencia e ineficacia del instrumento ‘procesal’ para múltiples situaciones y supuestos; por último, desconocimiento de los nuevos modelos de regulación e inadaptación de los procedimientos a esos nuevos esquemas. Tal es, a nuestro juicio, el desafío al que se enfrenta la institución y su reforma”. *Idem*, p. 38.

¹⁰⁹⁸ *Idem*, p. 40-41.

conferir contornos mais específicos aos diferentes procedimentos da atividade normativa da Administração Pública.

A principal mudança do processo administrativo hoje em curso corresponde ao modo de se *compreender o processo administrativo*. Acredita-se que se está diante de um movimento de ampliação das funcionalidades do processo administrativo no Brasil. O processo administrativo não mais pode ser compreendido, unicamente, como um instrumento de *formação da vontade administrativa*, formalizada em ato unilateral e imperativo. Tampouco a função do processo como mecanismo de exercício de poderes públicos pode ser considerada como a principal contribuição deste instituto para o Direito Administrativo. Na verdade, essas concepções do processo administrativo já se encontram desafiadas desde a década de 1970. Todavia, com a afirmação do processo administrativo normativo na atividade normativa da Administração Pública, outras funcionalidades do processo administrativo passam a ser evidenciadas.

Assim, o processo administrativo pode ser compreendido como um mecanismo para recolhimento e análise de informação, cada vez mais necessária para a satisfação de finalidades públicas tendo em vista a assimetria informacional entre Poder Público (regulador) e particulares (regulados) e a ascensão da dita “*sociedade de informação*”¹⁰⁹⁹. Também pode ser um mecanismo de negociação e composição de interesses orquestrados pela Administração¹¹⁰⁰, especialmente para desenvolvimento da atuação administrativa consensual. O processo administrativo também se presta a construir e avaliar, *ex ante* e *ex post*, políticas públicas¹¹⁰¹.

Diante do florescimento de técnicas negociais para exercício da função administrativa, a terminação do processo administrativo não necessariamente se encerra nas clássicas soluções binárias ato – contrato. Em diversos setores admite-se a atuação administrativa consensual, que importa na terminação do processo por instrumento lastreado na negociação da prerrogativa imperativa (consenso). No âmbito do processo administrativo normativo, a decisão final pode se revestir como ato normativo

¹⁰⁹⁹ Cf. RAINER PITSCHAS, **Derecho Administrativo de la Información. La Administración Pública y el Tratamiento de la información y el conocimiento en la era del gobierno electrónico y de la web 2.0**, 2012, p. 193-248.

¹¹⁰⁰ Cf. JODY FREEMAN, **Collaborative Governance in the Administrative State**, 1997-1998, p. 22.

¹¹⁰¹ Cf. JAVIER BARNES, **La Transformación del Procedimiento Administrativo**, 2010, p. 67.

(regulamento), ato de interpretação, termo de compromisso ou acordo setorial, por exemplo. A maior autonomia do processo administrativo já foi evidenciada pela doutrina administrativista brasileira, cuja principal reflexão sobre o papel do processo administrativo vis-à-vis do ato administrativo insere-se na discussão intitulada “*do ato ao processo*”. Na medida em que o processo administrativo deixa de ser um servo do ato administrativo, admitem-se outros mecanismos de terminação do processo administrativo normativo que não o regulamento.

A efetiva processualização da atividade administrativa normativa exige que novas interpretações das leis gerais de processo administrativo sejam desenvolvidas à luz da competência normativa. Nesse sentido, indica-se a utilidade operacional na edição de leis especiais para disciplina da dinâmica normativa para conferir um cenário de segurança jurídica do processo de elaboração regulamentar.

SÍNTESE CONCLUSIVA

O processo normativo é um dos raros temas que permite, a um só tempo, compreender as características das relações administrativas tradicionalmente travadas em torno do exercício do poder normativo e apontar para o futuro do Direito Administrativo no contexto democrático, plural, participativo e consequencialista.

Como analisado ao longo do trabalho, *a plena processualização da atividade administrativa ainda é um desafio*. No que tange à atividade normativa da Administração Pública, excepcionais são os regulamentos hoje editados mediante prévio processo administrativo. Em regra, especialmente no âmbito da Administração Direta, os atos normativos são editados pelo Poder Público *unilateralmente*, o que significa dizer que apenas a “*autoridade competente*” e seus convidados debatem o texto da minuta normativa. Sem a realização do processo normativo, o poder normativo apresenta-se como efetivo *privilégio* à disposição do Poder Público para ser utilizado quanto e se conveniente à autoridade competente, nos moldes do que esta reputar como “*interesse público*”.

Este legado ditatorial precisa ser superado.

Como analisado no Capítulo I, as sucessivas ondas antidemocráticas que marcaram a trajetória política brasileira foram as grandes responsáveis por impedir o pleno desenvolvimento do processo administrativo e, por decorrência, do processo administrativo normativo. Não se pode desconsiderar que outros fatores corroboraram significativamente para que o processo administrativo fosse reconhecido, por anos a fio, como o processo dos servidores públicos. A orfandade precoce do contencioso administrativo com a extinção do Conselho de Estado logo após a proclamação da República e a centralidade do ato administrativo na teoria de direito administrativo, que imprimiu ênfase no ato complexo em detrimento do processo administrativo, foram razões analisada no Capítulo II desta tese. Fato é, porém, que o desenvolvimento do Direito Administrativo no Brasil em meio a crises de ditadura foi decisivo para a processualidade ampla ser uma noção relativamente recente.

Isso porque, como analisado no Capítulo IV, a noção de processo traz em sua gênese o contraditório, o que pressupõe diálogo efetivo entre as partes interessadas – que podem, inclusive, ser múltiplas – e plena transparência procedimental. O processo administrativo não apenas se volta à construção racional da decisão administrativa, ou ao diálogo, mas serve especialmente ao controle do exercício das prerrogativas públicas. Historicamente, a processualização da atividade administrativa foi limitada àquelas matérias de implicação patrimonial. Todavia, a atividade normativa da Administração Pública brasileira sempre foi amplíssima. Os regulamentos jamais exerceram papel secundário na disciplina jurídica. A doutrina brasileira de indelegabilidade normativa, construída a partir da sacralização da lei formal por uma leitura estrita do princípio da separação de Poderes, consiste antes em uma *doutrina engajada*, de resistência política, que propriamente uma doutrina operacional. O valor histórico desses administrativistas deve ser registrado com gratidão, mas contextualizado.

O Estado brasileiro hoje se configura como um Estado Democrático de Direito de acordo com a Constituição vigente desde 1988. Sem entrar na polêmica sobre a consolidação da democracia no Brasil, é preciso encarar de frente o grande desafio de *reinventar* o Direito Administrativo à luz de uma sociedade civil emergente, cada vez mais ansiosa por participar da Administração Pública. Muito já foi feito, inclusive no tema do processo administrativo normativo, mas ainda é preciso caminhar.

De acordo com os achados de pesquisa no Capítulo III, o processo normativo não é uma regra na máquina burocrática do Estado. Existem diversos órgãos e entes administrativos dotados de competência normativa e, no entanto, apenas no âmbito das Agências Reguladoras federais a experiência mostra-se mais significativa. Mesmo nesses casos o processo administrativo normativo é incipiente: (1) inexistente um programa governamental voltado ao desenvolvimento da atividade normativa da Administração Pública; (2) a participação administrativa, quando verificada, (2.1.) é aberta em momento muito avançado do desenho normativo, (2.2.) não é acompanhada de tutorial sobre a participação ou explicativo da matéria em discussão e (2.3.) o diálogo é limitado a interessados com poderio econômico; (3) em alguns casos evidencia-se o uso de atos de interpretação em detrimento da edição de atos normativos, quando estes se fazem necessários; (4) as análises regulatórias são em geral burocráticas e não priorizam o

controle *ex post* da atuação administrativa; (5) não há planejamento normativo de longo prazo nem previsão do procedimento de revisão periódica dos regulamentos editados; (6) não há clara disciplina jurídica sobre o dever regulamentar e o dever de realizar processo administrativo normativo; e (7) não há compreensão do processo administrativo normativo como um todo, limitando-se o foco de atenção para elementos específicos deste, em especial a participação administrativa e a avaliação de impacto regulatório, o que impede uma disciplina adjetiva mais efetiva do processo administrativo normativo. São diversos os pontos que merecem ser objeto de reflexão para aprimoramento do processo administrativo normativo no Brasil, como se tentou pautar, de modo não exaustivo, porém, no Capítulo IV deste trabalho.

A presente tese buscou atrair atenção para essa pauta necessária do Direito Administrativo, demonstrando as fontes de algumas tradições das quais nem sempre somos conscientes. Assim, foram aproximados dois temas que não costumam ser relacionados: o poder normativo e o processo administrativo. Não é mais compreensível que normas ainda sejam editadas pelo Poder Público à margem do processo administrativo. Demonstrou-se juridicamente como esta é uma relação obrigatória diante do dever de realizar processo administrativo normativo. Tão ou mais importante que o tratamento jurídico do processo administrativo normativo é a mudança cultural do Poder Público sobre o modo de exercício da competência normativa e de compreensão da figura do particular, de mero destinatário do ato normativo final para colaborador da construção das decisões que lhe digam respeito. Somente com essa guinada dos valores públicos que orientam a gestão pública será possível afirmar o processo administrativo normativo como meio de excelência de elaboração dos regulamentos administrativos.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

ALLEN, William H. *The Durability of the Administrative Procedure Act in Virginia Law Review*, vol. 72, 1986.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. Tese de titularidade defendida na Faculdade de Direito da USP em 2013.

_____. *Atos Administrativos Normativos: algumas questões* in MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.), *Os Caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Teoria do Contrato Administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro*. Tese de Livre Docência defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2010.

_____. *Considerações sobre a “Regulação” no Direito Positivo Brasileiro* in *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 12. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2005.

ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Noções de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1956.

AMAN JR., Alfred C. *The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law: from government to governance* in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 8, 2000-2001.

_____. *Informal Agency Actions and U.S. Administrative Law – informal procedure in a Global Era* in *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994.

AMENDOLA, Antonio Carlos de Almeida. *Participação do Contribuinte na Regulamentação Tributária*. São Paulo: LexMagister, 2011.

ANDRADE, Letícia Queiroz. *Poder Normativo das Agências Reguladoras (legitimação, extensão e controle)* in *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, vol. 15. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, ago./out. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-LETICIA%20QUEIROZ.pdf>.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. *Análise de Impacto Regulatório* in *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 32. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2010.

_____. *Agências Reguladoras: algumas perplexidades e desmistificações* in *Interesse Público*, vol. 51. Belo Horizonte: Fórum, set./out. 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55459>. Acesso em 20 de setembro de 2013.

_____. *Agências Reguladoras. E a evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. A Consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos in *Revista de Direito do Estado*, vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2006.

_____. Teoria das Autolimitações Administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos in *Revista de Direito do Estado*, vol. 4. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2006.

_____. *Atividades Privadas Regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação* in *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 10. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2005.

_____. *A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras* in *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 6. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2004.

_____. *Ensaio de uma Visão Autopoiética do Direito Administrativo* in *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 4. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2003.

_____. *Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 225. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 2001.

_____. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras* in *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 36. São Paulo: Malheiros, 2001.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ASIMOW, Michael. *Interim-Final Rules: making haste slowly* in *Administrative Law Review*, vol. 51, 1999.

_____; LEVIN, Ronald M. *State and Federal Administrative Law*. 3ª ed. St. Paul: West, Thomson Reuters, 2013.

ATALIBA, Geraldo. *Delegação Normativa (limites às competências do CMN e BACEN)* in *Revista de Direito Público*, vol. 98. São Paulo: RT, 1991.

_____. *Poder Regulamentar. Delegação de poderes – previdência dos congressistas – jurisdição administrativa* in *Revista de Direito Público*, vol. 12. São Paulo: RT, abr./jun. 1970.

_____. *Decreto Regulamentar no Direito Brasileiro* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 97. Rio de Janeiro: FGV, jul./set. 1969.

AUBY, Jean-Bernard. *Contracting Out and “Public Values”: a theoretical and comparative approach*. Disponível em:

http://www.law.yale.edu/documents/pdf/CompAdminLaw/Jean-Bernard_Auby_CompAdLaw.pdf. Acesso em 20 de junho de 2012.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *O Direito Fundamental à Presunção de Inocência no Processo Administrativo Disciplinar* in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, vol. 37. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2009.

_____. *Poder Normativo de Entes Reguladores* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 230. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2002.

BAIXAR. In **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Positivo, 2010. p. 256.

BAIXAR. In **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004. p. 381.

BALDWIN, Robert. *Rules and Government*. Oxford: Oxford, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Lei e Regulamento. A chamada “reserva de lei”. As delegações legislativas disfarçadas* in *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 49-50. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAPTISTA, Patrícia. *Os Limites Constitucionais à Autotutela Administrativa: o dever de observância do contraditório e da ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal e seus parâmetros* in *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, vol. 1. Belo Horizonte: Fórum, jan./dez. 2011.

_____. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima no Direito Brasileiro: análise sistemática e critérios de aplicação no Direito Administrativo brasileiros*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em maio de 2006.

_____. *A Tutela da Confiança Legítima como Limite ao Exercício do Poder Normativo da Administração Pública – A proteção às expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade administrativa* in *Revista de Direito do Estado*, vol. 3. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 2006.

_____. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral dos Procedimentos de Exercício da Cidadania perante a Administração Pública* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 207. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1997.

BARNES, Javier. *Algunas Respuestas del Derecho Administrativo Contemporáneo ante las Nuevas Formas de Regulación: fuentes, alianzas con el Derecho Privado, procedimientos de tercera generación* in BARNES, Javier (coord.). *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, 2ª ed. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2012

_____. *Towards a Third Generation of Administrative Procedure* in ROSE-ACKERMAN, Susan e LINDSETH, Peter. *Comparative Administrative Law: an introduction*, 2ª ed. Massachusetts: Edward Elgar, 2011.

_____. *La Transformación del Procedimiento Administrativo* in *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, vol. 30. Buenos Aires: RAP, 2010.

BARRETO, Dora Maria Vendramini. *A Prova no Processo Administrativo Disciplinar*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2006.

BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. *A Codificação do Direito Administrativo* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 18. Rio de Janeiro: Renovar, 1949.

BARROSO, Luís Roberto. *A Constitucionalização do Direito e suas Repercussões no Âmbito Administrativo* in ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *Agências Reguladoras, Constituição e Transformações do Estado e Legitimidade Democrática* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 229. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 2002.

_____. *Disposições Constitucionais Transitórias (natureza, eficácia e espécies), Delegações Legislativas (validade e extensão) e Poder Regulamentar (conteúdo e limites)* in *Revista de Direito Público*, vol. 96. São Paulo: RT, out./dez. 1990.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. *Contencioso Administrativo* in PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di e SUNDFELD, Carlos Ari. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, vol. 3. São Paulo: RT, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. A influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEISEL JR., Albert. *Federal Administrative Procedure Act and the Administrative Agencies* in *Boston Bar Bulletin*, vol. 18, 1947.

BÉNOIT, Fracis-Paul. *Le Droit Administratif Français*. Paris: Dalloz, 1968.

BERNARDES FILHO, Hugo Gueiros. *Instituto da Jurisdição Administrativa Francesa e o Sistema Jurídico Brasileiro* in PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di e SUNDFELD, Carlos Ari. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, vol. 3. São Paulo: RT, 2012.

BERTHÉLEMY, Henry. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 7ª ed. Paris: Arthur Rousseau, 1913.

- BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*, 6ª ed. Buenos Aires: La Ley, 1964.
- _____. *El Recurso Jerárquico: su institución y su régimen jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 1964.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 240. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2005.
- BLACK, Julia. *Procedimentalizando a Regulação: parte I* in MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Regulação Econômica e Democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006.
- _____. *Procedimentalizando a Regulação: parte II* in MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Regulação Econômica e Democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*, 3ª ed. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO, 2005.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, 13ª ed., vol. I. Brasília: UNB, 2007.
- _____. *Dicionário de Política*, 13ª ed., vol. II. Brasília: UNB, 2007.
- BONNARD, Roger. *Précis de Droit Administratif*. 10ª ed. Paris: Recueil Sirey, 1935.
- BORGES, Alice Gonzalez. *Processo Administrativo e Controle* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 226. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2001.
- BRAGA, André de Castro Oliveira Pereira. *Normas Abertas e Regras no Licenciamento Ambiental*. Dissertação de mestrado defendida na Direito GV em 27 de setembro de 2010.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Burocracia Pública na Construção do Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2008.
- _____. *Os Primeiros Passos da Reforma Gerencial do Estado de 1995* in *Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 23. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria geral do Direito Processual Civil*, 5ª ed., tomo I. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BUENO, Vera Scarpinella. *Devido Processo Legal e Administração Pública no Direito Administrativo Norte-Americano* in FIGUEIREDO, Lucia Valle (org.), *Devido Processo Legal na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BYBEE, Jay S. *Advising the President: separation of Powers and the Federal Advisory Committee Act* in *Yale Law Journal*, vol. 104, 1994-1995.

CAETANO, Marcello. *A Codificação Administrativa em Portugal*. Lisboa: Tip. da Emp. Nacional de Publicidade, 1935.

CAMPOS, Francisco. *Lei e Regulamento – Direitos Individuais* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 80. Rio de Janeiro: abr./jun. 1965.

_____. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

_____. *Restrições ao Poder Legislativo do Parlamento in O Estado Nacional*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941.

CARNEIRO, Eryma. *As Autarquias e as Sociedades de Economia Mista no Estado Novo*. São Paulo: Departamento de Imprensa e Propaganda, 1941.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CASSESE, Sabino. *La Partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato* in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, vol. 1. Roma: Giuffrè, 2007.

_____. *Il Sorriso del Gatto, Ovvero dei Metodi nello Studio del Diritto Pubblico* in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, vol. 3. Roma: Giuffrè, 2006.

_____. *Gamberetti, Tartarughe e Procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali* in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, vol. 3. Roma: Giuffrè, 2004.

_____. *Tendenze e Problemi del Diritto Amministrativo* in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, vol. 4. Roma: Giuffrè, 2004.

_____. *As Transformações do Direito Administrativo do Século XIX ao XXI* in *Revista*

_____. *Interesse Público*, vol. 24. Belo Horizonte, Fórum, 2004.

_____. *Las Bases del Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A Unificação das Normas do Processo Administrativo* in *Revista de Processo*, vol. 9. São Paulo: RT, 1978. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>

_____. *Tratado de Direito Administrativo*, vol. I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

_____. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

_____. *O Funcionário Público e o seu Regime Jurídico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

_____. *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*, vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *A Governança e o Direito in Revista de Direito Público da Economia*, vol. 12. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33300>>. Acesso em 10 de setembro de 2013.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: RT, 1979.

_____, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.

COGLIANESE, Cary. *Enhancing Public Access to Online Rulemaking Information in Michigan Journal of Environmental & Administrative Law*, vol. 2, 2012-2013

_____. *Citizen Participation in Rulemaking: past, present, and future in Duke Law Journal*, vol. 55, 2005-2006.

_____. *Assessing the Advocacy of negotiated rulemaking: a response to Philip Harter in N.Y.U. Environmental Law Journal*, vol. 9, 2000-2001.

_____. *Assessing Consensus: the promise and performance of negotiated rulemaking in Duke Law Journal*, vol. 46, 1997.

COSTA, José Armando da. *Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Saraiva, 1984.

COTRIM NETO, A. B. *Código de Processo Administrativo. Sua necessidade no Brasil in PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di e SUNDFELD, Carlos Ari. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, vol. 3. São Paulo: RT, 2012. Originalmente publicado na *Revista de Direito Público*, vol. 34. São Paulo: Malheiros, out./dez. 1985.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Regulação e Redistribuição: a experiência brasileira de universalização das telecomunicações*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2003.

COUTO E SILVA, Almiro do. *Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares: serviço público “à brasileira”?* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 230. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo* in *Revista de Direito Público*, vol. 84. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

CRETELLA JR., José. *Prática do Processo Administrativo*, 7ª ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

_____. *Da Codificação do Direito Administrativo*. Tese de livre docência defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1951.

CRUZ, Alcides. *Direito Administrativo Brasileiro*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia., 1914.

CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

CUÉLLAR, Mariano-Florentino. *Rethinking Regulatory Democracy in Administrative Law Review*, vol. 57, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Conselho de Estado e o Contencioso Administrativo no Brasil* in PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di e SUNDFELD, Carlos Ari. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, vol. 3. São Paulo: RT, 2012.

DAMONTE, Roberto. *Atti, Accordi, Convenzioni nella Giustizia Amministrativa*. Padova: Cedam, 2002.

DANNEMANN, Gerhard. *Comparative Law: study of similiarities or differences?* in REINMANN, Mathias e ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. New York: Oxford, 2006.

DANTAS, Almir de Mello. *Poder Executivo no Brasil*. Manaus, 1968.

DANTAS, San Tiago. *Poder Regulamentar das Autarquias in Problemas de Direito Positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DAVIS, Kenneth Culp. *Administrative Law Treatise*, 2ª ed. San Diego: K.C. Davis, 1978.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da Utilização de Princípios do Processo Judicial no Processo Administrativo in Fórum Administrativo*, vol. 147. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. *500 Anos de Direito Administrativo in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2012.

_____. *Direito Administrativo*, 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *O Direito Administrativo Brasileiro sob Influência dos Sistemas de Base Romanística e da Common Law in Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 16. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2007.

_____. *Participação Popular na Administração Pública* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 191. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1993.

DIEZ, Horacio Pedro. *Reglamentos. Su impugnación en el procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 6ª ed., tomo II. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, 5ª ed., tomo I. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, 5ª ed., tomo II. São Paulo: Malheiros, 2005.

DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.

DUTRA, Pedro. *Órgãos Reguladores: social-democracia ou neogetulismo?* in *Livre Concorrência e Regulação de Mercados. Estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *O Poder Regulamentar dos Órgãos Reguladores* in *Livre Concorrência e Regulação de Mercados. Estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

EISENMANN, Charles. *O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 56. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1959.

ELIAS, Evian. *O Estatuto da Cidade e a Participação Popular* in *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, vol. 32. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

ELLIOTT, E. Donald. *Re-Inventing Rulemaking* in *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, 1992.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Crisis del Contencioso Administrativo Francês. El fin de un paradigma* in PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di e SUNDFELD, Carlos Ari. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, vol. 3. São Paulo: RT, 2012.

_____. *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial. Derecho comunitário europeo y proceso contencioso administrativo español*, 3ª ed. Madrid: Civitas, 1998.

_____.; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, 11ª ed, vol. II. Madrid: Civitas, 2008.

_____. *Los Ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en Derecho español* in *Revista de Direito Público*, vol. 69. São Paulo: Malheiros, jan./mar. 1989.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

_____. *Reformas Essenciais ao Aperfeiçoamento das Instituições Políticas Brasileiras* in *Revista Forense*, vol. 163. Rio de Janeiro: Forense, jan./fev. 1956.

FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica: direito e conjuntura*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O Direito na Economia Globalizada*, 1ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARINA, Cynthia; NEWHART, Mary; HEIDT, Josiah. *Rulemaking vs. Democracy: judging and nudging public participation that counts* in *Michigan Journal of Environmental & Administrative Law*, vol. 2, 2012-2013.

_____; NEWHART, Mary; CARDIE, Claire; COSLEY, Dan. *Rulemaking 2.0* in *University of Miami Law Review*, vol. 65, 2010-2011.

FERNANDES, Raimundo Nonato. *Do Procedimento Disciplinar na Função Pública* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 57/58. Rio de Janeiro: Renovar, jan./jun. 1981.

_____. *Apuração de Dano em Inquérito Administrativo* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 138. Rio de Janeiro: FGV, out./dez. 1979.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras à luz do Princípio da Eficiência* in ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *O Devido Processo Legal e a Responsabilidade do Estado por Dano Decorrente do Planejamento* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 206. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1996.

FIGUEIREDO, Marcelo. *As Agências Reguladoras. O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FLEINER, Fritz. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona: Labor, 1933.

FRACCHIA, Fabrizio. *Administrative Procedure and Democracy: the Italian experience* in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 12. 2005.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *A Prova Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1973.

_____. *Introdução do Direito Processual Administrativo*. São Paulo: RT, 1971.

FREEMAN, Jody. *The Contracting State* in *Florida State University Law Review*, vol. 28, 2000-2001.

_____. *Collaborative Governance in the Administrative State* in *UCLA Law Review*, vol. 45, 1997-1998.

_____, LANGBEIN, Laura I. *Regulatory Negotiation and the Legitimacy Benefit* in *N.Y.U. Environmental Law Journal*, vol. 9, 2000-2001.

_____. *The Private Role in Public Governance* in *New York University Law Review*, vol. 75, 2000.

FREIRE, André Luís Macagnan. *Supremo Tribunal Federal, Administração Pública e Processo Administrativo: como a Lei de Processo Administrativo é aplicada pelo Supremo?* Monografia apresentada na Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2012. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=203.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Os Novos Campos da Regulação* in *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 10. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2005.

_____. *Definição do Direito de Regulação Econômica* in *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 9. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2005.

FUNK, William F. *When Smoke Gets in Your Eyes: regulatory negotiation and the public interest – EPA's Woodstove Standards* in *Environmental Law*, 1987-1988.

_____, LUBBERS, Jeffrey S., POU JR., Charles. *Federal Administrative Procedure Sourcebook*, 4^a ed. Washington D.C.: ABA, 2008.

_____.; SHAPIRO, Sidney A.; WEAVER, Russell L. *Administrative Procedure and Practice. Problems and Cases*, 3^a ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2006.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Poder Regulamentar*. São Paulo: RT, 1982.

GELLHORN, Walter. *Birth Pangs of the Administrative Procedure Act* in *The Administrative Law Journal*, vol. 10, 1996.

_____. *The Administrative Procedure Act: the beginnings* in *Virginia Law Review*, vol. 72, 1986.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Supremacia do Interesse Público na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal durante a República Velha* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 263. Rio de Janeiro: FGV, mai./ago. 2013.

_____. *Estado e Contrato. Supremacia do interesse público “versus” igualdade. Um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

GILBERTO, André Marques. *O Processo Sancionador Antitruste*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2009.

GIUFFRÈ, Felice. *Declinio del Parlamento Legislatore e crescita del potere de inchiesta in Le autoria indipendenti* (coord. LABRIOLA, Silvano). Milão, Giuffrè, 1999.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Ensaio sobre a Boa Governança da Administração Pública a partir do Mote da “New Public Governance”* in GONÇALVES, Pedro Costa et. al. *O Governo da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. *Regulação Administrativa e Contrato* in *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 35. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2011.

_____. *O Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

GORDILLO, Agustín. *La Administración Paralela*, 2ª ed. Buenos Aires: FDA, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRAUSO, Pierpaolo. *Gli Accordi della Pubblica Amministrazione con i Privati*. Milão: Giuffrè, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Contencioso Administrativo na Emenda n. 7, de 1977* in PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di e SUNDFELD, Carlos Ari. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, vol. 3. São Paulo: RT, 2012.

_____. *Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 183. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1991

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *A Expressão Técnica “Contencioso Administrativo”* in PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di e SUNDFELD, Carlos Ari. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, vol. 3. São Paulo: RT, 2012.

GUEDES, Demian. *Processo Administrativo e Democracia. Uma reavaliação da presunção de veracidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. *Breve Análise do Processo Administrativo nos Estados Unidos: a Suprema Corte e as garantias dos administrados* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 244. Rio de Janeiro: Atlas, jan./abr. 2007.

GUERRA, Sérgio. *Direito Administrativo e a Nova Hermenêutica: uma releitura do modelo regulatório brasileiro* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 243. Rio de Janeiro: Atlas, set./dez. 2006.

_____. *Discricionariedade na Regulação por Entidades Estatais Independentes* in *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 6. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2004.

_____. *Normatização por Entidades Reguladoras Independentes: uma contribuição para o desafio da tecnicidade* in GERRA, Sérgio (coord.), *Temas Atuais de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *Âmbito de Validade da Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784/99) para Além da Administração Federal* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 235. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12674>. Acesso em 12 de novembro de 2013.

_____. *A Participação no Processo Administrativo* in MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Atuais Rumos do Processo Administrativo*. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Da Regulação como Função de Direito Administrativo*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 7 de maio de 2007.

HARRISON, John. *Assessing the Assessors: the actual performance of negotiated rulemaking in N.Y.U. Environmental Law Journal*, vol. 9, 2000-2001.

_____. *Substantive Due Process and the Constitutional Text* in *Virginia Law Review*, vol. 83, n. 3. Abril de 1997.

HARTER, Philip. *Dispute Resolution and Administrative Law: the history, needs, and future of a complex relationship* in *Villanova Law Review*, vol. 29, 1983-1984.

_____. *Negotiating Regulations: a cure for malaise* in *The Georgetown Law Journal*, 1982-1983.

_____. *The Political Legitimacy and Judicial Review of Consensual Rules* in *The American University Law Review*, vol. 32, 1983-1982.

HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. 11^a ed. Paris: Société Anonyme du Recueil Sirey, 1927.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 8^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”?* in *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 2. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2003.

_____. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

KAGAN, Elena. *Presidential Administration* in *Harvard Law Review*, vol. 114, 2000-2001.

KANNAN, Phillip M. *The Logical Outgrowth Doctrine in Rulemaking in Administrative Law Review*, vol. 48, 1996.

KERWIN, Cornelius M. & FURLONG, Scott R. *Rulemaking. How government agencies write law and make policy*, 4th ed. Washington D.C.: CQ Press, 2011.

KOLBER, Michael. *Rulemaking Without Rules: an empirical study of direct final rulemaking in Albany Law Review*, vol. 72, 2009.

LACERDA, Paulo Francisco Bastos Von Bruck. *Fundamentos do Processo Administrativo Disciplinar. Justiça Administrativa*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2004.

LAUBADÈRE, André de. *Traité de Droit Administratif*. 6^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973.

LAVILLA, Juan J. *The Good Cause Exemption to Notice and Comment Rulemaking Requirements Under The Administrative Procedure Act in Administrative Law Journal*, vol. 3, 1989-1990.

LAWSON, Gary. *Federal Administrative Law*, 6^a ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2013.

LEAL, Victor Nunes. *Lei e Regulamento in Problemas de Direito Público e Outros Problemas*, vol. I. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

LEVIN, Ronald M. *More on Direct Final Rulemaking: streamlining, not corner-cutting in Administrative Law Review*, vol. 51, 1999.

_____. *Direct Final Rulemaking in George Washington Law Review*, vol. 64, 1995-1996.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*, 7^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

LOBEL, Orly. *The Renew Deal: The fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought in Minnesota Law Review*, vol. 89, 2004-2005.

_____. *Setting the Agenda for New Governance Research in Minnesota Law Review*, vol. 89, 2004-2005.

LUBBERS, Jeffrey S. *The Transformation of the U.S. Rulemaking Process – For better or worse in Ohio Northern University Law Review*, vol. 34, 2008.

_____. *Achieving Policymaking Consensus: the (unfortunate) waning of negotiated rulemaking in South Texas Law Review*, 2007-2008.

_____. *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, 4th ed. Chicago: ABA Publishing, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Concessão como Instituto do Direito Administrativo*. Tese de Titularidade defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2013.

_____. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial da Administração in Fórum Administrativo*, vol. 14. Belo Horizonte: Fórum, 2002. Disponível em: Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=1607>>. Acesso em 28 de dezembro de 2013.

_____. *Poderes da Administração Pública in FIGUEIREDO, Marcelo (coord.). Novos Rumos para o Direito Público. Reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____ e COSCIONE, Milene Louise Renée. *Telecomunicações. Doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Regulação Estatal e Autorregulação na Economia Contemporânea in Revista de Direito Público da Economia*, vol. 33. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2011.

_____. *A Efetividade das Decisões. A execução forçosa in VALDIVIA, Diego Zegarra e ONETO, Víctor Baca (coord.), La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después*. Lima: Palestra, 2011.

_____. *A Superação do Ato Administrativo Autista in MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.), Os Caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo: RT, 2011.

_____. *O Fomento como Instrumento de Intervenção Estatal na Ordem Econômica in Revista de Direito Público da Economia*, vol. 32. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70679>>. Acesso em 12 de setembro de 2013.

_____. *Bens Públicos. Função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *Regulação Econômica e suas Modulações in Revista de Direito Público da Economia*, vol. 28. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=64263>>. Acesso em 20 de setembro de 2013.

_____. *Do Contrato Administrativo à Administração Contratual in Revista do Advogado*. vol. 107. São Paulo: AASP, dez. 2009.

_____. *Processo Administrativo Inquisitorial. Eficiência investigativa e garantias constitucionais in Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 51/52. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Ensaio sobre o Processo como Disciplina do Exercício da Atividade Estatal in DIDIER JR., Fredie e JORDÃO, Eduardo Ferreira (org.). Teoria do Processo. Panorama doutrinário mundial*. Salvador: Podium, 2007.

_____. *Ensaio sobre o Processo como Disciplina do Exercício da Atividade Estatal in Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão (coord.). Teoria do Processo. Panorama Doutrinário Mundial*. Salvador: Podium, 2007.

_____. *As Políticas de Universalização, Legalidade e Isonomia: o caso “telefone social”* in *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 14. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2006.

_____. *Discricionariedade e Regulação Setorial – O caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial* in ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. *Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil* in *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, vol. 1. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, março de 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-1-MAR%C7O-2005-FLORIANO%20DE%20AZEVEDO%20MARQUES%20NETO.pdf>.

_____. *Processo Administrativo Inquisitorial. Eficiência investigativa e garantias constitucionais* in *Revista de Informação Legislativa*, vol. 167. Brasília: Imprensa Oficial, jul./set. 2005.

_____ (coord.). *Há um Déficit Democrático nas Agências Reguladoras?* in *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 5. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2004.

_____. *Há um Déficit Democrático nas Agências Reguladoras?* in *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 5. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2004.

_____. *Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal* in *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 1. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2003.

_____. *Princípios do Processo Administrativo* in *Fórum Administrativo*, vol. 37. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. *Regulação e Poder de Polícia no Setor de Gás* in *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 6. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2004.

_____. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Poderes da Administração Pública* in FIGUEIREDO, Marcelo (coord.). *Novos Rumos para o Direito Público. Reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965.

MARRARA, Thiago. *A Atividade de Planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa* in *Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 34. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2011. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74850>. Acesso em 10 de setembro de 2013

MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*, 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 196-.

MASHAW, Jerry. MERRILL, Richard; e SHANE, Peter. *Administrative Law. Public Law Systems. Cases and Materials*, 4ª ed. St. Paul: West Group, 1998.

_____. *Reforming the Bureaucracy: the Administrative Conference technique in Administrative Law Review*, vol. 26, 1974.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador no Brasil. Eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.

_____. *Autonomia Decisória, Discricionariedade Administrativa e Legitimidade da Função Reguladora do Estado no Debate Jurídico Brasileiro in Revista de Direito Público da Economia*, vol. 12. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2005.

MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005.

McCARRAN, Pat. *Administrative Procedure Act. Legislative history*. New York: William S. Hein, 1997.

McLAUGHLIN, Patrick A., ELLIG, Jerry. *Does OIRA Review Improve the Quality of Regulatory Impact Analysis? Evidence from the final year of the Bush II administration in Administrative Law Review*, vol. 63, 2011.

MEDAUAR, Odete. *Ato Administrativo: origem, concepções, abrangência in MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.), Os Caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Regime Jurídico do Ato Administrativo: o conceito de ato administrativo in VALDIVIA, Diego Zegarra e ONETO, Víctor Baca (coord.), La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después*. Lima: Palestra, 2011.

_____. *O Princípio da Razoável Duração do Processo Administrativo in MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein. Atuais Rumos do Processo Administrativo*. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Administração Pública: do ato ao processo in ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *A Processualidade no Direito Administrativo*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Constituição de 1988: catalisadora da evolução do Direito Administrativo? in Revista do Advogado*, vol. 99. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2008.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Regulação e Auto-Regulação in Revista de Direito Administrativo*, vol. 228. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2002.

_____. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1993.

_____. *Os Poderes do Administrador Público in Revista de Direito Administrativo – Seleção Histórica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 4ª ed. São Paulo: RT, 1976.

MEIRELLES SCHIRATO, Renata Nadalin. *Transparência Administrativa, Participação, Eficiência e Controle Social. Direito Administrativo em evolução?* In ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; e SCHIARTO, Vitor Rhein (coord.). *Direito Público em Evolução*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Perfil do Poder Regulamentar no Direito Brasileiro in Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Lei e Regulamento – A Chamada “Reserva de Lei” – As Delegações Legislativas Disfarçadas in Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 49/50. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Regulamento – Limites – Proibição de Fumar em Restaurantes in Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 8. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *“Poder” Regulamentar ante o Princípio da Legalidade in Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 4. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Regulamento e Princípio da Legalidade in Revista de Direito Público*, vol. 96. São Paulo: RT, out./dez. 1990.

MELLO, Rafael Munhoz. *Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei 9.784/99 in Revista de Direito Administrativo*, vol. 227. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2002.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3ª ed., vol. I. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDELSON, Nina A. *Rulemaking, Democracy, and Torrents of E-Mail in George Washington Law Review*, vol. 79, 2010-2011.

MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras in SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENEGALE, J. Guimarães. *Direito Administrativo e Sciencia da Administração*, tomo I. Rio de Janeiro: Metropole, 1938.

MERKL, Adolf. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935.

MINOW, Martha. *OIRA Avoidance in Harvard Law Review*, vol. 124, 2010-2011.

MIRANDA, Sandra Julien. *Do Ato Administrativo Complexo*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1982.

MODESTO, Paulo. Participação Popular na Administração Pública: *Mecanismos de Operacionalização in Revista Eletrônica de Direito do Estado*, vol. 2. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-PAULO%20MODESTO.pdf>. Acesso em 10 de setembro de 2013.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei de Regulamento*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *Princípio da Legalidade e os Poderes Normativo e Regulamentar da Administração Pública in Revista de Direito Público da Economia*, vol. 20. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. CAGGIANO, Heloisa Conrado. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras na Jurisprudência do STF – mutação constitucional do princípio da legalidade? in Revista de Direito Público da Economia*, vol. 43. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2013.

_____. *Processo Administrativo. Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Agências Administrativas, Contratos de Serviços Públicos e Mutabilidade Regulatória in Revista de Direito Público da Economia*, vol. 25. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2009.

_____. *Desenvolvimento Econômico, Políticas Públicas e Pessoas Privadas (passado, presente e futuro de uma perene transformação) in Revista de Direito do Estado*, vol. 10. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2008.

_____. *Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras in ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *O Processo Administrativo no Rol dos Direitos e Garantias Individuais in GUIMARÃES, Edgar (coord.). Cenários do Direito Administrativo. Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. *O Direito à Prova no Processo Administrativo in Fórum Administrativo*, vol. 39. Belo Horizonte: Fórum, mai. 2004. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=4977>. Acesso em 10 de setembro de 2013.

_____. *O Processo Administrativo no Rol dos Direitos e Garantias Fundamentais* in *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 43. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a “Elaboração Processual de Normas”* in *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 2. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2003.

_____. *Agências Administrativas, Poder Regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 218. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1999.

MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Crise e Regulação dos Mercados Financeiros. A autorregulação regulada: uma possível resposta?* in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 47. São Paulo: RT, jan./mar. 2010.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Natureza Jurídica. Competência Normativa. Limites de Atuação*. in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 215. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1999.

_____. *Contencioso Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MOSCON, Cledi de Fátima Manica. *O Contencioso Administrativo na Dupla Perspectiva do Direito Brasileiro e do Direito Português* in *Fórum Administrativo*, vol. 103. Belo Horizonte: Fórum, set. 2009.

MOTTA, Fabrício Macedo. *A Função Normativa da Administração Pública Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MURPHY, Richard. *Enhancing the Role of Public Interest Organizations in Rulemaking via Pre-Notice Transparency* in *Wake Forest Law Review*, vol. 47, 2012.

NATHANSON, Nathaniel L. *Some Comments on the Administrative Procedure Act* in *Illinois Law Review*, vol. 41, 1946-1947.

NOAH, Lars. *Doubts about Direct Final Rulemaking* in *Administrative Law Review*, vol. 51, 1999.

NUNES, Castro. *Delegação de Poderes* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 25. Rio de Janeiro: FGV, jul./set. 1951.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Governança Pública e Parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública* in *Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 23. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2008.

OLIVEIRA, Rubino. *Epitome de Direito Administrativo Brasileiro Segundo o Programa do Curso de 1884*. São Paulo: Leroy King Bookwalter, 1884.

O'REILLY, James T. *Administrative Rulemaking: structuring, opposing, and defending federal agency regulations*. St. Paul: Thomson Reuters, 2013.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*, 3ª ed. Granada: Comares, 2004.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa: Almedina, 2003.

PACHECO, Regina Silva. *Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle* in *Revista de Administração Pública*, vol. 40. Rio de Janeiro: FGV, jul./ago. 2006.

PACTEAU, Bernard. *Le Conseil D'État et la Fondation de la Justice Administrative Française au XIXe Siècle*. Paris: PUF, 2003.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. PEDROSO JÚNIOR, Nelson Novaes (coord.). *Compras Públicas Sustentáveis*. Disponível em: <http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/11/Volume-49-II-FGV-Compras-Públicas-Sustentáveis.pdf>. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

_____. *Atuação Administrativa Consensual. Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 26 de fevereiro de 2010.

PEDRAZZOLI, Marcela Gaspar. *Qual Papel o Supremo Tribunal Federal tem Desempenhado no Controle da Dinâmica Normativa do Conselho Nacional de Justiça? ?* Monografia apresentada na Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2011. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/178_Monografia_Marcela_STF_CNJ.pdf.

PEREIRA DO REGO, Vicente. *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro*. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C., 1860.

PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PERRIT JR., Henry H. *Negotiated Rulemaking Before Federal Agencies: evaluation of recommendations by the Administrative Conference of the United States* in *Georgetown Law Journal*, 1985-1986.

_____. *Negotiated Rulemaking in Practice* in *Journal of Policy Analysis and Management*, vol. 5, 1986.

PIERCE JR, Richard J. *Distinguishing Legislative Rules from Interpretative Rules* in *Administrative Law Review*, vol. 52, 2000.

_____. *Rulemaking and the Administrative Procedure Act*, vol. 32. *Tulsa Law Journal*, 1996-1997.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *José Antônio Pimenta Bueno, marquês de São Vicente* (organização de Eduardo Kugelmas). São Paulo: 34, 2002.

PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. *O Devido Processo Legal e o Processo Administrativo in Fórum Administrativo – Direito Público*, vol. 20. Belo Horizonte: Fórum, out. 2002.

PINTO, Bilac. *Parecer. Separação de poderes – Delegação legislativa – Exercício de funções jurisdicionais por órgãos da Administração – Unidade de jurisdição – Poder regulamentar – Validade das decisões proferidas pela Comissão executiva do Instituto do Açúcar e do Alcool – Estatuto da Lavoura Canavieira – Funcionários de Fato – Coisa julgada in Revista de Direito Administrativo*, vol. 6. Rio de Janeiro: FGV, out. 1946.

PONDÉ, Lafayette. *A Doutrina e a Jurisprudência na Elaboração do Direito Administrativo in Revista de Direito Administrativo*, vol. 196. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1994.

_____. *O Direito Administrativo na República in Revista de Direito Administrativo*, vol. 178. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1989.

_____. *Considerações sobre o Processo Administrativo in Revista de Direito Administrativo*, vol. 130. Rio de Janeiro: FGV, out./dez. 1977.

PONTES, Valmir. *Programa de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968.

RACHED, Danielle Hanna. *O Devido Processo Legal na Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 28 de abril de 2004.

REICH, David. *The Federal Administrative Procedure Act in Federal Bar Journal*, vol. 8, 1946-1947.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito Administrativo Brasileiro*, vol. I. Rio de Janeiro: Typographia de Pinheiro, 1866.

RIBEIRO, Wladimir Antonio. *Estudo para Subsidiar a Estruturação de uma Unidade de Coordenação, Acompanhamento e Avaliação de Assuntos Regulatórios*. Relatório de consultoria apresentado ao Pro-Reg em 2009. Disponível em: <http://www.regulacao.gov.br/trabalhos-de-consultoria/estudo-para-subsidiar-a-estruturação-de-uma-unidade-de-coordenacao-acompanhamento-e-avaliacao-de-assuntos-regulatorios>.

RIVERO, Jean. *Droit Administratif*, 13ª ed. Paris: Dalloz, 1990.

ROCHA, Jean-Paul Cabral Veiga da. *Direito Público e Política Econômica: a jurisprudência constitucional sobre o poder normativo do Conselho Monetário Nacional e*

do Banco Central in *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 12. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2005.

ROCHVARG, Arnold. *Adequacy of Notice of Rulemaking under the Federal Administrative Procedure Act – when should a second round of notice and comment be approved?* in *American University Law Review*, 1981-1982.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. *Fundamentos Dogmático-Jurídicos da História do Princípio da Legalidade Administrativa no Brasil* in ÁVILA, Humberto (org.), *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ROLLAND, Louis. *Précis de Droit Administratif*. 9^a ed. Paris: Dalloz, 1947.

ROSA, Maria Eduarda Fleck da. *O Poder Normativo da Comissão de Valores Mobiliários*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2012.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Consensus Versus Incentives: a skeptical look at regulatory negotiation* in *Duke Law Journal*, vol. 43, 1993-1994.

_____. *American Administrative Law Under Siege: is German a model?* in *Harvard Law Review*, vol. 107, 1993-1994.

ROSILHO, André Janjácomo. *O Poder Normativo do CNJ e o Sistema de Justiça Brasileiro* in *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, vol. 14. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2010.

_____.; PINTO, Henrique Motta; SUNDFELD, Carlos Ari. *Programa de Metas: uma solução municipal de transparência administrativa* in *Interesse Público*, vol. 63. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

RUBINO DE OLIVEIRA, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Leroy King Bookwalter, 1884.

SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os Poderes do Estado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1959.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *Como Interpretar as Normas Emitidas pelo Bacen e CMN? Uma resposta a partir da evolução do modelo de Estado brasileiro*. Outubro de 2009. Disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1031&context=bruno_meyerhof_salama. Acesso em 26 de abril de 2013.

SALGADO, Lucia Helena. *Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: um panorama do atual desenho institucional* in *Texto para Discussão*, vol. 941. Rio de Janeiro: IPEA, 2003.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. *Legislação e Políticas Públicas. A lei enquanto instrumento de ação governamental*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2012.

SAMPAIO, Marco Aurelio. *A Medida Provisória no Presidencialismo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SASTRE, Silvia Díez. *El Precedente Administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

SCHILLER, Reuel E. *Rulemaking's Promise: administrative law and legal culture in the 1960s and 1970s* in *Administrative Law Review*, vol. 53, 2001.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Procedures in the European Composite Administration* in BARNES, Javier (coord.). *La Transformación del Procedimiento Administrativo*. Madrid: Global Press, 2008.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *As Partes do Processo Administrativo: os papéis da Administração Pública na lei federal de processo administrativo* in VALDIVIA, Diego Zegarra e ONETO, Víctor Baca (coord.), *La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después*. Lima: Palestra, 2011.

_____. *Participação dos Cidadãos no Processo Administrativo Brasileiro* in *Boletim de Direito Administrativo*, vol. 07/2011. São Paulo: Nota Dez, 2011.

_____. *O Processo Administrativo como Instrumento do Estado de Direito e da Democracia* in MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Atuais Rumos do Processo Administrativo*. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Legitimidade Processual e Tipos de Processo Administrativo in Interesse Público*, vol. 62. Belo Horizonte: Fórum, jul./ago. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=68807>>. Acesso em 10 de setembro de 2013.

_____. *Os Princípios do Processo Administrativo* in *Boletim de Direito Administrativo*, vol. 4/2009. São Paulo: Nota Dez, 2009.

SCHMIDT-ASSMANN, E. *El Procedimiento Administrativo, entre el Principio del Estado de Derecho y el Principio Democrático* in VELAZQUEZ, Javier Barnes. *El Procedimiento en el Derecho Comparado*. Madrid: Civitas, 1993.

SELLERS, Ashley. "Informal" Dispositions under the Administrative Procedure Act in *American Association Bar Journal*, 32, 1946.

SHAPIRO, Martin. *APA: past, present, future* in *Virginia Law Review*, 72, 1986.

SHEPHERD, George B. *Fierce Compromise: the Administrative Procedure Act emerges from New Deal politics* in *Northwestern University Law Review*, vol. 90, 1995-1996.

SICA, Heitor Vitor Mendonça Fralino. *Perspectivas Atuais da Teoria Geral do Processo* in CARNEIRO, Athos Gusmão e CALMON FILHO, Petrônio. *Bases Científicas para um Renovado Direito Processual*, 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

SILVA, Carlos Medeiros. *As Atribuições Constitucionais do Poder Executivo* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 31. Rio de Janeiro: FGV, jan./mar. 1953.

_____. *O Poder Regulamentar no Direito Comparado* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 30. Rio de Janeiro: FGV, out./dez. 1952.

_____. *O Poder Regulamentar e sua Extensão* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 20. Rio de Janeiro: FGV, abr./jun. 1950.

SILVA, José Afonso da. *O Constitucionalismo Brasileiro. Evolução Institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Ato Normativo* in FIGUEIREDO, Marcelo (coord.). *Novos Rumos para o Direito Público. Reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

SMITH, Willis. *Drafting the Proposed Federal Administrative Procedure Act* in *Journal of American Judicial Society*, vol. 29, 1945-1946.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. *Introdução ao Direito Processual Administrativo*. São Paulo: RT, 1971.

_____. *Desapropriação por Utilidade Pública. Sinopse Crítica do Decreto-Lei n.º 3.365*. São Paulo: Guaíra, 1942.

SODRÉ, Eurico. *A Desapropriação por Necessidade ou Utilidade Pública*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1945.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Formas Consensuais de Composição de Conflitos para a Exploração de Ferrovias* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 253. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. *Audiência Pública e Regulação* in *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 4. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2003.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. *As Várias Faces do Princípio do Contraditório no Processo Administrativo* in MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein. *Atuais Rumos do Processo Administrativo*. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Participação Pública nos Processos Decisórios das Agências Reguladoras: reflexões sobre o Direito brasileiro a partir da experiência norte-americana* in *Fórum Administrativo*, vol. 16. Belo Horizonte: Fórum, 2002.

STRAUSS, Peter. *From Expertise to Politics: the transformation of american rulemaking in Wake Forest Law Review*, vol. 31, 1996.

_____. *The Rulemaking Continuum in Duke University School of Law*, vol. 41, 1992.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo Administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão in Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, vol. 23. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=34582>>. Acesso em 28 de dezembro de 2013.

_____. *Meu Depoimento e Avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações in Revista da Direito de Informática e Telecomunicações*, vol. 2. Belo Horizonte: Fórum, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=41072>>. Acesso em 10 de setembro de 2013.

_____. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____.; CÂMARA, Jacintho Arruda. *O Dever de Motivação na Edição de Atos Normativos pela Administração Pública in A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, vol. 45. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *Processo Administrativo: um debate sobre o problema de sua conceituação e classificação in ONETO, Víctor Baca e VALDIVIA, Diego Zegarra. La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después*. Lima: Palestra, 2011.

_____. *O Processo Administrativo e seu Sentido Profundo no Brasil in NOHARA, Irene Patrícia e MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de (coord.). Processo Administrativo. Temas polêmicos da Lei n.º 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Introdução às Agências Reguladoras in SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Direito Administrativo Ordenador*, 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Processo e Procedimento Administrativo no Brasil in SUNDFELD, Carlos Ari e MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). As Leis de Processo Administrativo. Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *A Importância do Procedimento Administrativo in Revista de Direito Público*, vol. 84. São Paulo: Malheiros, 1987.

_____. *Procedimentos Administrativos de Competição in Revista de Direito Público*, vol. 84. São Paulo: Malheiros, 1987.

SUNSTEIN, Cass R. *As Funções das Normas Reguladoras in Revista de Direito Público da Economia*, vol. 3. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12735>>. Acesso em 10 de setembro de 2013.

_____. *The Cost-Benefit Sate. The future of regulatory protection*. Washington: ABA, 2002.

SUSSKIND, Lawrence; McMAHON, Gerard. *The Theory and Practice of Negotiated Rulemaking in Yale Journal on Regulation*, vol. 3, 1985.

TÁCITO, Caio. *A Medida Provisória: ontem, hoje e amanhã in Revista de Direito Administrativo*, vol. 216. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1999.

_____. *Servidor Público. Direito de Ampla Defesa in Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Presença Norte-Americana no Direito Administrativo Brasileiro in Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Lei e Regulamento in Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Delegações Legislativas e o Poder Regulamentar in Revista de Direito Administrativo*, vol. 34.

_____. *Comissão de Valores Mobiliários. Poder Regulamentar in Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *As Medidas Provisórias na Constituição de 1988 in Revista de Direito Administrativo*, vol. 176. Rio de Janeiro: FGV, abr./jun. 1989.

_____. *Contencioso Administrativo in Revista de Direito Administrativo*, vol. 133. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1978.

TEUBNER, Gunther. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Piracicaba: Editora UNIMEP, 2005.

_____. *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law in Law & Society Review*, vol. 17, 1982-1983.

_____. *Autopoiesis in Law and Society: a rejoinder to blankenburg in Law & Society Review*, vol. 18, 1984.

TOBA, Marcos Mauricio. *Contornos Modernos da Teoria do Processo Administrativo*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1999.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *O Direito à Participação do Usuário nos Processos Regulatórios in Revista de Direito da Procuradoria Geral*, vol. 56. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VASCONCELOS, Andréa Costa de. *Contraditório e Ampla Defesa no Registro de Benefícios Previdenciários pelo TCU: o que diz o STF? Monografia apresentada à Escola de Formação, da Sociedade Brasileira de Direito Público, no ano de 2011. Disponível em:*

http://www.sbdp.org.br/monografias_ver.php?idConteudo=192. Acesso em 20 de setembro de 2013.

VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. 3ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1964.

VEIGA CABRAL, Prudêncio Giraldes Tavares da. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico. O Direito Público Econômico no Brasil*, ed. Fac-similar da de 1968. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VISCONDE DE URUGUAI. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. *Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1912.

WANG, Xixin. *Between Dreams and the Reality: making of the administrative procedure act in China in Journal of Korean Law*, vol. 7. 2007.

WARREN III, Manning Gilbert. *The Notice Requirement in Administrative Rulemaking: an analysis of legislative and interpretative rules in Administrative Law Review*, vol. 29, 1977.

YACKEE, Jason Webb; YACKEE, Susan Webb. *Testing the Ossification Thesis: an empirical examination of federal regulatory volume and speed, 1950-1990 in George Washington Law Review*, vol. 80, 2011-2012.

Acórdãos consultados – Supremo Tribunal Federal

RE 12.393/DF, Rel. Min. Luiz Gallotti, julgado por unanimidade de votos pela Primeira Turma em 13 de outubro de 1952. Publicado no DJ de 12 de outubro de 1953.

RE 22.344/DF, Rel. Min. Mário Guimarães, julgado por maioria de votos pela Primeira Turma em 28 de maio de 1953. Publicado no DJ de 17 de dezembro de 1953.

RMS 2.248/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 07 de julho de 1954. Publicado no DJ de 02 de setembro de 1954.

RE 29.429/DF, Rel. Min. Ribeiro da Costa, julgado por unanimidade de votos pela Primeira Turma em 12 de dezembro de 1955. Publicado no DJ de 25 de maio de 1956.

RMS 3.569/SP, Rel. Min. Lafayette de Andrada, julgado por unanimidade de votos pelo Tribunal Pleno em 03 de setembro de 1956. Publicado no DJ de 16 de novembro de 1956.

RMS 6.380/DF, Rel. Min. Luiz Gallotti, julgado por unanimidade de votos pelo Tribunal Pleno em 19 de janeiro de 1959. Publicado no DJ de 15 de abril de 1959.

RE 40.816/SP, Rel. Min. Cândido Lobo, julgado por maioria de votos pela Segunda Turma em 09 de junho de 1959. Publicado no DJ de 13 de agosto de 1959.

RE 45.967/PE, Rel. Min. Antônio Martins Vilas Boas, julgado por unanimidade a negação do provimento pela Segunda Turma em 24 de janeiro de 1961. Publicado no DJ de 02 de junho de 1961.

RE 46.967/PE, Rel. Min. Cândido Motta, julgado por unanimidade de votos pela Primeira Turma em 07 de agosto de 1961. Publicado no DJ de 08 de setembro de 1961.

RE 45.517/PE, Rel. Min. Cândido Motta, julgado por rejeição os embargos pelo Tribunal Pleno em 31 de julho de 1961. Publicado no DJ de 07 de dezembro de 1961.

RMS 8.222/SP, Rel. Min. Antonio Martins Vilas Boas, julgado por provimento do recurso pelo Tribunal Pleno em 11 de dezembro de 1961. Publicado no DJ de 25 de janeiro de 1962.

RE 45.518/PE, Rel. Min. Ribeiro da Costa, julgado por unanimidade a rejeição dos embargos pelo Tribunal Pleno em 04 de dezembro de 1961. Publicado no DJ de 25 de janeiro de 1962.

RMS 5.008/GB, Rel. Min. Antônio Martins Vilas Boas, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 21 de agosto de 1961. Publicado no DJ de 12 de abril de 1962.

RMS 6.037/PR, Rel. Min. Lafayette de Andrada, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 21 de agosto de 1961. Publicado no DJ de 12 de abril de 1962.

MS 9.146/DF, Rel. Min. Ribeiro da Costa, julgado por unanimidade a concessão do mandato em 07 de maio de 1962. Publicado no DJ de 22 de junho de 1962.

RMS 9.495/MT, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, julgado por provimento contra o voto do Ministro Cunha Mello pelo Tribunal Pleno em 30 de maio de 1962. Publicado no DJ de 05 de julho de 1962.

RMS 9.331/SC, Rel. Min. Gonçalves de oliveira, julgado por unanimidade de votos pelo Tribunal Pleno em 21 de maio de 1962. Publicado no DJ de 19 de julho de 1962.

RMS 9.593/SP, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 04 de junho de 1962. Publicado no DJ de 26 de julho de 1962.

RE 46.363/BA, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado por unanimidade de votos pela Segunda Turma em 14 de novembro de 1961. Publicado no DJ de 02 de agosto de 1962.

RMS 9.483/MT, Rel. Min. Cunha Mello, julgado por provimento contra o voto do Min. Cunha Mello pelo Tribunal Pleno em 30 de maio de 1962. Publicado no DJ de 13 de setembro de 1962.

RMS 8.048/SP, Rel. Min. Victor Nunes, julgado por unanimidade de votos pelo Tribunal Pleno em 31 de janeiro de 1962. Publicado no DJ de 08 de outubro de 1962.

AgR RMS 25.894, Rel. Min. Luiz Gallotti, julgado por unanimidade pela Primeira Turma em 25 de janeiro de 1962. Publicado no DJ de 25 de outubro de 1962.

RMS 9.291/SC, Rel. Min. Ribeiro da Costa, julgado por unanimidade de votos pelo Tribunal Pleno em 21 de maio de 1962. Publicado no DJ de 22 de novembro de 1962.

MS 19.042/DF, Rel. Min. Evandro Lins, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 30 de outubro de 1968. Publicado no DJ de 06 de dezembro de 1962.

AI 25.031/SP, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 16 de janeiro de 1962. Publicado no DJ de 20 de março de 1963.

RE 51.238/SC, Rel. Min. Victor Nunes, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 16 de abril de 1963. Publicado no DJ de 11 de julho de 1963.

AI 26.618/MT, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado por unanimidade a negação do provimento pela Segunda Turma em 23 de outubro de 1962. Publicado no DJ de 17 de outubro de 1963.

AI 26.994/MT, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado por unanimidade de votos pela Segunda Turma em 08 de março de 1963. Publicado no DJ de 07 de novembro de 1963.

RE 54.194/PE, Rel. Min. Luiz Gallotti, julgado por unanimidade de votos pela Primeira Turma em 14 de outubro de 1963. Publicado no DJ de 28 de novembro de 1963.

RMS 14.230/DF, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 15 de junho de 1966. Publicado no DJ de 19 de dezembro de 1966.

RE 56.880/DF, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 15 de junho de 1966. Publicado no DJ de 19 de dezembro de 1966.

MS 15.215/DF, Rel. Min. Antônio Villa Boas, julgado por unanimidade de votos pelo Tribunal Pleno em 18 de maio de 1966. Publicado no DJ de 5 de abril de 1967.

MS 18.848/DF, Rel. Min. Victor Nunes, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 1968. Publicado no DJ de 22 de novembro de 1968.

MS 18.859/DF, Rel. Min. Adalício Nogueira, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 16 de outubro de 1968. Publicado no DJ de 22 de novembro de 1968.

MS 18.892/DF, Rel. Min. Evandro Lins, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 16 de outubro de 1968. Publicado no DJ de 22 de novembro de 1968.

MS 18.908/DF, Rel. Min. Djaci Falcão, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 16 de outubro de 1968. Publicado no DJ de 22 de novembro de 1968.

MS 18.930/DF, Rel. min. Djaci Falcão, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 16 de outubro de 1968. Publicado no DJ de 22 de novembro de 1968.

MS 18.932/DF, Rel. Min. Evandro Lins, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 16 de outubro de 1968. Publicado no DJ de 22 de novembro de 1968.

MS 19.018/DF, Rel. Min. Djaci Falcão, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 16 de outubro de 1968. Publicado no DJ de 22 de novembro de 1968.

MS 19.045/DF, Rel. Min. Evandro Lins, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 16 de outubro de 1968. Publicado no DJ de 22 de novembro de 1968.

MS 19.047/DF, Rel. Min. Djaci Falcão, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 16 de outubro de 1968. Publicado no DJ de 22 de novembro de 1968.

MS 19.951/DF, Rel. Min. Djaci Falcão, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 16 de outubro de 1968. Publicado no DJ de 22 de novembro de 1968.

MS 18.893/DF, Rel. Min. Amaral Santos, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 13 de novembro de 1968. Publicado no DJ no ano de 1969.

RE 77.912/PR, Rel. Min. Soares Munoz, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 11 de maio de 1978. Publicado no DJ de 22 de setembro de 1978.

RE 121.533/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 26 de abril de 1990. Publicado no DJ de 30 de novembro de 1990.

MS 21.254/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 06 de junho de 1991. Publicado no DJ de 02 de agosto de 1991.

RE 169.007/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 17 de junho de 1994. Publicado no DJ de 17 de junho de 1994.

RE 140.195/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado por unanimidade pela Primeira Turma em 28 de abril de 1995. Publicado no DJ de 15 de setembro de 1995.

RE 165.680/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado por unanimidade pela Primeira Turma em 28 de abril de 1995. Publicado no DJ de 15 de setembro de 1995.

RE 190.195/RS, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgado por maioria de votos pela Primeira Turma em 08 de agosto de 1995. Publicado no DJ de 22 de setembro de 1995.

RE 158.543/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado por maioria de votos pela Segunda Turma em 30 de agosto de 1994. Publicado no DJ de 06 de outubro de 1995.

MS 22.164/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 30 de outubro de 1995. Publicado no DJ de 17 de novembro de 1995.

MS 22.165/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 26 de outubro de 1995. Publicado no DJ de 07 de dezembro de 1995.

AgR RE 255.202/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 07 de março de 1996. Publicado no DJ de 26 de abril de 1996.

RE 191.480/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 07 de março de 1996. Publicado no DJ de 26 de maio de 1996.

MS 22.055/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 20 de junho de 1996. Publicado no DJ de 18 de outubro de 1996.

MS 22.320/SP, Rel. Min. Moreira Alves, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 11 de novembro de 1996. Publicado no DJ de 19 de dezembro de 1996.

MS 22.319/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 20 de junho de 1996. Publicado no DJ de 14 de fevereiro de 1997.

RE 197.649/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 04 de junho de 1997. Publicado no DJ de 22 de agosto de 1997.

RE 210.235/MG, Rel. Min. Maurício Côrrea, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 03 de novembro de 1997. Publicado no DJ de 19 de dezembro de 1997.

RE 171.664/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado por unanimidade pela Primeira Turma em 18 de novembro de 1997. Publicado no DJ de 06 de fevereiro de 1998.

RE 219.402/CE, Rel. Min. Moreira Alves, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 1998. Publicado no DJ de 06 de fevereiro de 1998.

AI AgR 207.107/PR, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgado por unanimidade pela Primeira Turma em 24 de março de 1998. Publicado no DJ de 05 de junho de 1998.

RE 227.312/SP, Rel. Min. Maurício Côrrea, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 1998. Publicado no DJ de 07 de agosto de 1998.

AgR AI 210.220/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgado por unanimidade pela Primeira Turma em 19 de maio de 1998. Publicado no DJ de 18 de setembro de 1998.

RE 157.905/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 06 de agosto de 1997. Publicado no DJ de 25 de outubro de 1998.

RE 229.551/PE, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 1998. Publicado no DJ de 12 de março de 1999.

MS 22.335/MS, Rel. Min. Nelson Jobim, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 1998. Publicado no DJ de 09 de abril de 1999.

RE 199.733/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado por maioria de votos pela Segunda Turma em 1998. Publicado no DJ de 30 de abril de 1999.

MS 22.385/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 1998. Publicado no DJ de 11 de junho de 1999.

RE 224.225/PE, Rel. Min. Moreira Alves, julgado por unanimidade pela Primeira Turma em 27 de abril de 1999. Publicado no DJ de 25 de junho de 1999.

RE 203.254/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 1999. Publicado no DJ de 06 de agosto de 1999.

RE 230.540/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado por unanimidade pela Primeira Turma em 20 de maio de 1999. Publicado no DJ de 13 de agosto de 1999.

RE 220.492/PI, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado por unanimidade pela Primeira Turma em 1999. Publicado no DJ de 08 de outubro de 1999.

RE 210.246/GO, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 12 de novembro de 1997. Publicado no DJ de 17 de março de 2000.

RE 234.795/RO, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgado por unanimidade pela Primeira Turma em 1999. Publicada no DJ de 30 de junho de 2000.

RE 247.349/RS, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgado por maioria de votos pela Primeira Turma em 29 de fevereiro de 2000. Publicada no DJ de 27 de abril de 2001.

RE 199.800/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 04 de junho de 1997. Publicado no DJ de 04 de maio de 2001.

MS 22.596/PB, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 1997. Publicado no DJ de 25 de maio de 2001.

AgR RE ED 223.927/MG, Rel. Min. Maurício Côrrea, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 29 de maio de 2001. Publicado no DJ de 24 de agosto de 2001.

ADI 2.387/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 21 de fevereiro de 2001. Publicado no DJ de 05 de dezembro de 2001.

MS 23.675/AC, Rel. Min. Néri de Oliveira, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 04 de outubro de 2001. Publicado no DJ de 14 de dezembro de 2001.

RMS 24.256/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado por unanimidade pela Primeira Turma em 03 de setembro de 2002. Publicado no DJ de 18 de outubro de 2002.

ADI 2.439/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado por unanimidade de votos pelo Tribunal Pleno em 12 de novembro de 2012. Publicado no DJ de 21 de fevereiro de 2003.

ADI 2.564/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado por unanimidade de votos pelo Tribunal Pleno em 08 de outubro de 2003. Publicado no DJ de 06 de fevereiro de 2004.

MS 24.547/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 14 de agosto de 2003. Publicado no DJ de 23 de abril de 2004.

MS 24.182/DF, Rel. Min. Maurício Côrrea, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 12 de fevereiro de 2004. Publicado no DJ de 03 de setembro de 2004.

QO-AC 266/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 27 de maio de 2004. Publicado no DJ de 28 de outubro de 2004.

MS 24.754/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 07 de outubro de 2004. Publicado no DJ de 18 de fevereiro de 2005.

RE ED 223.904/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 14 de dezembro de 2004. Publicado no DJ de 18 de fevereiro de 2005.

MS 24.958/ DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 02 de fevereiro de 2005. Publicado no DJ de 01 de abril de 2005.

MS 24.997/DF, Rel. Min. Eros Grau, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 02 de fevereiro de 2005. Publicado no DJ de 01 de abril de 2005.

MS 25.090/ DF, Rel. Min. Eros Grau, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 02 de fevereiro de 2005. Publicado no DJ de 01 de abril de 2005.

MS 25.113/ DF, Rel. Min. Eros Grau, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 07 de abril de 2005. Publicado no DJ de 06 de maio de 2005.

MS 25.192/ DF, Rel. Min. Eros Grau, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 07 de abril de 2005. Publicado no DJ de 06 de maio de 2005.

MS 24.961/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado por unanimidade pelo tribunal Pleno em 24 de novembro de 2004. Publicado no DJ de 04 de março de 2005.

AgR AI 524.143/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado por unanimidade pela Primeira Turma em 01 de março de 2005. Publicado no DJ de 18 de março de 2005.

AgR AI 463.646/BA, Rel. Min. Carlos Britto, julgado por unanimidade pela Primeira Turma em 08 de março de 2005. Publicado no DJ de 27 de maio de 2005.

RE 452.721/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado por maioria de voto pela Segunda Turma em 22 de novembro de 2005. Publicado no DJ de 03 de fevereiro de 2006.

AgR RE 405.236/DF, Rel. Min. Eros Grau, julgado por unanimidade pela Primeira Turma em 21 de fevereiro de 2006. Publicado no DJ de 24 de março de 2006.

ADI 2.707/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado por unanimidade de votos pelo Tribunal Pleno em 12 de fevereiro de 2006. Publicado no DJ de 12 de maio de 2006.

MS 24.268/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 03 de maio de 2006. Publicado no DJ de 09 de junho de 2006.

RE ED 351.489/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 25 de maio de 2006. Publicado no DJ de 09 de junho de 2006.

ADI 3.183/MS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 10 de agosto de 2006. Publicado no DJ de 20 de outubro de 2006.

AgR RE 469.479/PI, Rel. Min. Eros Grau, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 03 de outubro de 2006. Publicado no DJ de 27 de outubro de 2006.

RE 486.343/PI, Rel. Min. Eros Grau, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 03 de outubro de 2006. Publicado no DJ de 27 de outubro de 2006.

AgR RE 359.043/AM, Rel. Min. Eros Grau, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 03 de outubro de 2006. Publicado no DJ de 27 de outubro de 2006.

RE-AgR 380.400/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 07 de novembro de 2006. Publicado no DJ de 01 de dezembro de 2006.

MS 24.068/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 04 de outubro de 2006. Publicado no DJ de 02 de fevereiro de 2007.

MS 24.307/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 21 de novembro de 2002. Publicado no DJ de 09 de fevereiro de 2007.

RE 504.288/BA AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 29 de maio de 2005. Publicado no DJ de 29 de maio de 2007.

RE 389.383/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 28 de março de 2007. Publicado no DJ de 29 de junho de 2007.

RE 390.513/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 28 de março de 2007. Publicado no DJ de 29 de junho de 2007.

ADI 395/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 17 de julho de 2007. Publicado no DJ de 17 de agosto de 2007.

AgR AI 408.914/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 02 de abril de 2007. Publicado no DJ de 29 de junho de 2007.

MS AgR 26.381/DF, Rel. Min. Eros Grau, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 14 de junho de 2007. Publicado no DJ de 10 de agosto de 2007.

AgR AI 431.017/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 26 de junho de 2007. Publicado no DJ de 17 de agosto de 2007.

AgR RE 455.144/PB, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 26 de junho de 2007. Publicado no DJ de 17 de agosto de 2007.

RE 370.927/RJ, Rel. Min. Eros Grau, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 13 de novembro de 2007. Publicado no DJ de 07 de dezembro de 2007.

RE-AgR 513.585/RJ, Rel. Min. Eros Grau, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 17 de junho de 2008. Publicado no DJ de 31 de julho de 2008.

AC-Mc 1887/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado por maioria de votos pela Primeira Turma em 29 de maio de 2008. Publicada no DJ de 01 de agosto de 2008.

RE 434.059/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 07 de maio de 2008. Publicado no DJ de 11 de setembro de 2008.

RE 434.059/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 07 de maio de 2008. Publicado no DJ de 12 de setembro de 2008.

MS 25.124/DF, Rel. Min. Carlos Britto, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 09 de abril de 2008. Publicado no DJ de 23 de outubro de 2008.

AgR RE 501.869/RS, Rel. Min. Eros Grau, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 23 de setembro de 2008. Publicada no DJ de 30 de outubro de 2008.

AgR RE 591.917/RJ, Rel. Min. Eros Grau, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 07 de outubro de 2008. Publicado no DJ de 14 de novembro de 2008.

QO-RG AI 698.626/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado por maioria de votos em 02 de outubro de 2008. Publicado no DJ de 05 de dezembro de 2008.

AI 710.085/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado por unanimidade pela Primeira Turma em 03 de fevereiro de 2009. Publicado no DJ de 06 de março de 2009.

MS 26.023/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 04 de março de 2009. Publicado no DJ de 27 de março de 2009.

MS 22.151/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 02 de abril de 2009. Publicado no DJ de 07 de maio de 2009.

AI 730.928/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado por unanimidade pela Primeira Turma em 26 de maio de 2009. Publicado no DJ de 01 de julho de 2009.

AI 690.513/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado por unanimidade pela Primeira Turma em 30 de junho de 2009. Publicado no DJ de 21 de agosto de 2009.

MS 27.154/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 10 de novembro de 2010. Publicado no DJ de 08 de fevereiro de 2011.

MS 25.116/DF, Rel. Min. Ayres Britto, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 08 de setembro de 2010. Publicado no DJ de 09 de fevereiro de 2011.

MS 25.403/DF, Rel. Min. Ayres Britto, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 15 de setembro de 2010. Publicado no DJ de 10 de fevereiro de 2011.

RE-AgR 356.209/GO, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 01 de março de 2011. Publicado no DJ de 25 de março de 2011.

AgR RE 553.111/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 15 de março de 2011. Publicada no DJ de 01 de abril de 2011.

MS 26.053/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 14 de abril de 2011. Publicado no DJ de 23 de maio de 2011.

ADI-MC 4.264/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 16 de março de 2011. Publicado no DJ de 27 de maio de 2011.

MS 24.781/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado por maioria de votos pelo Tribunal Pleno em 02 de março de 2011. Publicado no DJ de 09 de junho de 2011.

ADI 3.664/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado por unanimidade de votos pelo Tribunal Pleno em 01 de junho de 2011. Publicado no DJ de 20 de setembro de 2011.

ADI 4.152/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado por unanimidade de votos pelo Tribunal Pleno em 01 de junho de 2011. Publicado no DJ de 20 de setembro de 2011.

RE 601.464/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 06 de setembro de 2011. Publicado no DJ de 20 de setembro de 2011.

RE 594.296/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 21 de setembro de 2011. Publicado no DJ de 10 de fevereiro de 2012.

RMS 30.973/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado por maioria de votos pela Primeira Turma em 28 de fevereiro de 2012. Publicado no DJ de 28 de março de 2012.

RMS 30.975/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado por maioria de votos pela Primeira Turma em 28 de fevereiro de 2012. Publicado no DJ de 29 de março de 2012.

RMS 31.060/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado por maioria de votos pela Primeira Turma em 15 de maio de 2012. Publicado no DJ de 29 de maio de 2012.

RMS 31.042/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado por maioria de votos pela Primeira Turma em 13 de março de 2012. Publicado no DJ de 30 de março de 2012.

RMS 31.050/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado por maioria de votos pela Primeira Turma em 15 de maio de 2012. Publicado no DJ de 30 de maio de 2012.

RMS 31.059/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado por maioria de votos pela Primeira Turma em 15 de maio de 2012. Publicado no DJ de 30 de maio de 2012.

RMS 31.061/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado por maioria de votos pela Primeira Turma em 15 de maio de 2012. Publicado no DJ de 30 de maio de 2012.

RMS 31.111/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 20 de março de 2012. Publicado no DJ de 02 de abril de 2012.

RMS 31.181/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 03 de abril de 2012. Publicado no DJ de 17 de abril de 2012.

RMS ED 30.964/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 22 de maio de 2012. Publicado no DJ de 06 de junho de 2012.

RMS 31.008/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 22 de maio de 2012. Publicado no DJ de 08 de junho de 2012.

RMS 31.011/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 25 de maio de 2012. Publicado no DJ de 08 de junho de 2012.

RMS 30.993/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 22 de maio de 2012. Publicado no DJ de 01 de agosto de 2012.

AgR RMS 25.849/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 12 de junho de 2012. Publicado no DJ de 28 de novembro de 2012.

AgR RMS 25.849/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 12 de junho de 2012. Publicado no DJ de 29 de novembro de 2012.

RMS 31.662/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 05 de março de 2013. Publicado no DJ de 01 de abril de 2013.

AgR RE 701.993/SC, Rel. Min. Rosa Weber, julgado por unanimidade pela Primeira Turma em 13 de agosto de 2013. Publicado no DJ de 26 de agosto de 2013.

Acórdãos consultados – Superior Tribunal de Justiça

REsp 1.022.258/DF, Rel. Min. Castro Meira, julgado por unanimidade de votos pela Segunda Turma em 13 de maio de 2008. Publicado no DJ de 24 de junho de 2008.

Julgados consultados – U.S. Supreme Court

PACIFIC STATES BOX & BASKET CO. v. WHITE (296 U.S. 176, 1935)

ABBOTT LABORATORIES v. GARDNER (387 U.S. 136, 1967)

DATA PROCESSING SERVICES ORGANIZATION, INC. v. CAMP (397 U.S., 150, 1970)

CITIZENS TO PRESERVE OVERTON PARK, INC. v. VOLPE (401 U.S. 402, 1971)

UNITED STATES v. ALLEGHENY-LUDLUM STEEL CORP. (406 U.S. 742, 1972)

UNITED STATES v. FLORIDA EAST COAST RAILWAY CO. (410 U.S. 224, 1973)

UNITED STATES *v.* FLORIDA EAST COAST RAILWAY (410 U.S. 224, 1973)
UNITED STATES *v.* FLORIDA EAST COAST RAILWAY (410 U.S. 224, 1973)
MORTON *v.* RUIZ (415 U.S. 199, 1974)
IMMIGRATION AND NATURALIZATION SERVICE *v.* CHADHA (472 U.S. 919, 1983)
BOWEN *v.* GEORGETOWN UNIVERSITY HOSPITAL (488 U.S. 204, 1988)
LONG ISLAND CARE AT HOME, LTD. *v.* COKE (551 U.S. 158, 2007)

Julgados consultados – U.S. DC Circuit

PORTLAND CEMENT ASS'N *v.* RUCKELSHAUS (486 F.2d 375, DC Circ. 1973)
NATIONAL PETROLEUM REFINERS ASS'N *v.* FTC (482 F.2d 672 DC Circ., 1973)
HOME BOX OFFICE, INC. *v.* FCC (567 F.2d 9, DC Circ., 1977)
CONNECTICUT LIGHT AND POWER CO. *v.* NRC (673 F.2d 525, DC Circ., 1982)
ARKANSAS POWER & LIGHT CO. *v.* INTERSTATE COMMERCE COMMISSION (725 F.2d 716, DC Circ. 1984)
NATIONAL MINING ASS'N *v.* MSHA (116 F.3d 520, DC Circ., 1997)
CITY OF PORTLAND *v.* EPA (507 F.3d 706, D.C. Circ., 2007)

Julgados consultados – U.S. 2nd Circuit

BELL AEROSPACE CO. DIV. OF TEXTRON, INC. *v.* NLRB (475 F.2d 485, 2nd Circ., 1973)
UNITED STATES *v.* NOVA SCOTIA FOOD PRODUCTS CORP. (568 F.2d 240, 2nd Circ., 1977)

Julgado consultado – U.S. 4th Circuit

CHOCOLATE MANUFACTURERS ASS'N *v.* BLOCK (755 F.2d 1098, 4th Circ., 1985)

Julgados consultados – U.S. 7th Circuit

USA LOAN SERVICES INC. v. RILEY (82 F.3d 708, 7th Circuit, 1996)

HOCTOR v. UNITED STATES DEPARTMENT OF AGRICULTURE, (82 F.ed 165,7th Cir., 1996)

Julgado consultado – U.S. Federal Circuit

MORTGAGE INVESTORS CORP. OF OHIO v. GOBER (220 F.3d 1375, Fed. Circ., 2000)