

PL 2481/2022: uma nova processualidade normativa?

André Rosilho

Jéssica Loyola Caetano Rios

Juliana Bonacorsi de Palma

Introdução

O desenvolvimento do Direito Administrativo tendo como uma das pilastras mais sólidas a legalidade estrita gera uma falsa impressão de que a lei formal, oriunda do Parlamento, é a principal fonte jurídico-administrativa. A legalidade estrita foi cunhada em um modelo de Estado Liberal, em que as limitadas funções de administração da Justiça, defesa e relações internacionais, assim como tutela da propriedade privada e contratos, faziam, de fato, a lei formal a fonte jurídica primacial do Direito Administrativo. Mas esse legado oitocentista não mais se coaduna com um Estado complexo, plural, intervencionista e social-distributivo que se desenvolve desde o início do século XX.

Diante da ampliação do protagonismo do Estado, o regulamento passou a ser a fonte normativa mais relevante da Administração Pública e das relações com o Poder Público. É indiscutível o protagonismo dos regulamentos na prática de direito administrativo. Não se trata apenas de uma questão numérica – e os regulamentos superam em muito as demais fontes normativas somadas –, mas são os regulamentos que definem direitos, processos e ônus às autoridades públicas. Políticas públicas, serviços públicos, incentivos e satisfação de direitos perante o Poder Público e qualquer atividade de interesse público apenas são viáveis mediante uma complexa cadeia de regulamentos. Apesar disso, a atividade regulamentar pública historicamente foi negligenciada quanto à sua produção processual, ao contrário de outras competências administrativas, como a atividade sancionatória.

O quadro apenas começou a mudar com a Reforma Regulatória, quando a emergência das Agências Reguladoras e a regulação por meio de regulamentos autorizados colocou em perspectiva a mecânica de produção normativa. Como será analisado no texto, o foco de atenção esteve centrado na construção de mecanismos jurídicos de participação administrativa (audiências e consultas públicas) e de qualidade regulatória (avaliação de impacto regulatório e análise retrospectiva de normas). Falta, ainda, o desenvolvimento da *processualidade na atividade regulamentar pública*.

Com o PL 2481/2022, abre-se uma nova oportunidade à construção efetiva da processualidade na atividade normativa da Administração Pública, para além dos instrumentos jurídicos. O processo administrativo normativo, ou processo regulamentar, deve ser compreendido dentro dos quadrantes da processualidade, que tenha como foco central o contraditório e defina um rito procedimental permeável à defesa de direitos e interesses legítimos com o objetivo de qualificar a tomada de decisão normativa. O principal objetivo desse texto é defender a processualidade na atividade regulamentar pública e investigar o quanto o PL 2481/2022 avança nessa agenda.

1. Construção do processo normativo no Brasil: muitos instrumentos e baixa processualização

1.1. Processualidade administrativa: uma breve contextualização

A história do processo administrativo no Brasil é recente. O processo administrativo não figurou entre as instituições estruturantes do Direito Administrativo brasileiro e, por muito tempo, foi compreendido como um mero coadjuvante da dinâmica do contencioso administrativo (prática do Conselho de Estado à época do Império) e do ato administrativo complexo¹. Diante de sua baixa utilidade prática, o processo administrativo começou a atrair a atenção dos administrativistas apenas a partir da segunda metade do século XX, quando, então, ele começou a se firmar no dia a dia da administração pública².

O interesse doutrinário pelo processo administrativo foi impulsionado com o incremento gradual das normas sobre a matéria. Exemplo notório é o dos textos normativos aplicáveis ao processo disciplinar para a demissão dos funcionários públicos, incluídas no ordenamento jurídico pela Constituição de 1934 (art. 169) e que se mantêm até hoje³. As leis de processo licitatório e de processo tributário são outros exemplos de normas que

1. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade Normativa da Administração Pública: Estudo do Processo Administrativo Normativo*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP, 2014.
2. Para um melhor panorama da construção do entendimento doutrinário acerca de uma processualidade ampla, aplicável a todos os poderes estatais, a partir da segunda metade do século XX, ver: MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 15-26.
3. Não à toa, a Constituição de 1934 e a Constituição de 1937 revelam uma forte identificação do tema do processo administrativo com a figura do processo administrativo disciplinar nas origens do Direito Administrativo brasileiro. A recorrência do tema dos servidores públicos também se fez notar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre processo administrativo, especialmente, com a previsão do direito ao contraditório e à ampla defesa nas Constituições de 1946 e de 1967 e na Emenda Constitucional 1/1969. Nesse período, o princípio da ampla defesa se manteve como o principal argumento para o controle judicial do STF sobre a administração pública quanto ao dever de realizar processo. Cf. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Ob. cit.*, p. 128 e ss.

alavancaram os debates sobre o tema⁴. Na ausência de uma lei geral que o disciplinasse, a construção do processo administrativo no Brasil se deu de forma fragmentada, em torno das normas aplicáveis às suas diferentes espécies (das quais os processos disciplinar, licitatório e tributário são apenas exemplos). Ainda não se podia falar em processualização da atividade administrativa como um dever geral da administração pública de realizar processo.

O cenário se alterou de forma decisiva com a promulgação da Constituição de 1988: pela primeira vez, o *devido processo legal* foi incluído no texto constitucional (art. 5º, LIV), passando a integrar o rol de garantias e direitos fundamentais, ao lado do *contraditório e da ampla defesa* (art. 5º, LV) e da *celeridade processual* (incluído no art. 5º, LXXVIII, pela Emenda Constitucional nº 45/2004). Somados a eles, outros dispositivos constitucionais revelavam o papel fundamental do processo administrativo na concretização dos valores fundantes da nova ordem constitucional, contribuindo para o avanço da ideia de processualidade administrativa.

Paralelamente à evolução do tratamento constitucional conferido ao processo administrativo, o Supremo Tribunal Federal (STF) também viria a assumir papel fundamental para o avanço da processualidade administrativa. Mesmo antes da Constituição de 1988, o STF já vinha se firmando como *regulador* do processo administrativo, consolidando, pela via jurisprudencial, diretrizes à administração pública em matéria de processo administrativo disciplinar. Com a previsão da cláusula de devido processo legal pela Constituição de 1988, a Corte firmou a sua jurisprudência no sentido de um dever da administração pública de realizar processo.

A processualização da atividade administrativa se construiu sobre essas bases, consolidando-se na teoria do Direito Administrativo a partir do reconhecimento normativo, jurisprudencial e doutrinário da sujeição da administração pública ao processo administrativo.

Leis gerais de processo administrativo foram editadas apenas na década de 1990, destacando-se a Lei 9.784/1999, em âmbito federal, e a Lei 10.179/1998, no Estado de São Paulo. Nas palavras de CARLOS ARI SUNDFELD⁵, essas leis gerais serviriam “*como meros reforços de uma estrutura de afirmação do direito e do processo administrativo cujas alavancas já estavam fortes antes (no nosso caso, no próprio texto da Constituição brasileira de 1988)*”. Optou-se, assim, pela edição de leis gerais de conteúdo minimalista, cujo grau de abertura acabou levando ao surgimento de muitas normas processuais setoriais⁶.

Construída como instrumento de contenção da discricionariedade administrativa e proteção de direitos individuais, a noção de processo se desenvolveu atrelada à atividade decisória da administração pública. Sob essa ótica, desenvolveu-se uma percepção comum

4. SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo e Procedimento Administrativo no Brasil*, in SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). *As leis de processo administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 27-36.

5. SUNDFELD, Carlos Ari. *As Leis de Processo Administrativo e o Desenvolvimento Institucional*, in *Direito Administrativo para Céticos*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

6. *Idem, ibidem*.

de que o processo administrativo seria apenas uma etapa necessária da produção de atos administrativos individuais e concretos. O exercício da competência normativa da administração pública ficou esquecido no debate em torno da processualidade administrativa e, ainda hoje, muitas normas regulamentares são editadas fora do âmbito do processo administrativo normativo.

De fato, a processualidade ainda não alcançou plenamente a atividade normativa da administração pública. A existência de normas esparsas sobre a criação de regulamentos e a previsão de novos instrumentos processuais contribuem para racionalizar a atuação administrativa, mas não resolvem o problema da baixa processualização da produção de regulamentos.

1.2. Dispersão normativa, muitos instrumentos e baixa processualização

A Constituição de 1988 e as leis gerais de processo administrativo não conferem tratamento específico ao processo administrativo normativo. Apesar disso, apresentam preceitos estruturantes do exercício da função administrativa em geral, cuja aplicação se estende à produção de regulamentos pela administração pública. A vagueza conceitual desses preceitos confere ao legislador e ao administrador ampla margem de definição do regime jurídico aplicável aos processos administrativos normativos e às formas de configuração que eles poderão assumir⁷.

A esse respeito, a experiência das agências reguladoras federais é a mais significativa. Para as autoridades reguladoras, o processo administrativo serviu como instrumento de legitimação de sua independência e de sua competência normativa, razão pela qual, desde a sua criação, houve a preocupação em dispor sobre o processo de edição de normas. Em regra, as leis de criação das agências reguladoras preveem a competência de seus respectivos órgãos colegiados para a aprovação de propostas normativas⁸, encarregando os seus regimentos internos da disciplina do processo de elaboração das normas regulatórias propriamente ditas.

A análise do regimento interno da ANATEL, ANCINE⁹ e ANS revela que não há uniformização de procedimentos para elaboração de normas, tampouco quanto aos tipos de atos normativos que elas poderão produzir. As metodologias e técnicas adotadas por essas

7. Cf. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Ob. cit.*

8. Essa previsão está contida nas leis de criação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e da Agência Nacional do Cinema (ANCINE), respectivamente, no art. 22, IV, da Lei 9.472/1999, art. 10, II, da Lei 9.961/2000, e art. 9º, II, da Medida Provisória 2.229-1/2001.

9. No caso da ANCINE, é digna de nota a Resolução de Diretoria Colegiada nº 119/2022, que dispõe sobre a elaboração de atos normativos pela Agência. A resolução especifica as fases do processo de elaboração de instrução normativa, dividindo-as em preparatória, de edição do ato normativo e de monitoramento e avaliação.

agências reguladoras no exercício de sua função normativa são bastante diversas. Apesar das diferenças, é interessante notar que todas elas traduzem uma preocupação com a tipificação dos atos normativos (se são instruções normativas, resoluções colegiadas ou portarias, por exemplo) e com a previsão de instrumentos de participação administrativa (essencialmente, consultas e audiências públicas) e de análise de impacto e resultados regulatórios (respectivamente, AIR e ARR).

Essencialmente, a conformação atual do processo administrativo normativo no Brasil se desenvolveu com base nos regulamentos das agências reguladoras federais. Eles representam o que temos de mais concreto em termos de disciplina do processo de criação de normas pela administração pública.

Mais recentemente, a Lei 13.848/2019 incluiu no ordenamento jurídico elementos de uniformização do processo decisório das agências reguladoras federais. É notória a preocupação da lei com a publicidade, a motivação e a participação social na produção de atos normativos pelas agências reguladoras. Como regra, a lei impõe a realização de AIR e de consulta pública nos processos decisórios das agências reguladoras federais, mas mantém sobre elas a competência para definir, em seus regulamentos internos, os procedimentos a serem observados na utilização dessas ferramentas¹⁰.

Por sua vez, o art. 29 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), introduzido pela Lei 13.655/2018, faculta¹¹ à autoridade administrativa em “qualquer órgão ou Poder” a realização de consulta pública previamente à edição de atos normativos. Ao prever expressamente a sua aplicação a toda administração pública, o dispositivo reflete a exigência de processualização da função normativa administrativa, conferindo-lhe maior racionalidade e um olhar prospectivo (*forward-looking*) sobre os impactos da norma¹².

Sem ignorar a importância de instrumentos como a AIR, ARR e consultas e audiências públicas para a racionalização dos processos decisórios da administração pública, o fato é que elas já poderiam ser utilizadas com fundamento nas leis gerais de processo administrativo. E, mesmo com o avanço da utilização dessas ferramentas, a regra ainda é a edição de atos normativos sem processo administrativo prévio. Permanece baixo o grau de processualização da atividade administrativa normativa.

A reversão desse cenário passa por uma mudança de olhar sobre a atividade normativa da administração pública. As possíveis configurações de processo administrativo são tão diversas quanto os temas que o poder público deve regulamentar. Da mesma forma, a relação com os administrados e as reivindicações por participação são cada vez mais complexas. Por

10. Art. 6º, § 2º, e artigo 9º, § 6º, da Lei 13.848/2019.

11. Registra-se que tal faculdade resultou da alteração, pelo Congresso Nacional, do texto original do dispositivo, o qual estabelecia que “em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, será precedida de consulta pública para manifestações escritas de interessados, a qual será considerada na decisão”. [Grifamos].

12. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*, 2ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

isso, mais do que munir o gestor com novos instrumentos, deve-se reafirmar a processualidade, construindo o processo normativo no Brasil a partir desses novos olhares. O atual projeto de reforma da Lei 9.784/1999 pode ser uma boa oportunidade para isso.

2. Contornos do processo administrativo normativo no Brasil

Ainda que tardia, pode-se afirmar que a codificação do processo administrativo no Brasil cumpriu com a sua promessa. Por um lado, o processo administrativo se afirmou como tema central no Direito Administrativo brasileiro. Para além do incremento das produções acadêmicas no tema¹³, hoje praticamente todos os institutos que compõem a caixa de ferramentas de direito administrativo são lidos à luz da processualidade administrativa¹⁴. Muito embora a emancipação do processo administrativo não seja atribuível apenas à edição de suas leis gerais, fato é que o movimento de codificação catalisou a releitura do exercício das competências administrativas na lente de análise processual. Por outro lado, a codificação do processo administrativo no Brasil trouxe um dever inescusável de exercício da *função administrativa processual*. O art. 1º, § 1º, da Lei n.º 9.784/99, expressamente determina sua incidência no Legislativo e no Judiciário “quando do desempenho de função administrativa”. Depreende-se do texto legal que *há um dever de realizar processo administrativo quando do exercício de função administrativa*, o que tanto vale para os Poderes Legislativo e Judiciário quanto, mais propriamente, ao Poder Executivo e, conseqüentemente, à Administração Pública. Portanto, a Lei Federal de Processo Administrativo cria um liame relacional entre função administrativa e processo, de tal modo que a atividade regulamentar pública deve se desenvolver no âmbito do processo administrativo¹⁵.

E o que significa a processualidade administrativa na atividade normativa da Administração Pública? Basicamente, o reconhecimento da figura do *processo administrativo normativo* ou *processo administrativo regulamentar*.

13. Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo. Princípios constitucionais e a Lei n.º 9.784/99*, 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

14. No tema das concessões de serviços públicos, por exemplo, Letícia Oliveira Lins Alencar indica a processualidade como ambiente imprescindível às tratativas da execução contratual, construindo uma tese em torno dos contornos do devido processo legal na mutabilidade das concessões de serviços públicos: “A tese defendida é a de que não existe um regime jurídico único, pois a legislação, a regulamentação setorial e os próprios contratos podem conferir tratamento diferenciado ao tema, à luz das particularidades envolvidas. Apesar disso, existem condicionamentos jurídicos mínimos identificados a partir do ordenamento jurídico brasileiro que se aplicam à mutabilidade dos contratos de concessão de serviço público em geral. Tais condicionamentos deverão ser articulados no âmbito de processo administrativo e trazem densidade ao postulado do devido processo legal”. *Mutabilidade nas Concessões de Serviços Públicos: condicionamentos jurídicos para alteração e integração contratual*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP em 2022, resumo.

15. Juliana Bonacorsi de Palma. *Ob. cit.*, p. 352.

Entre os vários critérios delimitadores do processo administrativo, é a figura do *contraditório* que demarca a processualidade administrativa, trançando a linha distintiva do processo com o procedimento ou o ato administrativo complexo¹⁶. Em ambos os institutos, não há presença do contraditório. Tal interpretação de reconhecimento do processo administrativo no contraditório se alinha com a Constituição, que expressamente determina que “[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”.

O reconhecimento do contraditório na esfera administrativa é uma conquista histórica na Constituição de 1988, um verdadeiro marco da redemocratização no Brasil. Por meio do diálogo com a Administração Pública, ainda que puramente formal na oportunidade de recurso, aquele que detenha interesse ou direito que possa ser afetado com a decisão administrativa – o *interessado* – consegue se defender antes da decisão administrativa se tornar final (como a coisa julgada administrativa), remediando potenciais ilegalidades. O contraditório demarca a *primeira geração do processo administrativo*, na acepção de Javier Barnes¹⁷. A elaboração de normas permeada pelo contraditório demarca a *terceira geração do processo administrativo*, que tem por características: anúncio da intenção de produzir um regulamento para contar com a participação administrativa, o quanto antes; adequada obtenção de toda a informação científica e tecnológica disponível; apresentação de uma ou várias propostas de regulamento para debate; ponderação de todos os elementos relevantes e busca de harmonização dos interesses; e controle do substrato fático do regulamento no âmbito do processo ou, posteriormente, na revisão judicial¹⁸.

Assim, são cinco os elementos que demarcam a processualidade administrativa em uma dinâmica de contraditório na atividade regulamentar: (i) definição em lei e regulamento do rito procedimental, ou seja, da ordem lógica de atos concatenados; (ii) finalidade última do processo ser a tomada de uma decisão administrativa, à qual se ordenam todos os atos interlocutórios na motivação qualificada; (iii) abertura ao diálogo, em particular, com os interessados; (iv) este diálogo ser franqueado antes da tomada da decisão administrativa, ainda no curso do processo administrativo; e (v) o dever de resposta às manifestações apresentadas. É dessa forma que os valores fundamentais da processualidade administrativa são alcançados, como o direito de defesa e a participação democrática no exercício da função administrativa, o que é ainda mais caro quando da edição de regulamentos pelo Poder Público¹⁹.

16. Segue-se a linha de Odete Medauar: “[u]tilizar a expressão processo administrativo significa, portanto, afirmar que o procedimento com participação dos interessados em contraditório, ou seja, o verdadeiro processo, ocorre também no âmbito da Administração Pública”. *A Processualidade no Direito Administrativo*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2021, p. 46.

17. *La Transformación del Procedimiento Administrativo*. Madrid: Global Press, 2008, p. 47.

18. *Idem*, p. 51.

19. Para Carlos Ari Sundfeld, a vertente democrática do processo administrativo é satisfeita por meio de um contraditório efetivo, marcado pela possibilidade de diálogo no curso da construção das decisões públicas para além daqueles “convidados” à participação pelas autoridades públicas: “as grandes políticas

A processualidade com os seus cinco elementos devem estar presentes na atividade normativa da Administração Pública.

Primeiramente, coloca-se o *ônus* de os órgãos e entes públicos regulamentarem seus processos normativos, considerando as leis de processo administrativo e outras leis especiais que disponham sobre o processo para elaboração de normas, a exemplo da Lei das Agências Reguladoras (Lei n.º 13.848/2019) para as Agências Reguladoras federais que especifica a definição do rito procedimental não é a simples previsão de instrumentos aleatórios, como a avaliação de impacto regulatório ou audiência e consulta pública, como destacado neste texto. Em outros termos, *não é a simples previsão de instrumentos jurídicos que define o processo administrativo regulamentar*. Cada uma das fases para alcançar a decisão normativa final devem ser especificadas, como a fase interna de estudos preliminares, os pareceres jurídicos e técnicos que serão apresentados, a participação de terceiros no desenvolvimento do processo, os vários instrumentos de contraditório e de qualidade regulatória, a fase decisória, a fase recursal e a importante fase de análise retrospectiva da norma editada.

Também se coloca o *ônus* de os órgãos e entes públicos regulamentarem os atos normativos finais. Na esfera federal, a Lei Complementar n.º 95/98 disciplina a produção de leis e regulamentos, mas é o Decreto n.º 9.191/2017 que traz normas mais específicas sobre os atos normativos. Algumas Agências Reguladoras dispõem sobre os atos normativos finais, conceituando-os para fins de regulação setorial²⁰. O mais importante, porém, é que se estabeleça uma clara relação entre processo administrativo e regulamento final, cujo conteúdo normativo seja uma decorrência lógica dos estudos, debates e diálogos travados no processo normativo. A conexão entre processo normativo e regulamento traz importantes implicações de ordem prática e de salvaguarda de valores públicos. Pode-se mencionar, por exemplo, a invalidade de um regulamento absolutamente destoante do seu processo. Por outro lado, o processo administrativo pode ser considerado na interpretação das normas produzidas pela Administração Pública.

Quanto à abertura do processo normativo ao diálogo, tem-se um dos elementos mais caros à processualidade regulamentar. Aqui está o reconhecimento do componente democrático do processo administrativo, em que os interessados têm o *direito* de participação processual, enquanto os demais cidadãos e pessoas jurídicas *podem* dele participar. O direito de participação processual é expressamente assegurado no art. 9º da Lei Federal de Processo

industriais do Brasil no regime militar, que foi pródigo nelas, por que surgiram? Por que transferiram vantagens para certos setores? Onde estão as deliberações? Ninguém as encontra, porque foram tomadas sem processo. É óbvio que houve interação com alguém, mas não em um espaço democrático. Ela ocorria ou em gabinetes fechados, nas negociações com grupos de interesses, ou nas próprias entidades empresariais, que construíam as propostas e as levavam ao Poder Público". *Processo Administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão*, in A&C – Revista de Direito Constitucional e Administrativo, vol. 23. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 48.

20. Cf., por exemplo, art. 230 do Regimento Interno da ANVISA (Resolução da Diretoria Colegiada n.º 585/2021).

Administrativo, que indica serem legitimados como interessados no processo administrativo aqueles que tenham direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão normativa, as organizações e associações representativas quanto a direitos e interesses coletivos, bem como as pessoas e associações legalmente constituídas quanto a direitos e interesses difusos. No PL n.º 2481/2022, o direito de participação dos interessados no processo administrativo é explicitado com a proposta de inclusão no rol dos direitos dos administrados perante a Administração do art. 3º da LFPA – “participar nos processos em que tenha interesse e na formação das decisões que lhe digam respeito”.

Esta participação não será devida apenas nos instrumentos participativos como as audiências e as consultas públicas, mas ao longo de todo o processo normativo, em cada uma das fases. Assim, por exemplo, uma concessionária de serviço público poderá apresentar documentos técnicos em resposta a um parecer técnico elaborado pela Administração Pública. O usuário de serviço público poderá questionar as premissas adotadas ainda na fase de estudo preliminar de norma tarifária. Por esta razão é de importância primeira a definição do rito do processo normativo. Todas as manifestações dos interessados devem ser objeto de resposta e consideração, antes da tomada da decisão administrativa para que a contribuição apresentada possa efetivamente ser objeto de análise para a formação da vontade administrativa final.

Assim, os mecanismos de exercício do contraditório no processo normativo são variados. Pelo direito de petição, interessados podem provocar que temas sejam objeto de disciplina normativa, especialmente, quando a ausência da norma seja um impeditivo à efetivação de direitos ou esta lacuna trabalhe para a insegurança jurídica. Também se pode solicitar que pautas sejam retiradas da agenda regulatória, por exemplo. Os interessados podem apresentar manifestações, documentos e pareceres diversos em qualquer etapa do processo. Podem recorrer da decisão final e pedir esclarecimentos sobre como a norma irá afetar seus direitos ou interesses, sugerindo acomodações como o regime de transição e a modulação de efeitos da norma. Tudo isso além das audiências e consultas públicas²¹, que são abertas a qualquer pessoa física ou jurídicas. Na precisa síntese de Carlos Ari Sundfeld: “[p]ara haver o contraditório, não basta garantir a possibilidade de recorrer, é preciso ouvir os interessados antes e não depois”²².

Como se evidencia, a processualidade administrativa no âmbito da atividade normativa é mais complexa do que o simples cumprimento de alguns instrumentos jurídicos ou a presença do regulamento como ato final. O processo normativo pressupõe diálogo com os interessados da futura norma como expressão do contraditório, que atende aos objetivos de previsibilidade e segurança jurídica, defesa de direitos e interesses legítimos e maior qualidade da decisão administrativa final.

21. Para Rodrigo Pagani de Souza, audiências e consultas públicas são a expressão do contraditório que demarca a processualidade nos processos normativos. *Participação Pública nos Processos Decisórios das Agências*, in Fórum Administrativo – Direito Público, vol. 16. Belo Horizonte, Fórum, jun. 2002.

22. *Processo Administrativo: um diálogo (...)*, p. 51.

3. O processo administrativo normativo no PL 2481/2022

O Projeto de Lei 2481, de 2022, de autoria do Senador Rodrigo Pacheco (PSD/MG), tem origem em anteprojeto de lei ordinária elaborado por comissão de juristas, instituída pelo ato conjunto do Presidente do Senado e do Supremo Tribunal Federal 1/2022, e visa atualizar e aprimorar a Lei Federal de Processo Administrativo.

O PL propõe mudanças importantes que, segundo a justificativa que o acompanha, giram ao redor de 12 grandes eixos²³. A seguir, destacamos e comentamos dispositivos relacionados ao processo administrativo prévio à edição de normas pela administração pública (*rulemaking process*), tema que recebeu especial atenção da comissão de juristas. O objetivo é traçar um panorama do que chamamos de *processualidade normativa* no PL.

Antes disso, faremos duas observações preliminares conectadas ao âmbito de incidência das regras da Lei Federal de Processo Administrativo.

A primeira é a de que o PL abertamente propõe que a Lei Federal de Processo Administrativo seja *nacional*. É o que se constata a partir da redação pretendida para o art. 1º do diploma, segundo o qual as normas gerais por ele veiculadas seriam aplicáveis “à Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

23. Consta da justificativa do projeto de lei que as seguintes diretrizes orientaram os trabalhos da comissão de juristas: “1. O caráter nacional da matéria procedimento em processo administrativo; 2. O processo eletrônico como um instrumento para o incremento da eficiência e transparência da Administração, bem como para a facilitação da aproximação do cidadão em relação ao Estado; 3. O pragmatismo jurídico como diretriz decorrente da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro e necessária para a maior eficiência do processo administrativo; 4. A consagração da participação popular por meio de consultas e audiências públicas como aspectos fundamentais do processo administrativo para o fortalecimento de um ambiente plural e democrático; 5. A fixação de prazos específicos para as etapas de instrução e decisão e para a conclusão do processo, com o objetivo de se concretizar, em todos os níveis, a duração razoável do processo. 6. A estipulação de que ordinariamente o silêncio da Administração produz o efeito translativo e que apenas excepcionalmente produzirá o efeito negativo ou positivo. 7. A necessidade de uma solução normativa para os casos de omissão reiterada, em que a Administração deve adotar um planejamento contendo ações destinadas a resolver o atraso sistêmico em um determinado órgão ou entidade; 8. O reconhecimento de que uma visão contemporânea da teoria das nulidades no Direito Administrativo exige o diálogo com o administrado, bem como a priorização da correção de vícios por meio da convalidação e da preservação dos efeitos irreversíveis dos atos inválidos; 9. A previsão de que casos semelhantes devem ser decididos da mesma maneira pela Administração e, nessa perspectiva, deve haver a extensão dos efeitos das decisões para os referidos casos e o incentivo à criação de enunciados vinculantes. 10. Os impactos de atos normativos de interesse geral devem ser precedidos de uma análise de impacto regulatório e referidos atos podem ser sucedidos por uma avaliação de resultado regulatório. 11. A Administração não pode, em uma mesma instância, decidir novamente sobre fatos cujo mérito já foi apreciado administrativamente, ressalvada a possibilidade de invalidação dentro dos parâmetros legalmente estabelecidos. 12. A necessidade de a lei brasileira de processo administrativo possuir um capítulo específico sobre o procedimento administrativo sancionador, notadamente em razão de suas especificidades e da relevância do tema para a tutela de direitos fundamentais dos administrados”.

A mudança tem evidente inspiração na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que há tempos determina a aplicação subsidiária da Lei Federal de Processo Administrativo a outras esferas federativas em caso de ausência de norma local específica a regular a matéria²⁴. A orientação jurisprudencial inclusive acabou sendo consolidada na Súmula 633, segundo a qual a “Lei n. 9.478/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão dos atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria”.

O PL, contudo, pretende inverter a lógica. Hoje, aplica-se a lei federal na ausência de norma local e específica. O que se propõe, agora, é que a lei federal seja, de plano, nacionalmente aplicável. Nada impede, é evidente, que entes subnacionais editem regras sobre processo administrativo, desde que elas não destoem das normas nacionais.

Há divergência na literatura especializada acerca da viabilidade de a União legislar sobre o tema. Paulo Modesto, por exemplo, sustenta que o PL, no ponto, seria inconstitucional, pois caberia a cada unidade federativa definir o modo de atuação de seus órgãos administrativos e as formas de eles se relacionarem com outros órgãos públicos e com os cidadãos²⁵. Jacintho Arruda Câmara, por outro lado, afirma que o PL não colocaria em risco o pacto federativo. Na sua visão, além de entes da federação continuarem aptos a “disciplinar o que a autonomia administrativa lhes reserva”, haveria direitos e garantias dos particulares em face do poder público que precisariam ser reconhecidos e aplicados de maneira uniforme em todas as esferas, justificando a edição de uma lei nacional²⁶.

A segunda observação preliminar é a de que o PL pretende, de modo claro e inequívoco, sujeitar à *Lei Federal de Processo Administrativo ministérios públicos e controle de contas de todas as esferas federativas*. É o que se infere do § 1º do art. 1º, segundo o qual as “normas gerais” seriam aplicáveis “no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, em todos os níveis federativos”.

A tentativa do PL de incluir ministérios públicos e tribunais de contas no escopo da Lei Federal de Processo Administrativo poderá encontrar resistências, sobretudo, no campo do controle.

O Tribunal de Contas da União (TCU), por exemplo, tem rechaçado em suas decisões a incidência, em bloco, da Lei Federal de Processo Administrativo a processos de contas (ver

24. Para o STJ, por exemplo, a ausência de prazo para a invalidação em norma subnacional específica é hipótese de lacuna normativa, justificando a aplicação da Lei Federal de Processo Administrativo “por analogia integrativa”, orientada pelos “princípios da razoabilidade e da proporcionalidade” (STJ. REsp 1.251.769-SC, 2ª. Turma, rel. Mauro Campbell, unânime, j. 6.9.2011).

25. *Federalismo administrativo, processo e experimentação*, in Conjur, 8.12.2022. Link: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-08/interesse-publico-federalismo-administrativo-processo-experimentacao>.

26. *Uma lei de processo administrativo nacional e o pacto federativo – Fiquem tranquilos: a nacionalização da lei não afetará a autonomia dos entes subnacionais*, in JOTA, 14.3.2023. Link: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/uma-lei-de-processo-administrativo-nacional-e-o-pacto-federativo-14032023>.

o Acórdão 10412/2019 – Primeira Câmara). Em alguns casos, ele reconhece a incidência de normas do diploma, mas não há clareza quanto aos critérios que utiliza para fazê-lo²⁷. O recurso à lei federal é um tanto aleatório, abrindo espaço para insegurança jurídica.

No específico caso dos tribunais de contas, há o risco de sustentarem que o PL conteria vício de iniciativa. É que circula no ambiente do controle de contas o argumento segundo o qual normas de processo só poderiam ser propostas por iniciativa dos próprios tribunais de contas. A conclusão supostamente encontraria respaldo em decisões do STF que procuraram estender a esses entes prerrogativas conferidas pela Constituição ao Poder Judiciário — tais como a competência privativa para “elaborar seu regimento interno” e “propor ao Poder Legislativo” a “alteração” de sua “organização” (art. 73 e art. 96, I, a, e II, d, da Constituição).

O argumento foi recentemente invocado pelo TCU em face da Lei 14.133, de 2021, que, no art. 171, § 1º, estipulou prazo para tribunais de contas deliberarem sobre o mérito de irregularidade que der causa à edição de medida cautelar (acórdão 2463/2021 – Plenário). Segundo o Tribunal, a nova lei de licitações e contratos teria “interfer[ido] em matéria de organização e funcionamento desse órgão de controle externo, desrespeitando suas prerrogativas de autonomia e autogoverno”. Calcado nessa premissa, solicitou à Procuradoria-Geral da República que ajuizasse ação direta de inconstitucionalidade perante o STF, visando a declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 3º do art. 171 da Lei 14.133, de 2021.

O raciocínio, no limite, tornaria os tribunais de contas imunes a normas processuais editadas por iniciativa de sujeitos outros que não os próprios tribunais de contas — um equívoco, segundo Conrado Tristão. De acordo com o autor, questões processuais não teriam sido incluídas pelo STF no bojo da tal prerrogativa, haja vista que ele próprio tem aplicado “a tribunais de contas prazos processuais previstos na legislação”, a exemplo da incidência, em relação ao TCU, “no âmbito do julgamento da legalidade de aposentadorias, do prazo de prescrição quinquenal do Decreto nº 20.910/1932, que traz regras gerais de prescrição em âmbito judicial e administrativo em relação à Fazenda Pública (RE nº 636.553)”²⁸⁻²⁹.

Mas, afinal, quais novidades o PL veicula em relação ao processo administrativo prévio à edição de normas?

27. Sobre a aplicação da Lei Federal de Processo Administrativo ao TCU, ver BOGÉA, Daniel; GOMES, Gilberto Mendes C.; e DAMASCENO, Vitória. *A aplicação da Lei de Processo Administrativo ao TCU*, in JOTA, 3.6.2020. Link: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-aplicacao-da-lei-de-processo-administrativo-ao-tcu-03062020>.

28. *Tribunais de contas são imunes às leis de processo? – Nova Lei de Licitações impõe prazo para decisão de mérito em cautelares*, in ROSILHO, André (org.). *Direito Administrativo e Controle de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 356.

29. As situações que geraram declarações de inconstitucionalidade por vício de iniciativa não envolvem regras processuais. Segundo Conrado Tristão, “[p]ara o STF, importa em violação à autonomia a norma que ‘usurpa funções fiscalizatórias do TCE-RJ para transferi-las à Assembleia’ (ADI 4191); ‘concede descontos de 50% a 80% em multas administrativas impostas pelo Tribunal de Contas [do Estado do Piauí]’ (ADI 6846 MC); ‘suprime o inciso (...) segundo o qual a obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas pelo [TCE-TO] era considerada infração passível de multa (ADI 4418 MC)’.

Em síntese, elas giram ao redor de dois institutos – a consulta pública e a análise de impacto regulatório (AIR) – e visam dois grandes objetivos: 1) *criar estímulos para que a participação popular em consulta pública não seja proforma* (art. 34, § 1º); e 2) *inserir a AIR na caixa de ferramentas básicas do regulador*.

A Lei Federal de Processo Administrativo já previa, no art. 31, que, quando a matéria do processo envolvesse assunto de interesse geral, o órgão competente poderia “abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros”. Nesse caso, teria o dever de divulgar a consulta em meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas pudessem “examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas”.

O PL esclarece, agora, que o procedimento a ser observado na consulta pública pode “ser fixado por regulamento” (art. 34, § 1º) e que, “[n]a fixação dos prazos para a apresentação de críticas e sugestões, bem como para o exame e respectivas respostas, o órgão competente deverá considerar, entre outros, a complexidade, a relevância e o interesse público da matéria em análise” (art. 34, § 2º). Trata-se de medida voltada a assegurar condições adequadas à participação popular em consultas públicas.

Ao tratar de AIR, o PL aderiu à tendência da legislação nacional. Em 2019, a obrigatoriedade de AIR foi prevista pela Lei 13.848, de 2019 (Lei Geral de Agências Reguladoras), art. 6º, e pela Lei 13.874, de 2019 (Lei de Liberdade Econômica), art. 5º. O Decreto Federal 10.411, de 2020, foi editado para regulamentar referidos diplomas legais, especificamente no que tange à AIR. A legislação nacional, por sua vez, aderiu à tendência internacional voltada à criação ou ao reforço da obrigação de avaliar medidas regulatórias³⁰.

Assim, no art. 50-A, o PL indica que propostas de edição, alteração e revogação de atos normativos de interesse geral dos administrados, dos agentes econômicos e dos usuários de serviços públicos, de competência de órgão ou entidade da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, precisariam ser precedidas “de análise de impacto regulatório, que conter[ia] informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo em custos, benefícios e riscos para os afetados”. As

30. Nos Estados Unidos, a obrigação de examinar os custos e benefícios das medidas regulatórias vigora desde a Executive Order 12.291, expedida pelo presidente Ronald Reagan há quase 40 anos, em 1981. Esta EO exigia a revisão de todas as medidas que tivessem um efeito anual na economia de 100 milhões de dólares ou mais. Nos 12 anos em que esteve em vigor, ela garantiu a revisão de mais de 25 mil medidas regulatórias. A EO 12.291 foi substituída no governo do presidente Bill Clinton e reformada em todos os governos posteriores (Bush, Obama e Trump). Sobre as Executive Orders através da história, cf.: Cary Coglianese. *Moving Forward with Regulatory Lookback*. Yale Journal on Regulation, Vol. 30:57, 2013. Já sobre a experiência europeia a respeito da revisão regulatória, a Comissão Europeia disponibiliza uma página virtual com alguns documentos sobre o que se convencionou chamar de “Better Regulation Initiative”: http://ec.europa.eu/smart-regulation/index_en.htm. Informações colhidas do documento “Para uma reforma nacional em favor da liberdade econômica e das finalidades públicas da regulação”, elaborado pela Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, em 4.4.2019. Link: <https://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/04/Lei-Nacional-da-Liberdade-Econ%C3%B4mica-FGV-Direito-SP-sbdp-vers%C3%A3o-final-04.04.19.docx.pdf>.

empresas estatais que exploram atividade econômica em regime de concorrência fariam isentas desse dever (art. 50, § 3º).

Segundo o PL, a AIR teria por finalidade verificar “o impacto de atos normativos em vigor, considerados os objetivos pretendidos e os efeitos concretamente observados sobre o mercado e a sociedade em decorrência de sua implementação” (art. 50-A, § 1º). Os próprios relatórios de AIR, conforme indica o art. 50-C, § 1º, teriam que ser submetidos à “consulta ou audiência pública, conforme o caso, antes da decisão final”.

Cada órgão ou ente poderia “dispor, conforme sua competência, sobre as possíveis metodologias de análise de impacto regulatório a serem utilizadas, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória a sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada” (art. 50-B, *caput*).

Interessante notar que, diferentemente do que dispõe o Decreto 10.411, de 2020 — segundo o qual a ausência de AIR não acarreta a invalidade da norma (cf. art. 20) —, o PL estipula que “[a] inobservância das exigências procedimentais relativas à análise de impacto regulatório acarreta[ria] a invalidade do ato normativo ou de outra decisão administrativa adotada, salvo vício sanável” (art. 50-B, § 3º).

Note-se, por fim, que os relatórios de AIR não vinculariam a administração pública — isto é, não condicionariam a tomada de decisão por órgão ou ente estatal. No entanto, conforme esclarece o art. 50-C, § 2º, criariam, para a autoridade que divergisse de suas conclusões, especial ônus de fundamentação.

A nacionalização do processo administrativo e a inclusão dos ministérios públicos e tribunais de contas em seu campo de incidência, naturalmente, fariam com que as normas do diploma atinentes ao processo administrativo prévio à edição de normas também tivessem que ser observadas em âmbito nacional, inclusive por ministérios públicos e tribunais de contas.

A criação de um dever realmente geral de auscultar sujeitos afetados pela regulação e medir custos, benefícios e riscos inerentes a normas que se pretende editar é medida bastante positiva, com alto potencial de transformar o modo como a função normativa é exercida por Poderes e controles.

Para constatá-lo, basta observar o exemplo do TCU que, apesar de reiteradamente recomendar ao governo federal a adoção de “providências para promover a orientação, a capacitação e o estímulo para a observância da análise de impacto regulatório na elaboração ou alteração de todo normativo infralegal que tenha potencial de onerar os usuários dos serviços prestados ou os agentes econômicos envolvidos (...)” (Acórdão 1263-Plenário), não submete os atos normativos que ele próprio edita à consulta pública ou à AIR³¹.

31. Por meio da edição de resoluções e instruções normativas, o TCU tem promovido mudanças de alto impacto em temas centrais (desestatizações, acordos de leniência, prescrição, entre outros). Para uma análise crítica do uso que o TCU faz do seu poder normativo, ver ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União – Competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

A nacionalização de procedimentos para o exercício da função normativa, no entanto, embute um importante desafio prático, sobretudo, ao se levar em conta a realidade municipal. Consulta pública e, especialmente, AIR, não são procedimentos triviais. É fundamental, assim, que o poder público disponha de condições, humanas e materiais, para realizá-los com adequação e eficiência.

Ocorre que, segundo auditoria realizada pelo TCU envolvendo 53 órgãos e entes federais, nem mesmo a administração federal – em princípio, a que dispõe de melhores condições para cumprir com os novos ônus do regulador – tem tido dificuldade para fazer AIR, por falta de orientações e de pessoal³². Se a administração federal tem tido dificuldade de realizar AIR, é possível que certas administrações municipais simplesmente não consigam realizá-la. A ver.

4. Há uma processualização da atividade normativa no PL 2481/2022?

Entre todas as expressões de função administrativa, é no poder normativo que a processualidade menos avançou. Um certo legado histórico do modo de produção normativa (a dinâmica de “baixar normas”³³) pode ajudar a entender a baixa processualização da atividade normativa no Brasil, mas duas razões mais pragmáticas explicam esse cenário: a exclusão de parcela da atividade normativa da processualidade administrativa e uma visão limitada do processo normativo, que não é desenhado para o contraditório, mas para o cumprimento de instrumentos.

Tradicionalmente, e por inspiração francesa, os atos políticos são trazidos à teoria no capítulo de ato administrativo, com a finalidade de limitar o controle judicial com relação àqueles. Trata-se de decisões que decorrem diretamente da Constituição e são precipua-mente alocadas no chefe do Poder Executivo, cujo mandato eletivo lhe confere legitimidade suficiente para fazer escolhas amplamente discricionárias e de caráter eminentemente político. São exemplos de decisões dessa natureza a sanção ou o veto presidencial, as nomeações políticas, o indulto, a anistia e a assinatura de tratados internacionais. Porém, outra

32. Sobre o tema, ver GABRIEL, Yasser. *O que o TCU já apurou sobre as análises de impacto regulatório?* in JOTA, 7.12.2022. Link: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/o-que-tcu-ja-apurou-sobre-as-analises-de-impacto-regulatorio-07122022>.

33. O verbo “baixar” ganha significado no Brasil quanto à dinâmica de produção normativa, sendo comum os dicionários trazerem a definição de expedir normas ou despachar com hierarquia. “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”. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Ob. cit.*, p. 20.

consequência jurídica relaciona-se diretamente com o processo administrativo. Pode-se interpretar que o ato político não atrairia a incidência do processo administrativo em sua formação na medida em que a Lei n.º 9.784/99 o relaciona apenas à função administrativa. Some-se a isso o fato de o *caput* do art. 1º em comento indicar que seus preceitos se aplicam “sobre o processo administrativo no âmbito da Administração”, sem especificar critérios de incidência ou de reconhecimento. Essa redação permaneceu no PL 2481/2022.

O que parece ser uma simples querela doutrinária – função administrativa e função política são institutos diversos? – acaba tendo evidente repercussão prática na edição de normas pela Administração Pública. A doutrina publicista aponta importante parcela da produção normativa pelo Poder Público como ato político: medidas provisórias³⁴; decretos de intervenção, de estado de defesa e de estado de sítio³⁵; e regimentos de Tribunais e resoluções de órgãos legislativos³⁶. À exceção dos regimentos internos e dos regulamentos dos Tribunais³⁷, há razões suficientes para afastar o processo administrativo dessa produção normativa. No caso da medida provisória, a relevância e a urgência³⁸. No caso dos decretos

34. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*, 4ª ed. São Paulo: RT, 2021, p. 56.

35. “Ao contrário dos atos administrativos, cuida-se de atos políticos de natureza primária, nesse caso porque emanam diretamente da Constituição”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 67.

36. *Idem, ibidem*.

37. Com relação aos regimentos internos dos Tribunais, não se mostra adequada a classificação em ato político, a despeito de sua previsão direta na Constituição Federal. Em nada, os regimentos dos Tribunais diferem de qualquer outro regulamento administrativo, sendo autêntica expressão de função administrativa. Sabe-se que a previsão dos regimentos internos dos Tribunais na Constituição decorre antes de jogos de interesses políticos na Assembleia Nacional Constituinte do que propriamente um estado de natureza jurídica que determine a diferenciação entre regulamentos produzidos pelos Tribunais e pela Administração Pública de um modo geral (cf. Carlos Ari Sundfeld, *Direito Administrativo para Céticos*, p. 347-349). O critério formal de localização geográfica dos regimentos internos dos Tribunais na Constituição é insuficiente para reputá-los políticos e afastar a incidência do controle judicial – que já é uma realidade também para os atos políticos, como aponta o caso Cesare Battisti (Ext. 1085) – e da processualidade administrativa. A produção normativa dos Tribunais e também dos Ministérios Públicos e Tribunais de Contas submete-se à processualidade administrativa, ainda que diferenciada, notadamente quando seus atos têm efeitos externos. É no âmbito do processo administrativo que várias regulamentações da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) e da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92), por exemplo, devem se aperfeiçoar.

38. Por expressa previsão constitucional (art. 62, *caput*), a medida provisória pressupõe o preenchimento dos requisitos de relevância e urgência para a sua edição. Porém, a prática demonstra uma grande flexibilidade no preenchimento desses requisitos: o ônus de motivação da relevância e urgência é baixíssimo, quando cumprido, e vários são os casos que não seriam propriamente hipótese de relevância de urgência. Esses fatores associados à possibilidade de trancamento da pauta do Congresso fazem com que a medida provisória seja hoje uma das principais fontes normativas do chefe do Poder Executivo. Apesar de o STF ter casos de controle do critério de relevância e urgência das medidas provisórias, prevalece o entendimento de que esta apreciação é insindicável. Cf. SANTOS, Lucas Custódio, *Medidas Provisórias no STF: entre*

de intervenção, de estado de defesa e de estado de sítio, a expressão da soberania popular. Porém, o que se evidencia na prática normativa do Direito Público é uma *blindagem da produção normativa do chefe do Poder Executivo à processualidade administrativa*, o que toca diretamente a importante figura do *Decreto*.

Por definição, o Decreto é fonte normativa exclusiva do chefe do Poder Executivo. A produção de Decretos encontra-se fora de qualquer processualidade e nenhum dos principais instrumentos jurídicos do processo normativo – participação administrativa e avaliação de impacto regulatório – se verificam. A ausência de processo administrativo na produção de Decretos explica-se pelo fato de ser aproximado dos atos políticos por serem emanados do chefe do Poder Executivo. Ao receberem um tratamento de ato político, os Decretos não são precedidos de processo normativo³⁹. Nessa linha, o Decreto n.º 10.411/2020, que disciplina a avaliação de impacto regulatório prevista na Lei das Agências Reguladoras (Lei n.º 13.848/2019) e na Lei de Liberdade Econômica (Lei n.º 13.874/2019), expressamente determina que “o disposto neste Decreto não se aplica às propostas de edição de decreto ou aos atos normativos a serem submetidos ao Congresso Nacional” (art. 1º, § 3º).

Além do Decreto, outros tipos de atos normativos são excepcionalizados do processo normativo em função de o seu conteúdo não apresentar propriamente os atributos típicos de uma norma, embora autenticamente sejam atos normativos. Um primeiro critério de exclusão se relaciona aos efeitos da norma: apenas os regulamentos de efeitos externos passariam pelo crivo da processualidade administrativa. Novamente, o Decreto n.º 10.411/2020 excepciona a realização da avaliação de impacto regulatório na edição de atos normativos “de natureza administrativa, cujos efeitos sejam restritos ao âmbito interno do órgão ou da entidade” (art. 1º, § 2º, inc. I). A Lei das Agências Reguladoras, por sua vez, condiciona a realização da consulta pública apenas aos “atos normativos de interesse geral” (art. 9º). Simbólico desse processo de exclusão dos atos normativos da Administração Pública do processo normativo é a revogação, pela própria Lei das Agências Reguladoras, do art. 42 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n.º 9.472/97) que previa o dever geral de submissão de todas as minutas de atos normativos da ANATEL à consulta pública⁴⁰. Esse preceito sempre foi tomado como a consagração da processualidade no Estado Regulador no Brasil⁴¹.

a política e a jurisdição. Monografia da Escola de Formação Pública. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, 2017.

39. Embora não haja um processo administrativo, podem existir procedimentos para formação de Decretos, a exemplo do que se verifica na esfera federal.

40. Era o texto do art. 42 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n.º 9.472/97): “[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”.

41. “A LGT é reflexo desse contexto de transformações. Sua reforma das telecomunicações foi influenciada pela União Internacional de Telecomunicações, que à época divulgava o novo modelo internacional, ao qual a generalidade dos países envolvidos se ajustou. O objetivo evidente era integrar o Brasil no grande mercado mundial de telecomunicações, deixando para trás as idéias de reserva do mercado nacional

Nessa linha, o art. 29 da LINDB foi originalmente previsto como um *dever geral de realização de consulta pública* para edição de atos normativos de efeitos externos⁴². Muito embora o preceito não dispusesse sobre o processo normativo, este seria um indiscutível avanço da processualidade na atividade normativa pela perspectiva correta do diálogo em contraditório. Ademais, importante ressaltar o potencial de mudança cultural: em qualquer órgão ou Poder – inclusive Tribunais, Ministério Público e Tribunais de Contas, ainda que seus poderes normativos tenham assento constitucional –, a edição de atos normativos deveria ser precedida de consulta pública. No entanto, no curso do processo legislativo da Lei n.º 13.655/2018, o dever de realização de consulta pública foi convolado em mera faculdade⁴³.

Ainda no Decreto n.º 10.411/2020, outros critérios são indicados para excepcionalizar os atos normativos da AIR: atos de efeitos concretos, que disponham sobre a execução orçamentária e financeira, que disponham sobre política cambial e monetária, sobre segurança nacional e que visem à consolidação de outras normas sobre matérias específicas, sem mudança de mérito (art. 1º, § 2º).

Significativa parcela da produção normativa no Brasil fica completamente alijada de qualquer processualidade, seja ela administrativa, seja ela legislativa. Por essa razão, afirmar que a processualização da atividade administrativa é uma tarefa inacabada: ao menos no que tange à edição de normas pelo Poder Público, o processo administrativo ainda é uma promessa. Infelizmente, o PL 2481/2022 não traz previsão específica sobre a incidência do processo administrativo aos Decretos, o que seria salutar para que essa fonte normativa de

para empresas brasileiras. Foi também uma lei liberalizante e privatizadora, que marcou a passagem, nas telecomunicações, do Estado prestador (de que a TELEBRÁS foi o símbolo) ao Estado regulador (representado pela ANATEL). Ademais, a LGT não só afirmou com audácia o caráter autônomo da entidade reguladora em face do Executivo (arts. 8º e 9º) como **tentou torná-la permeável à sociedade, obrigando-a a fazer consultas públicas para a edição de qualquer ato normativo** (art. 42) e sessões públicas para decidir conflitos (art. 21, § 2º), estabelecendo um conselho consultivo (art. 33 a 37) e uma ouvidoria (art. 45). Com isso, delineou um tipo original de ente da administração pública”. [grifamos] SUNDFELD, Carlos Ari. *Meu Depoimento e Avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações*, in *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, vol. 2. Belo Horizonte: Fórum, jan./jun. 2007, versão digital.

42. Originalmente, o art. 28 do PLS n.º 349/2015, que levaria à Lei n.º 13.655/2018, assim dispunha: “[e]m qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, **será** precedida de consulta pública para manifestações escrita de interessados, a qual será considerada na decisão”. [grifamos] Na exposição de motivos do Senador Antonio Anastasia, foi apontada como uma das diretrizes da proposta dos Professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto “a consulta pública obrigatória para a edição de regulamentos administrativos (art. 28)”.

43. É o texto do art. 29 da LINDB: “[e]m qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão”.

importância primeira para direitos, exercício de competências administrativas e desenvolvimento de atividades econômicas.

Relevantes valores públicos, como defesa de direitos e interesses legítimos, transparência, permeabilidade, controle e qualidade da decisão pública, se perdem sem o processo administrativo. Afastar o processo da produção normativa pela Administração Pública, ainda que pelas mãos do chefe do Executivo, abre flancos a oportunistas de plantão, que podem se valer desses atos normativos primários para imprimirem a sua vontade à revelia da ordem constitucional⁴⁴.

O PL 2481/2022 trouxe importantes avanços com relação aos instrumentos hoje mais destacados na produção normativa pela Administração Pública, notadamente, a consulta pública e a avaliação de impacto regulatório. No entanto, o PL avança pouco para a construção de uma noção de processualidade normativa no âmbito público. Ao invés de disciplinar o processo normativo como um autêntico processo em espécie para a edição de regulamentos, deu-se preferência para a disciplina da avaliação de impacto regulatório como se fosse o principal elemento do processo normativo.

Indiscutivelmente, a previsão da avaliação de impacto regulatório é um avanço que trabalha para a qualidade das decisões administrativas. Porém, para uma Lei de Processo Administrativo, o ideal seria disciplinar o processo regulamentar como um todo, indicando quem tem o dever de o realizar, quais são as suas fases fundamentais e o ônus de regulamentar o processo normativo conforme a realidade do exercício da competência normativa no órgão ou ente público. Como já advertido, a AIR é um instrumento que, se levado a sério, é demandante de tempo, custos, capital humano e expertise técnica. A dispensa de realização da AIR por “decisão motivada e razoável” confere amplíssima discricionariedade para a autoridade pública deixar de realizar esse importante instrumento.

Assim, o processo administrativo normativo no Brasil continua sendo depreendido do texto da Lei Federal de Processo Administrativo como um todo, a partir dos seus preceitos gerais. A ausência de disciplina específica do processo normativo na Lei Federal de Processo Administrativo reforça o cenário de dispersão de modelos processuais, o que não é necessariamente ruim, considerando as diferentes especificidades dos órgãos e entes públicos no Brasil. Consequentemente, o desenho do processo normativo ainda é de alçada regulamentar.

44. A questão do abuso do exercício regulamentar por meio de Decretos ganha importância na pauta do *legalismo autocrático*. Cf. GLEZER, Rubens; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; COSTA, Marco Antonio Silva (org.). *Democracia e Desenvolvimento: pensando o Brasil para além das eleições*. São Paulo: Professores pela Democracia da FGV, 2022.

O caminho para mitigar os riscos associados ao legalismo autocrático não seria propriamente a limitação da competência normativa do chefe do Poder Executivo, mas trazer o Direito Administrativo para a edição de Decretos e, assim, condicioná-los ao prévio processo administrativo normativo.

Considerações finais

É significativo o avanço do processo regulamentar no Brasil. Comparando o panorama do final dos anos 1990, quando ainda imperava a dinâmica de baixar normas e leis de processo administrativo no Brasil ainda estavam em construção, hoje o quando de produção normativa é mais técnica, permeável e consequencialista. Paulatinamente, os instrumentos essenciais do processo administrativo normativo, participação administrativa e análise de impacto regulatório foram aperfeiçoados, considerando a experiência jurídica em torno de sua prática. Outros vieram a se somar, como a análise retrospectiva de normas, agenda regulatória, consolidação normativa, revogação, estudos comportamentais e diálogo com o mercado. A pauta mais relevante da agenda do processo regulamentar é hoje a expansão dessa dinâmica para todos os órgãos e entes administrativos, especialmente, da Administração Direta e em unidades federadas que não são afetas à dinâmica.

Nesse exato momento, os instrumentos processuais ganham protagonismo ante a processualidade administrativa na edição de regulamentos. Em grande medida, refletindo essas boas experiências práticas, o PL 2481/2022 vem a se somar nesse esforço de aperfeiçoamento instrumental e vulgarização do seu emprego. Talvez o caminho da processualidade administrativa no Brasil seja pela via instrumental: obrigadas a realizar consultas públicas e análise de impacto regulatório, as autoridades públicas passarão a conhecer o processo normativo em uma perspectiva *learning-by-doing*. E, assim, a cultura da processualidade pode se desenvolver na Administração Pública brasileira como um todo. No entanto, não podemos deixar em segunda perspectiva a consolidação da processualidade administrativa da regulamentação pública, ainda que esse ideal seja atingido apenas em um segundo momento. Agora e para o futuro, é imprescindível associar em definitivo o processo administrativo à competência normativa, inclusive quando exercida por meio do chefe do Poder Executivo com seus Decretos. Ademais, o contraditório deve ser o principal elemento de caracterização do processo administrativo normativo e seu rito deve ser bem definido para incremento da defesa dos interesses legítimos e direitos dos interessados.

São tantas as capacidades institucionais e tão diversos os objetos de atos normativos que, permitir a customização do processo regulamentar em cada entidade, é salutar. Aqui, vai bem o PL 2481/2022 em ser sintético quanto à disciplina uniformizadora dos instrumentos de processualidade normativa. No entanto, uma previsão mais detida do processo administrativo normativo poderia ser o impulso que faltava à superação da dinâmica autoritária de baixar normas em favor do controle, da permeabilidade, da segurança jurídica e da qualidade dos atos normativos.

Referências bibliográficas

- ALENCAR, Leticia Oliveira Lins. *Mutabilidade nas Concessões de Serviços Públicos: condicionamentos jurídicos para alteração e integração contratual*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP em 2022.

BARNES, Javier (org.). *La Transformación del Procedimiento Administrativo*. Madrid: Global Press, 2008.

BOGÉA, Daniel; GOMES, Gilberto Mendes C.; e DAMASCENO, Vitória. *A aplicação da Lei de Processo Administrativo ao TCU*, in JOTA, 3.6.2020. Link: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-aplicacao-da-lei-de-processo-administrativo-ao-tcu-03062020>.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Uma lei de processo administrativo nacional e o pacto federativo – Fiquem tranquilos: a nacionalização da lei não afetará a autonomia dos entes subnacionais*, in JOTA, 14.3.2023. Link: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/uma-lei-de-processo-administrativo-nacional-e-o-pacto-federativo-14032023>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*, 4ª ed. São Paulo: RT, 2021.

GABRIEL, Yasser. *O que o TCU já apurou sobre as análises de impacto regulatório?* in JOTA, 7.12.2022. Link: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/o-que-tcu-ja-apurou-sobre-as-analises-de-impacto-regulatorio-07122022>.

GLEZER, Rubens; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; COSTA, Marco Antonio Silva (org.). *Democracia e Desenvolvimento: pensando o Brasil para além das eleições*. São Paulo: Professores pela Democracia da FGV, 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*, 2ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *A processualidade no Direito Administrativo*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2021.

MODESTO, Paulo. *Federalismo administrativo, processo e experimentação* in Conjur, 8.12.2022. Link: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-08/interesse-publico-federalismo-administrativo-processo-experimentacao>.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo. Princípios constitucionais e a Lei n.º 9.784/99*, 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade Normativa da Administração Pública: Estudo do Processo Administrativo Normativo*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP, 2014.

ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União – Competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

SANTOS, Lucas Custódio. *Medidas Provisórias no STF: entre a política e a jurisdição*. Monografia da Escola de Formação Pública. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, 2017.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Participação Pública nos Processos Decisórios das Agências*, in Fórum Administrativo – Direito Público, vol. 16. Belo Horizonte, Fórum, jun. 2002.

- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- _____. *Meu Depoimento e Avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações*, in *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, vol. 2. Belo Horizonte: Fórum, jan./jun. 2007, versão digital.
- _____. *Processo Administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão*, in *A&C – Revista de Direito Constitucional e Administrativo*, vol. 23. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- _____. *Processo e Procedimento Administrativo no Brasil*, in SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TRISTÃO, Conrado Valentini. *Tribunais de Contas são imunes às leis de processo? Nova Lei de Licitações impõe prazo para decisão de mérito em cautelares*, in ROSILHO, André (org.). *Direito Administrativo e Controle de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.