

# Participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras: reflexões sobre o Direito brasileiro a partir da experiência norte-americana\*

Rodrigo Pagani de Souza

## 1 Introdução

Algumas das agências reguladoras criadas no Brasil são dotadas de uma série de institutos de participação popular em seus processos decisórios, notadamente em seus processos normativos<sup>1</sup>. Dentre estas agências, podemos citar a ANATEL, a ANEEL e a ANP, nas quais se destacam institutos como a consulta pública, a audiência pública ou o conselho consultivo.<sup>2</sup> São institutos que têm em comum a característica de, enquanto instrumentos legalmente previstos, possibilitar aos administrados, diretamente ou mediante representantes escolhidos especificamente para esse fim, tomar parte na deliberação, na execução ou no controle das atividades desenvolvidas pela Administração Pública.<sup>3</sup>

A disseminação de tais institutos em âmbito infraconstitucional harmoniza-se perfeitamente com a Constituição de 1988. Deveras, nosso texto constitucional prestigiou significativamente a participação popular na Administração Pública, conforme se depreende de seus arts. 10; 29-XII; 37-§3º-I a III; 187; 194-§ún.-VII; 198-III; 204-II; 205 c/c 206-VI; 216-§1º; 225-*caput*; 227-*caput* e §§1º e 2º c/c 204-II.<sup>4</sup> Isto sem falar na expressa enunciação, logo no parágrafo único do art. 1º, de que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". Não restam dúvidas, portanto, de que os mecanismos de participação popular na Administração Pública coadunam-se com a forma de *democracia mista* sob a qual, constitucionalmente, organiza-se o Estado brasileiro.

Neste cenário, entendemos ser tarefa inafastável da sociedade - e, com maior razão, dos operadores do Direito - a reflexão sobre o significado desse novo instrumental jurídico de participação popular no exercício do poder político. Mais do que compreendê-lo, é preciso que sejamos capazes de manuseá-lo, tirando-lhe os melhores resultados e imprimindo-lhe o maior impacto sobre as decisões da Administração Pública.

Para tanto pode ser de grande valia o estudo de institutos jurídicos de participação encontráveis no direito alienígena. Particularmente, o Direito norte-americano reflete sedimentada experiência relativa à participação popular na atividade de regulação estatal e, notadamente, nos processos decisórios de agências reguladoras.<sup>5</sup> Daí a utilidade que, pensamos, possa advir de estudos do disciplinamento jurídico dispensado a tal participação nos Estados Unidos. Servem, potencialmente, para refletirmos sobre o arcabouço normativo correlato que se vem construindo no Brasil.<sup>6 7</sup>

Aliás, esta é apenas uma das tantas contribuições que os esforços de direito comparado podem nos oferecer.<sup>8</sup> Ademais, se o estudo do Direito norte-americano pode ser útil por força de sua maturidade quanto à participação pública nos processos normativos de agências reguladoras, também se mostra relevante por força de sua familiaridade com a própria organização administrativa em torno de entes reguladores "autônomos", que tem sido difundida no Brasil.<sup>9</sup> De fato, é nesse modelo de organização administrativa que parece ter se inspirado a criação das

recentes *agências reguladoras independentes brasileiras*, no bojo da chamada *reforma do Estado* que, em meados da década de 90, foi implementada pelo governo federal<sup>10</sup>.

É em face da utilidade deste estudo comparado, portanto, que as próximas linhas visam a traçar um panorama da participação pública nos *processos normativos*<sup>11</sup> das agências reguladoras norte-americanas, colhendo aspectos que possam provocar reflexões sobre o *Direito Administrativo Participativo*<sup>12</sup> que se desenvolve no Brasil. Nessa esteira, serão três as etapas deste estudo: 1ª) apresentação de como o *APA - Administrative Procedure Act* disciplinou os processos normativos das agências norte-americanas quando foi editado, em 1946<sup>13</sup>; 2ª) descrição, em linhas bastante gerais, da evolução do Direito norte-americano desde então; 3ª) utilização de alguns aspectos dessa evolução para sugerir reflexões sobre o Direito brasileiro, especificamente no que se refere ao atual estágio de desenvolvimento de seus institutos de participação pública nos processos normativos das recém disseminadas "agências reguladoras".

## 2 O processo normativo no APA

### 2.1 Tipos de norma administrativa<sup>14</sup>

O *APA* classifica a atuação das agências em duas grandes categorias: a de produção de normas e a de adjudicação (ou produção de ordens adjudicatórias).<sup>15</sup> Na prática, as ordens adjudicatórias e as normas distinguem-se por terem estas "aplicabilidade geral" - isto é, dirigem-se a uma classe geral de pessoas ou situações -, e aquelas aplicabilidade individual - isto é, dirigem-se a partes definidas.<sup>16</sup>

Feita esta distinção inicial, é importante observar que, dentre as normas, há vários tipos: *legislative rules*, *interpretive rules*, *general statements of policy* e *procedural rules* são alguns deles.

É extremamente importante identificar o tipo de norma a ser produzido por uma agência, pois é em função dele que o *APA* prescreve qual o procedimento normativo aplicável. Por exemplo, para a produção de *legislative rules*, o *APA* prevê um procedimento público, geralmente um processo de informação e comentários, chamado "*notice-and-comment process*". Entretanto, para a produção de "*interpretive rules*", "*general statements of policy*" e "*rules of agency organization, procedure and practice*" o processo de informação e comentários não é exigido.<sup>17</sup>

Ocorre que nem sempre é fácil distinguir entre uma espécie e outra de norma. A consequência é que a identificação do procedimento aplicável tampouco não é facilitada. Apenas para termos uma idéia das nuances que distinguem um tipo de norma de outro, observemos que a *legislative rule* tem como principal característica o efeito vinculante, e seu objetivo é alterar os direitos dos cidadãos de uma maneira decisiva.<sup>18</sup> A *interpretive rule* difere da *legislative rule* na medida em que não pretende alterar direitos, mas estabelecer a visão da agência sobre o que o direito vigente já exige.<sup>19</sup> O *general statement of policy* estabelece como a agência pretende utilizar seu poder normativo no futuro mas não busca vincular ninguém imediatamente.<sup>20</sup> E quanto às *procedural rules*, embora tenham geralmente efeito vinculante como as *legislative rules*, entende-se que não guiam diretamente a conduta do público, e por isso devem ser isentas do ônus de um "*notice-and-comment process*".<sup>21</sup>

Em face destas notas distintivas, o mais importante para os tribunais, quando pretendem verificar se uma agência aplicou um procedimento normativo de acordo com o APA, é distinguir uma *legislative rule* das demais espécies normativas. Como visto, para a produção de uma *legislative rule* exige-se um "notice-and-comment process", e para as demais não. Pois bem; como a tarefa de distinção era (e ainda é) geralmente difícil, na década de 70 alguns tribunais estabeleceram o critério de que a agência seria obrigada a realizar um "notice-and-comment process" sempre que fosse editar qualquer norma que tivesse um impacto substancial - "substantial impact" - no público. Mais recentemente, entretanto, esta regra não tem sido utilizada, pois se percebeu que virtualmente qualquer norma significativa produz um efeito substancial sobre os direitos dos particulares.<sup>22</sup>

O fato é que ainda hoje o critério do APA para distinguir o processo normativo aplicável - e, para tanto, o tipo de norma em questão - gera confusão e extensa litigância.<sup>23</sup>

## 2.2 Tipos de procedimento normativo previstos no APA<sup>24</sup>

São três os modelos de *procedimento normativo* previstos no APA - formal, informal e o que congrega os procedimentos isentos de qualquer participação pública.<sup>25</sup>

### a) Procedimentos isentos de participação pública

Quanto aos isentos de participação, já mencionamos os que visam à produção de "interpretive rules", "policy statements" e "procedural rules"; como visto, eles prescindem de um processo de "notice-and-comment", no qual a participação é franqueada ao público. Além destes, o APA também excepciona os relacionados a uma "função militar ou de relações exteriores", à "administração da agência ou de pessoal", a "propriedade pública, empréstimos ['loans'], cessão de bens ['grants'], lucros ['benefits'] ou contratos" e os que são "impraticáveis, desnecessários, ou contrários ao interesse público".<sup>26</sup>

Todos estes casos de isenção à participação pública previstos no APA - exceto o último - têm sido severamente criticadas pelos doutrinadores, e repudiados pelo público.<sup>27</sup>

Quanto ao último caso, ele se aplica na prática quando a demora na edição da norma pode frustrar os seus próprios objetivos, ou quando a matéria é tão rotineira ou trivial que o valor da participação pública poderia ser negligenciado. Todavia, quando uma agência evoca esta exceção para eximir-se da promoção de participação pública no processo normativo, o APA exige que ela incorpore em seus fundamentos um sumário das justificativas para tanto.<sup>28</sup>

### b) Procedimento informal

É aplicado a todos os casos, na ausência de legislação em contrário.<sup>29</sup> Daí sua grande importância. Conforme aponta Juan José Lavilla RUBIRA, articula-se nas seguintes fases:

"a) Em primeiro lugar, publica-se no Federal Register o anúncio do projeto de norma, com as seguintes menções: termos literais de dito projeto, descrição de sua substância ou, ao menos, descrição das matérias a que se refere; fundamento normativo sobre o qual a agência propõe a norma; e tempo, lugar e natureza das ações públicas subseqüentes.

"b) Em continuação, e pelo prazo que se tenha fixado no anúncio, quaisquer pessoas que tenham interesse na matéria podem remeter à agência em questão os comentários escritos que estimem oportunos, com ou sem oportunidade, por decisão da agência, para a sua apresentação oral perante esta.

"c) Por último, e após considerar os aspectos relevantes contidos nos comentários recebidos, a agência procede à publicação no Federal Register da norma final, precedida de uma declaração geral e concisa de seu fundamento e propósito" (traduzimos).<sup>30</sup>

### c) Procedimento formal

Aplica-se somente aos casos em que exigido por lei específica, a qual deve estabelecer que a criação

da norma faça-se *on-the-record after opportunity for agency hearing*.<sup>31</sup> Segundo RUBIRA, compõe-se das seguintes fases:

"a) Em primeiro lugar, e nos mesmo termos que no procedimento informal, a agência publica o anúncio do projeto de norma.

"b) Ato contínuo, articula-se uma fase probatória em sentido estrito, incluindo-se a possibilidade de perguntar e reperguntar às testemunhas, cuja direção se atribui a um órgão administrativo mais ou menos imparcial denominado Administrative Law Judge.

"c) Em terceiro lugar, desenvolve-se uma fase de alegações, na qual quaisquer interessados podem apresentar escritos expondo seus respectivos pareceres, fundados nas provas praticadas com anterioridade, acerca do conteúdo que deveria ter a norma final.

"d) Por último, edita-se dita norma com base nos fatos que se considerem provados e que como tais constam nos autos" (traduzimos).<sup>32</sup>

### 3. Síntese da evolução posterior: a aparição dos "processos normativos híbridos"

No final da década de 60, na medida em que o processo normativo se tornava cada vez mais importante na tomada de decisões administrativas, as insatisfações com os modelos de tal processo previstos no APA também se disseminavam cada vez mais. Por um lado, verificava-se que o processo normativo informal era simples e eficiente, mas disponibilizava às pessoas interessadas poucos direitos para conhecer e contestar os fundamentos de uma norma proposta. Por outro lado, o processo normativo formal dava abundantes possibilidades para a participação e contestação das propostas das agências, mas ao custo da quase paralisação.<sup>33</sup> Em resumo, disseminava-se a sensação de que havia dois procedimentos em pólos opostos - um garantindo presteza na atuação administrativa em detrimento de uma efetiva participação pública, e outro garantindo esta última em detrimento daquela.

Esta sensação de procedimentos polarizados quanto aos seus efeitos, que resultou no descontentamento com ambos, não ocorreu por acaso. De fato, consoante nos informa Juan José Lavilla RUBIRA, o APA é geralmente interpretado como o fruto de um compromisso entre tendências igualmente polarizadas: as conservadoras, que foram satisfeitas mediante a previsão do procedimento formal, e as partidárias de um maior grau de intervenção pública, que lograram a

previsão do chamado procedimento informal.<sup>34</sup>

Pois bem; a disseminação do descontentamento fez com que a evolução do Direito norte-americano posterior à promulgação do APA, no que se refere aos procedimentos normativos, se caracterizasse pela desaparecimento, na prática, do procedimento formal e pela progressiva formalização do procedimento informal.<sup>35</sup> Buscou-se, de fato, desenvolver modelos procedimentais intermediários que permitissem uma efetiva participação pública no processo normativo ao mesmo tempo em que se evitasse os excessos do procedimento formal. Estes procedimentos de compromisso foram geralmente designados como «processos normativos híbridos» («hybrid rulemaking»).36

Embora RUBIRA sugira que houve uma *manutenção do equilíbrio exposto*<sup>37</sup> no APA, não seria demasiado afirmar, em face do relato de juristas norte-americanos sobre esta evolução - como GELLHORN e LEVIN - e, inclusive, da exposição do próprio RUBIRA, que após a promulgação da Lei em 1946 houve mesmo uma *intensificação do equilíbrio* nela consubstanciado. Com efeito, os tribunais contribuíram - e neste movimento estiveram dentre os mais ativos<sup>38</sup> - para a progressiva formalização do procedimento informal do APA, e assim também fizeram as legislações setorial e geral do Congresso norte-americano<sup>39</sup>; paralelamente, a utilização dos procedimentos formais foi praticamente abandonada<sup>40</sup>, sobretudo após a decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Florida East Coast*, em 1973<sup>41</sup>.

Sendo estas as linhas gerais da evolução do Direito administrativo norte-americano, no que concerne aos processos normativos das agências após a promulgação da Lei de Procedimento Administrativo em 1946, não é nossa intenção descrever cada um de seus aspectos; interessa-nos, como dito no início, selecionar aqueles que parecem mais importantes para uma reflexão sobre o "Direito Administrativo Participativo" que se desenvolve no Brasil, sobretudo no âmbito do direito das "novas" agências reguladoras, no qual disseminam-se procedimentos de audiência pública e consulta pública, bem como institutos como os conselhos consultivos. Portanto, sem pretender aquela descrição total da evolução ocorrida - a qual, em linhas gerais, tentamos apresentar -, será nosso objetivo nas próximas linhas apontar alguns aspectos desta evolução, que descreveremos na medida necessária para que possamos sugerir três importantes temas para reflexão no âmbito do Direito brasileiro.

## **4 Temas para reflexão sobre o Direito brasileiro**

### **4.1 O procedimento negociado**

Uma das práticas para promover a participação pública nos processos normativos das agências nos Estados Unidos tem sido o "procedimento negociado", isto é, a "*regulatory negotiation*" ou simplesmente "*reg-neg*".<sup>42</sup>

Trata-se de um procedimento em que, antes da publicação do projeto normativo, a Administração convoca representantes dos principais interesses envolvidos para sessões de negociação conduzidas por um mediador - que pode ser a própria Administração ou um terceiro imparcial por ela designado. O objetivo é que todos examinem em comum as questões suscitadas pela norma que se pretende editar e cheguem a um acordo formal acerca de seu conteúdo.

Este acordo é publicado pela agência como um projeto de norma, seguindo-se então os trâmites

ordinários previstos no APA.<sup>43</sup>

Como vantagens deste procedimento, Juan José Lavilla RUBIRA aponta a maior aceitação do conteúdo da norma pelos seus destinatários e a garantia de sua aplicação, vez que houve acordo sobre ela; a redução do ônus formalista do procedimento, na medida em que os comentários escritos remetidos à agência acabam sendo relativamente escassos; a obtenção de consensos que provavelmente resultariam impossíveis através da fria mecânica de um procedimento administrativo escrito e formalizado, tendo em vista a dinâmica própria da relação pessoal que se estabelece entre os membros dos grupos de trabalho.<sup>44</sup>

A estas vantagens enumeradas pelo jurista espanhol podemos acrescentar as aduzidas por GELLHORN e LEVIN, para quem a "*regulatory negotiation*" pode ser um meio apto a incentivar a cooperação ao invés do confronto e, igualmente, a propiciar um resultado mais aceitável a todos os participantes do que qualquer política que a agência ou um revisor externo eventualmente tente impor.<sup>45</sup>

Resumindo a opinião dos doutrinadores, as vantagens de um procedimento negociado seriam a tendência à otimização do resultado, à sua maior aceitação, à cooperação e à redução do confronto e dos ônus formais do procedimento.

Por outro lado, alguns riscos advêm do emprego desta técnica. Um deles é destacado por RUBIRA, segundo o qual a Administração, ao assumir automaticamente como conteúdo do projeto normativo o acordo alcançado na negociação, pode estar renunciando à consideração de todos os interesses públicos em jogo, tendo em vista que estes não coincidirão, necessariamente, com o simples resultado da soma ou da composição dos interesses privados afetados.<sup>46</sup> Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN observam, ainda, que em algumas situações não vale a pena empregar a técnica, como, por exemplo, naquelas em que o número de interesses que precisam ser representados é tão alto que se torna impossível administrá-los, ou nas situações em que o acordo seria possível apenas se alguns dos participantes tivessem que ceder em questões por eles consideradas fundamentais, sobre as quais são irredutíveis.<sup>47</sup>

Do exposto em relação à experiência norte-americana do "procedimento negociado" gostaríamos de destacar, para uma reflexão sobre a realidade jurídica e social brasileira, não as vantagens possivelmente proporcionadas pela técnica da negociação - que nos parecem evidentes -, mas o risco apontado por Juan José Lavilla RUBIRA de que a Administração, no emprego desta técnica, deixe de considerar todos os interesses públicos pertinentes à matéria regulada, para apenas considerar os interesses de seus interlocutores.

Este risco parece-nos especialmente grande no Brasil, se considerarmos a pouca organização e mobilização de entidades da sociedade civil para a representação dos interesses dos usuários, dos consumidores e dos hipos-suficientes perante os órgãos governamentais. Trata-se de uma realidade que tende a aumentar a probabilidade de que, durante a negociação do conteúdo de uma norma, a Administração Pública, através da agência, apenas leve em consideração os interesses das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, sendo olvidados em grande medida, senão por completo, os interesses dos hipossuficientes - que no caso brasileiro compõem espantosa parcela da população.

Sem contestar o fato notório de que, efetivamente, há pouca organização da sociedade civil brasileira para a tutela dos interesses dos economicamente mais humildes, alguém poderá levantar a hipótese de que, neste cenário, caberia à própria agência reguladora zelar pelos interesses públicos não representados nas negociações. Afinal, ela representa o Estado, e o Estado existiria para todos. Neste ponto, a experiência norte-americana também pode servir-nos com alguma lição.

Com efeito, o jurista Bernard Schwartz nos relata a evolução, no direito norte-americano, do conceito de "*party in interest*", isto é, de "parte interessada" nos procedimentos decisórios das agências reguladoras. O conceito é importante porque define, praticamente, quem tem o direito de ser ouvido antes da tomada de determinada decisão pela agência. Inicialmente albergando apenas as chamadas "*obvious parties*", isto é, aquelas diretamente afetadas pela decisão a ser tomada, o conceito foi evoluindo até abranger os *competidores* das partes diretamente afetadas e, ulteriormente, os *consumidores*. Pois bem; importa-nos ressaltar o fato de que, durante muito tempo, a tese dominante na jurisprudência dos Estados Unidos foi a de *que a agência seria a representante dos interesses dos consumidores*, de modo que estes não se enquadrariam na categoria de "*parties in interest*" e, portanto, não teriam direito à audiência prévia em eventuais decisões administrativas que lhes pudessem atingir. O marco para a mudança neste entendimento foi o caso *Office of Communication v. FCC*, julgado em 1966, no qual finalmente se reconheceu o consumidor como uma parte interessada nos procedimentos administrativos, posto que a realidade não permitia mais a presunção de que a agência seria a representante de seus interesses.<sup>48</sup>

De fato, parece-nos que também a realidade brasileira e, sem exageros, do mundo contemporâneo, não permitem a presunção de que o Estado *sempre* representará os interesses de quem não possa lhe pressionar para tal. E presumir que ele o fará nem sempre, mas algumas vezes, também exige forte carga de ingenuidade. Temas tão discutidos na atualidade, como o *pluralismo* de interesses existentes na sociedade, ou o amplo rol de tarefas cujo cumprimento é exigido do Estado, fazem-nos concluir que é *impossível*, não raro, ao administrador público, considerar ou compor, ainda que o queira, todos os interesses envolvidos nas decisões que deve tomar. Talvez possamos presumir, até mesmo, que em muitos casos ele sequer *imagine* quais sejam os interesses afetados. O resultado deste quadro é que também a agência, com ente integrante do Estado, tenderá a atender em maior medida os interesses daqueles que tiverem condições de dialogar, de negociar com ela, enfim, de pressioná-la para qualquer fim, em detrimento dos interesses daqueles pouco organizados para influenciá-la.

Em face do singelo e notório diagnóstico, portanto, de que setores hipossuficientes da sociedade brasileira têm poucas entidades representativas de seus interesses, sugerimos a necessidade de uma atenção redobrada, quer da mídia, quer das entidades existentes, para que os espaços de negociação com a Administração Pública que se abrem nas agências reguladoras - audiências públicas, consultas públicas, conselhos consultivos - também sejam ocupados por representantes dos mais humildes.<sup>49</sup>

#### **4.2 A doutrina da "*hard look review*"**

Um dos casos emblemáticos da progressiva formalização, por via jurisprudencial, do procedimento informal previsto no APA - formalização esta que originou os chamados "processos normativos híbridos" - foi o caso *Nova Scotia*<sup>50</sup>, de 1977.

Trata-se de julgado em que o tribunal encontrou uma violação ao *APA* na omissão da *Food and Drug Administration* (agência também designada por *FDA*) em disponibilizar publicamente, para os potenciais comentadores, estudo científico considerado chave para a edição de determinada norma.<sup>51</sup>

O caso é emblemático porque nele originou-se a doutrina posteriormente conhecida como "*hard look doctrine*". Consoante nos informa RUBIRA, "*Desta doutrina deriva o dever da Administração de responder, na declaração que precede ao conteúdo da norma final, às questões suscitadas pelos autores dos comentários escritos. Os Tribunais entenderam que a agência não há de contestar todas as alegações, nem fazê-lo de forma separada para cada um dos interessados, mas sim há de demonstrar que examinou suficientemente as questões vitais ou mais importantes, fazendo acreditar, como assinalou alguma Sentença, que o diálogo requerido pela Lei efetivamente existiu, e não foi um simples simulacro*" (traduzimos)<sup>52</sup>.

Esta síntese de RUBIRA da doutrina do "*hard look*" já incorpora algumas evoluções jurisprudenciais ulteriores ao caso *Nova Scotia*. De fato, os juristas norte-americanos GELLHORN e LEVIN apontam que os requerimentos de procedimentos normativos híbridos geralmente caíam em duas grandes categorias. Numa delas - bem ilustrada pelo caso *Nova Scotia* - os tribunais pressionavam as agências a tornarem públicas as informações nas quais uma proposta normativa se baseava, a fim de que as partes opositoras pudessem oferecer suas contestações. Noutra - ilustrada por outro caso, o chamado *Mobil Oil*<sup>53</sup> - os tribunais determinavam regras com instruções para que a agência permitisse "*cross-examination*" - depoimento de testemunhas<sup>54</sup> - em determinadas questões, embora o procedimento fosse basicamente disciplinado pelas provisões relativas ao processo normativo informal do *APA*.<sup>55</sup> Ocorre que esta tendência dos tribunais à formalização do processo normativo informal do *APA*, tanto de uma quanto da outra maneira, viria a ser freada por uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, proferida no chamado caso *Vermont Yankee*<sup>56</sup>. São os desdobramentos deste caso que a síntese de RUBIRA, de certa forma, já incorpora.

No caso *Vermont Yankee* a Suprema Corte sustentou que, exceto em circunstâncias "extremamente raras", os tribunais não deveriam forçar as agências a utilizarem procedimentos normativos além daqueles prescritos pelo *APA* ou outras provisões legais ou constitucionais.<sup>57</sup> Mais do que as razões para este posicionamento da Suprema Corte, interessa-nos os seus desdobramentos. Em geral, os tribunais aderiram à decisão proferida no caso *Vermont Yankee*; entretanto, o caso não foi interpretado como uma desvalorização da rigorosa revisão judicial da substância dos processos normativos da agência.<sup>58</sup> Aqui está o ponto a ser salientado: a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Vermont Yankee*, embora tenha freado o ímpeto judicial de impor procedimentos normativos híbridos às agências, não foi interpretada como uma condenação à rigorosa revisão judicial da substância destes procedimentos. Muito ao contrário, esta revisão foi incentivada. A doutrina moderna da "*hard look review*" exige que a agência produza um registro que, substancialmente, justifique a norma proposta e responda aos comentários dos participantes dos procedimentos normativos - independentemente da maneira como este registro seja feito. Conforme concluem GELLHORN e LEVIN, "*...a agência tem o dever de produzir um registro que demonstre que ela exerceu sua discricionariedade séria e responsabilmente, mas ela tem ampla margem para determinar o melhor meio de realizar este registro*" (traduzimos).<sup>59</sup>

Destarte, interessa-nos registrar que alguns casos ulteriores ao *Nova Scotia*, como o *Vermont Yankee* e, recentemente, o *State Farm*<sup>60</sup>, vieram salientar a nuance de que a publicação das razões que levaram a agência a optar por uma determinada norma, bem como a consideração nestas razões dos comentários feitos pelos interessados durante o processo normativo são, sim, exigências indispensáveis - e isto o caso *Nova Scotia já determinara* -; porém, mais importante do que a forma pela qual a agência o faça, é que esta justificação demonstre sério e responsável uso da discricionariedade administrativa (esta a novidade apresentada pelos casos ulteriores ao *Nova Scotia*).

Para uma reflexão sobre a cultura jurídica brasileira, importa-nos destacar, da experiência norte-americana que procuramos descrever, a importância finalmente conferida, no atual estágio da doutrina do "*hard look*", à utilização prudente, séria e responsável da discricionariedade administrativa. Parece-nos que, no estágio atual da evolução do direito norte-americano, chegou-se a um consenso mais ou menos generalizado de que a agência deve *justificar cabalmente* a configuração de determinada norma que edite, bem como deve considerar, nestas justificativas, os comentários feitos ao projeto durante o processo normativo. Isto não significa, porém - ainda segundo este suposto consenso -, que esta justificativa e estas considerações devam ser *pormenorizadas*, isto é, devam considerar *cada* contribuição, e contra-argumentar cada uma que, eventualmente, não seja acolhida. Isto seria praticamente impossível, conforme demonstra um exemplo citado pelo próprio Juan José Lavilla RUBIRA: "*...o projeto de norma que pretendia proibir a sacarina como edulcorante deu lugar a mais de 70.000 comentários escritos*"<sup>61</sup> (traduzimos). Resumiríamos estas considerações em poucas palavras da seguinte maneira: não interessa a forma como seja feita, mas a exposição de motivos de uma norma administrativa deve existir e cumprir suas finalidades - dentre elas, demonstrar que a participação pública legalmente exigida foi, efetivamente, levada em conta.

Esta conclusão dos norte-americanos - segundo pudemos interpretar - parece-nos útil paradigma a ser lembrado por nós brasileiros, na medida em que se desenvolve o Direito pátrio da participação popular na Administração Pública. Isto porque, desde que começamos a estudar o tema, intrigava-nos a maneira pela qual a Administração Pública deveria "levar em conta"<sup>62</sup> os resultados de uma audiência ou consulta pública. Analisar, uma a uma, as intervenções escritas e orais (acolhendo-as ou oferecendo-lhes contra-argumentos)? Talvez impossível. E o que fazer com aquelas que sequer podem ser compreendidas? Ademais, qual o critério para, na prática, reputar uma contribuição "digna" de resposta cabal? Todas estas eram questões que nos ocorriam sempre que pensávamos na prática dos procedimentos de audiência ou consulta públicas, e na exigência legal de que seus resultados fossem "considerados" ou "levados em conta" pela Administração, embora ela não estivesse a tais resultados vinculada.

Parece-nos, todavia, que a experiência norte-americana ilumina um pouco daquelas nossas dúvidas. *O atual estágio da evolução do direito norte-americano nos sugere que a obrigação de "levar em conta" os resultados de uma audiência ou consulta pública é muito mais uma obrigação de resultados do que de meios*. Em outras palavras, a Administração tem como resultados a alcançar: demonstrar que considerou ao máximo possível todas as possibilidades antes de optar por determinado conteúdo de norma; demonstrar que a participação popular no processo normativo legalmente exigida não foi uma farsa; demonstrar, em suma, que exerceu sua competência discricionária com prudência, seriedade e responsabilidade. Como forma a ser

empregada para o atingimento destes fins, a Administração tem ampla margem de escolha, definindo-a conforme cada situação se lhe apresente.

### 4.3 Comunicações *ex parte* e supervisão administrativa da atuação das agências

Outro tema que suscitou debate nos Estados Unidos foi o das comunicações *ex parte*, isto é, das comunicações que não estão refletidas nos autos do procedimento administrativo e, conseqüentemente, acabam isentas da possibilidade de contestação pelos interessados (assim como dificultam eventual revisão judicial).

GELLHORN e LEVIN apontam decisões judiciais tanto contrárias quanto favoráveis às comunicações *ex parte*. Nos casos *Sangamon Valley Television Corp. v. United States*, 269 F.2d 221 (D.C.Cir.1959) e *Home Box Office, Inc. v. FCC*, 567 F.2d 9 (D.Cir.1977), cert. Denied, 434 U.S. 829 (1978) atos normativos foram invalidados em razão de comunicações "off-the-record" entre membros de órgãos decisores das agências e partes interessadas; de outro lado, em decisões mais recentes, como no caso *Sierra Club v. Costle*, 657 F.2d 298 (1981), tais contatos *ex parte* foram considerados não apenas permitidos como, inclusive, desejáveis.<sup>63</sup>

A despeito destas decisões em sentidos opostos, a jurisprudência parece caminhar para uma maior tolerância destes contatos em relação às restrições impostas no passado. Todavia, algumas restrições ainda são mantidas. É o que nos demonstra RUBIRA, ao fazer praticamente um resumo do atual estágio da evolução da jurisprudência norte-americana sobre a matéria:

*"O critério estabelecido pelos Tribunais é o seguinte: antes da publicação do anúncio do projeto normativo, não existe nenhum limite para as comunicações ex parte, já que, segundo pudemos assinalar, os dados relevantes devem ser incorporados a dito anúncio; depois disso, as comunicações ex parte mantidas pelo titular da competência resolutória estão formalmente proibidas, devendo ser incorporadas aos autos do procedimento administrativo na hipótese de serem realizadas, sem prejuízo da eventual responsabilidade derivada de tal realização. Em todo caso, esta restrição opera unicamente em relação aos dados fáticos e científicos, mas não, claro está, em relação às valorações políticas e ideológicas"* (traduzimos).<sup>64</sup>

Interessa-nos ressaltar, contudo, o controvertido entendimento da jurisprudência acerca das comunicações *ex parte* envolvendo funcionários da Administração Pública direta, conforme chamaríamos no Brasil, e os dirigentes ou funcionários com competências decisórias das agências reguladoras. A questão também pode ser abordada pelo prisma da supervisão administrativa ("*executive oversight*") da atuação da agência.<sup>65</sup>

Discute-se, nos Estados Unidos, se o extensivo envolvimento de oficiais ligados à Casa Branca (sobretudo do *OMB - Office of Management and Budget*) nos procedimentos normativos das agências, mediante contatos *ex parte* com seus dirigentes ou agentes com competência decisória, não seria pernicioso à característica aberta destes processos e à própria efetividade da participação pública que lhes deve permear. Tal influência seria negativa na medida em que as negociações entre a agência e o *OMB* desenvolvem-se antes do início formal do procedimento; atingido um acordo sobre o conteúdo do projeto normativo, restaria pouca margem à agência para alterá-lo em face das alegações dos interessados que ainda possam sobrevir.<sup>66</sup> Conforme conclui RUBIRA, o risco apontado é o de que se converta "...o cuidadoso sistema de participação pública desenhado na

*Lei de 1946 em uma simples farsa".*<sup>67</sup>

Para uma reflexão sobre o Direito brasileiro, a discussão parece-nos relevante porque algumas legislações referentes a agências reguladoras federais exigem o envio de projeto normativo, primeiramente, à Casa Civil da Presidência da República<sup>68</sup>, para que só após sejam encaminhados à consulta ou audiência pública. Em face destes dispositivos, cabe a pergunta: também estaríamos correndo o risco de que, nestes casos, a participação pública superveniente se transforme num simples simulacro?

Seja qual for a resposta para esta pergunta, é interessante notar que, em 1986, sob ameaça de intervenção congressual, o OMB adotou um conjunto de reformas procedimentais, incluindo um compromisso de que suas comunicações formais e escritas às agências seriam disponibilizadas ao público após a edição de uma norma final.<sup>69</sup>

Todavia, a questão da supervisão executiva do OMB sobre as agências ainda gera inúmeras controvérsias nos Estados Unidos<sup>70</sup>, as quais poderão ser, até certo ponto, análogas a possíveis questões envolvendo a supervisão ministerial das agências reguladoras recém criadas no Brasil.

## 5 Bibliografia

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*, São Paulo: Ed. 34; Brasília: ENAP, 1998.

BUENO, Vera Scarpinella. "Devido processo legal e a Administração Pública no Direito Administrativo norte-americano - uma breve comparação com o caso brasileiro", in: Lúcia Valle Figueiredo (coord.), *Devido processo legal na administração pública*, São Paulo, Max Limonad, 2001, pp. 13-79.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, 3ª. ed., São Paulo, Martins Fontes, 1996, trad. Hermínio A. Carvalho.

GELLHORN, Ernest e LEVIN, Ronald M.. *Administrative Law and Process in a nutshell*, 3ª. ed., St. Paul/Minnesota, West Publishing, 1990, Capítulo IX, "Rules and Rulemaking", pp. 309-52.

MENDES, Conrado Hübner. "Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão", in: Carlos Ari Sundfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo, Ed. Malheiros e Sociedade Brasileira de Direito Público, 2000, pp. 99-139.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Audiências públicas", in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar e Fundação Getúlio Vargas, n.º 210, ou./dez. 1997, pp 11-23.

PEREZ, Marcos Augusto. *Institutos de participação popular na Administração Pública*, Dissertação de Mestrado, Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Orientação: Prof.ª Dr.ª Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 1999.

RUBIRA, Juan José Lavilla. "El procedimiento de elaboracion de los reglamentos en los Estados Unidos de America", in: Javier Barnes VAZQUEZ (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, 1ª. ed., Madrid, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía e

Civitas, 1993, pp. 339-54.

SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law*, 2ª ed., Boston, Little Brown, c1984.

SUNDFELD, Carlos Ari. "Introdução às agências reguladoras", in: Carlos Ari SUNDFELD (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo, Ed. Malheiros e Sociedade Brasileira de Direito Público, 2000, pp. 17-38.

TÁCITO, Caio. "Direito Administrativo Participativo", in: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n.º 15, 1996, pp. 24-8.

<sup>1</sup> Por "processos normativos" entenda-se aqueles que se voltam à edição de normas gerais e abstratas e com eficácia futura por entes da Administração Pública (de estatura, obviamente, infra-legal), consubstanciando-se em manifestação da atividade regulatória do Estado. É sobre eles que se focaliza este estudo. Registre-se, desde logo, que o tema da constitucionalidade da atividade normativa das agências reguladoras, embora reconhecamos seja importante e polêmico, não será objeto deste trabalho (sobre o tema, v. Carlos Ari SUNDFELD, "Introdução às agências reguladoras", in: Carlos Ari Sundfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público e Malheiros, 2000, pp. 27-31).

<sup>2</sup> Audiências públicas são realizadas pelas três agências citadas. Nos setores de energia elétrica e petróleo, o procedimento de *audiência pública* tem, além de previsões regulamentares, expressa previsão legal (cf. Lei n.º 9.427/96, que institui a ANEEL, art. 4º, § 3º, e Lei n.º 9.478/97, que institui a ANP, art. 19). Já no setor de telecomunicações, há previsão legal expressa para a *consulta pública* (Lei n.º 9.472/97, art. 42). Sua importância neste setor é das mais evidentes, vez que deve ser realizada *sempre* que a ANATEL for editar algum ato normativo. O *conselho consultivo* é o único instrumento de participação, dentre os referidos, que só é encontrável na ANATEL (mas não na ANEEL e na ANP), constituindo-se legalmente como "o órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência" (cf. Lei n.º 9.472, de 16.07.1997, arts. 8º, § 1º, 33 e ss.).

<sup>3</sup> Um esforço criterioso de conceituação dos "institutos de participação popular na Administração Pública" - gênero do qual a consulta pública, a audiência pública e o conselho consultivo são espécies que ora destacamos - foi empreendido por Marcos Augusto Perez, em trabalho especialmente dedicado ao tema. Ao cabo deste esforço, o autor cunhou um conceito bastante funcional, qual seja, o de "...instrumentos legalmente previstos que possibilitem aos administrados, ou através de representantes escolhidos especificamente para este fim, tomar parte na deliberação, na execução ou no controle das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, com o objetivo de tornar mais eficiente a atuação administrativa e dar efetividade aos direitos fundamentais, por meio da colaboração entre a sociedade e a Administração, da busca de adesão, do consentimento e do consenso dos administrados e, afinal, da abertura e transparência dos processos decisórios" (*Institutos de participação popular na Administração Pública*, Dissertação de Mestrado, Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Orientação: Prof.ª Dr.ª Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 1999, p. 77).

<sup>4</sup> Por extensa que seria a transcrição dos mandamentos apontados, convidamos o leitor para uma consulta ao texto constitucional. O exercício revelará que as competências administrativas

governamentais cujo desempenho reclama a participação de pessoas e entidades interessadas são as mais distintas. De fato, há competências relativas à atuação de órgãos públicos que lidam com interesses profissionais e previdenciários, ao planejamento municipal, à prestação de serviços públicos, à política agrícola, à organização da seguridade social, à assistência social, à saúde, à educação, a promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro, a defesa e preservação do meio ambiente e à assistência às crianças e adolescentes.

<sup>5</sup> É o que se depreende das observações do jurista espanhol Juan José Lavilla RUBIRA. Segundo ele, antes da promulgação da lei federal de processo administrativo nos Estados Unidos (*Administrative Procedure Act - APA*), ocorrida em 1946, as agências, de um modo geral, já consultavam os representantes dos interesses afetados antes de exercerem seus poderes regulamentares. Ainda que de maneira diversa em cada setor de intervenção e sem as garantias que uma publicidade geral poderia proporcionar, pode-se dizer que uma certa forma de participação popular já restava assegurada nos procedimentos normativos daquelas agências. Cf. "El procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América", in: Javier Barnes VAZQUES (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, 1ª ed., Madrid, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía e Civitas, 1993, p. 340. É interessante notar, entretanto, que "...a Lei de 1946 fez da participação pública o eixo da configuração do procedimento regulamentar", ainda que, nos Estados Unidos, esta participação não constituísse ou constitua uma exigência constitucional. Cf. Juan José Lavilla RUBIRA, op. cit., p. 342. Vê-se, destarte, que há tempos o processo normativo das agências norte-americanas tem valorizado a participação pública.

<sup>6</sup> Na doutrina brasileira, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO já sugeriu a importância de estudos de direito comparado sobre procedimentos participativos na Administração Pública, com especial ênfase ao direito das agências reguladoras norte-americanas: "Os profissionais de direito de países que não possuem familiaridade histórica com os institutos de participação política, especialmente administrativa, de que aqui se trata, podem encontrar, principalmente nos procedimentos das agências independentes anglo-saxônicas, vívidos e testados exemplos da praticidade e da excelência das audiências públicas" ("Audiências públicas", in: *Revista de Direito Administrativo*, n.º 210, p. 23).

<sup>7</sup> Convém ressaltarmos, como o fez com grande propriedade Vera Scarpinella BUENO em excelente ensaio sobre o devido processo legal no direito administrativo norte-americano, que não há confundir o estudo daquele direito com alguma "excentricidade" ou, até mesmo, com "indistinta aplicação do *american way of life*". De fato, pondera a autora que "Este modelo tem embasamento num complexo constitucional, histórico, social e político bastante diverso do nosso. Apesar disso, o estudo dessas instituições naquele direito tem uma finalidade por aqui: atualizar o direito brasileiro com algumas práticas desenvolvidas no sistema americano de garantia frente à interferência da atividade estatal que, tanto lá como cá, atinge diretamente a esfera de direitos e liberdades dos cidadãos." É com esta preocupação que nos propusemos a estudar algo da participação pública nos processos normativos das agências reguladoras norte-americanas. E estamos de total acordo com Vera Scarpinella BUENO quando, assertivamente, propugna: "O tema dos procedimentos administrativos normativos é um dos temas que precisam ser incorporados ao estudo do direito público no Brasil. Para esta finalidade, o direito norte-americano pode ser uma grande fonte de pesquisa, ou, ao menos, um exemplo institucional e democraticamente funcional,

a ser observado pelo Brasil" ("Devido processo legal e a Administração Pública no Direito Administrativo norte-americano - uma breve comparação com o caso brasileiro", in: Lúcia Valle FIGUEIREDO (coord.), *Devido processo legal na Administração Pública*, São Paulo, Max Limonad; citações extraídas, respectivamente, das pp. 75 e 77).

<sup>8</sup> Nesse sentido, as pertinentes observações do comparativista francês René DAVID, em obra consagrada: "O direito comparado tem uma função de primeiro plano a desempenhar na ciência do direito. Tende, com efeito, em primeiro lugar, a esclarecer os juristas sobre a função e a significação do direito, utilizando, para este fim, a experiência de todas as nações. Visa, por outro lado, num plano mais prático, a facilitar a organização da sociedade internacional, fazendo ver as possibilidades de acordo e sugerindo fórmulas para a regulamentação das relações internacionais. Permite, em terceiro lugar, aos juristas de diversas nações, no que respeita aos seus direitos internos, considerar o seu aperfeiçoamento, libertando-os da rotina (*Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, São Paulo, Martins Fontes, 1998, trad. Hermínio A. Carvalho, p. 14). É especialmente esta terceira faceta do direito comparado - a de ferramenta para reflexão sobre o direito interno e, quiçá, para o seu aperfeiçoamento - que temos em mira ao dele nos valermos neste trabalho.

<sup>9</sup> Para uma acurada visão da organização administrativa dos Estados Unidos, v. Vera Scarpinella BUENO, "Devido processo legal e a Administração Pública no Direito Administrativo norte-americano - uma breve comparação com o caso brasileiro", in: Lúcia Valle FIGUEIREDO (coord.), *Devido processo legal na Administração Pública*, São Paulo, Max Limonad, 2001, pp. 33-45. Esclarece a autora que, nos Estados Unidos, "...sob o nome genérico de agências, estão incluídas todas as unidades administrativas que de alguma forma exercem competências públicas, desde que não seja órgão do judiciário, não seja casa legislativa ou chefe de executivo federal ou estadual" (op. cit., pp. 36-7). A observação é muito importante, pois permite-nos ter em vista que, naquele país, não se limita a nomenclatura "agência" à designação das "*Independent Regulatory Comissions*" ou "*Independent Agencies*", cuja autonomia face ao poder político central se assemelha àquela encontrada nas autarquias especiais que têm recebido o nome de "agências reguladoras" no Brasil. O significado do termo "agência", lá nos Estados Unidos, é muito mais abrangente do que o significado com o qual se tem usado a expressão "agência reguladora" por aqui. Sobre o significado da expressão na literatura jurídica brasileira, v. o excelente trabalho de Conrado Hübner MENDES, "Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão", in: Carlos Ari Sundfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público e Malheiros, 2000, pp. 122 e ss.

<sup>10</sup> Para uma introdução ao tema das Agências Reguladoras, v. Carlos Ari SUNDFELD, "Introdução às agências reguladoras", in: Carlos Ari Sundfeld (coord.), *Direito administrativo econômico*, São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público e Malheiros, 2000, pp. 17-38. Para uma introdução ao tema da Reforma Gerencial na Administração Pública brasileira, que se insere no âmbito da chamada Reforma do Estado, v. Luiz Carlos Bresser PEREIRA, *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*, São Paulo: Ed. 34; Brasília: ENAP, 1998, *passim*.

<sup>11</sup> É nestes processos que, geralmente, dá-se a maior possibilidade de participação pública nos Estados Unidos. Daí o nosso foco de interesse recair sobre os mesmos.

<sup>12</sup> Importante referência no assunto é o artigo de Caio TÁCITO, intitulado "Direito Administrativo Participativo", que faz remissão a diversos trabalhos sobre participação popular na Administração Pública (in: *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 15, pp. 24-8). Merecem destaque as seguintes observações do insigne jurista: "O Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa. O Direito Administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração, acolhidos em modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho das prestações administrativas" (cf. op. cit., p. 25).

<sup>13</sup> O APA é a lei federal de processo administrativo norte-americana, aprovada em 1946. Para um panorama das razões de seu surgimento, bem como de seu significado e conteúdo no Direito norte-americano, v. Vera Scarpinella BUENO, op. cit., pp. 45-9. Segundo a autora, sua edição "se deu principalmente em razão da implementação do Estado regulador e do seu agir" (op. cit., p. 17). Sua importância para o estudo da atuação das agências reguladoras daquele país pode ser identificada por dois prismas. De um lado, trata-se de lei que fixa procedimentos uniformes aos quais, apesar de alguma variação de agência para agência, conforme a lei editada pelo Congresso para sua criação, todas as agências estão submetidas. De outro lado, trata-se do "texto legislativo que garante o mínimo de proteção ao cidadão na esfera federal. Outras normas podem impor outras proteções, mas não podem retirar as garantias lá consagradas" (op. cit., p. 46).

<sup>14</sup> Sobre o tema, v. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, *Administrative Law and Process in a Nutshell*, 3ª. ed., St. Paul/Minnesota, West Publishing, 1990, pp. 313-20; v. tb. Vera Scarpinella BUENO, op. cit., pp. 56-7.

<sup>15</sup> É fundamental ter-se esta distinção bem clara, pois, como dito, neste estudo cuidaremos apenas dos *procedimentos normativos* previstos no APA, sem qualquer referência, portanto, aos *procedimentos de adjudicação* nele disciplinados. Isto não significa que estes últimos sejam menos importantes, embora talvez o sejam, em alguma medida, pelo estrito ponto de vista da abertura à participação pública. Do trabalho de Vera Scarpinella BUENO, já referido, pode-se extrair uma fotografia bastante ilustrativa das principais distinções entre a atuação normativa (denominada "*rulemaking*") e a de adjudicação (dita "*adjudication*"). Em síntese, a atividade normativa é realizada por intermédio de processos voltados à edição de normas gerais e de eficácia futura ("*rules*") por antes da administração, envolvendo interesses e direitos coletivos. Relaciona-se, portanto, à atividade regulatória dos órgãos administrativos. Já a atividade de adjudicação é exercida por intermédio de processos voltados à edição de atos administrativos por antes da administração (em rigor, conforme estabelece o APA, voltados à edição de uma "*order*", entendendo-se por este termo todo ato que não se encaixa na definição de "*rule*"), envolvendo direitos e interesses individuais e desenvolvidos com base na aplicação de princípios gerais próprios do processo civil (ou do processo penal, no caso dos processos administrativos sancionatórios). Cf. Vera Scarpinella Bueno, op. cit., *passim*. A respeito da distinção entre "*rule*" e "*order*", v. tb. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., pp. 313-15.

No Direito brasileiro, um recente e interessante debate a respeito da distinção entre adjudicação e regulação normativa foi travado no âmbito de julgamento realizado pelo CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ao examinar o Ato de Concentração n.º 08012.006762/2000-

09 (Requerentes: Banco Finasa de Investimento S/A, Brasmetal Indústria S/A e Zurich Participações e Representações, j. em 2001). Por maioria, o Plenário do Conselho entendeu, em linhas gerais, que suas competências e as do Banco Central do Brasil, no que concernem à tutela da concorrência entre instituições financeiras, não são antagônicas, mas complementares, cabendo ao BACEN a função regulatória normativa da atividade destas instituições (inclusive quanto aos aspectos concorrenciais) e ao CADE a função de adjudicação dos atos de concentração no setor.

<sup>16</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 315.

<sup>17</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 316.

<sup>18</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 316.

<sup>19</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 317.

<sup>20</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 318.

<sup>21</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 319.

<sup>22</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., pp. 316-17.

<sup>23</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 317.

<sup>24</sup> Sobre o tema, v. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., pp. 320-29.

<sup>25</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 320.

<sup>26</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 321. Conforme observa Vera Scarpinella BUENO, trata-se de atividades que "...são reguladas ou por leis específicas, ou por normas editadas pelas próprias agências, e o procedimento que elas devem seguir, qualquer que seja ele, é genericamente chamado de 'informal adjudication'" (op. cit., p. 48).

<sup>27</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 321.

<sup>28</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., pp. 321-22.

<sup>29</sup> Cf. Juan José Lavilla RUBIRA, op. cit., p. 343. No mesmo sentido, Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN observam que: "*In the absence of directives to the contrary in an agency's enabling legislation, the APA's informal rulemaking procedures will apply whenever the agency issues substantive rules*" (op. cit., p. 323).

<sup>30</sup> Cf. Juan José Lavilla RUBIRA, op. cit., p. 343. Uma clara descrição do procedimento informal também pode ser encontrada no trabalho de Vera Scarpinella BUENO, op. cit., pp. 58-9. Note-se que, em suma, o procedimento normativo informal exige o atendimento a três requisitos básicos, quais sejam, o do anúncio prévio do projeto de norma em questão, o da recepção de comentários sobre tal projeto e o da publicação da norma com justificativas a respeito do conteúdo que finalmente tenha tomado, levando-se em conta os comentários recebidos.

<sup>31</sup> Cf. Juan José Lavilla RUBIRA, op. cit., p. 343.

<sup>32</sup> Cf. Juan José Lavilla RUBIRA, op. cit., p. 344. Como se vê, trata-se de procedimento muito mais rigoroso que o "processo informal". Daí a constatação de Vera Scarpinella BUENO, no sentido de que, por ser "...um processo muito detalhado e trabalhoso, parecido com o procedimento do 'adjudication', seu uso é muito restringido." Cf. op. cit., p. 58, nota de rodapé n.º 87.

<sup>33</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., pp. 329-30.

<sup>34</sup> Cf. Juan José Lavilla RUBIRA, op. cit., p. 344.

<sup>35</sup> Cf. Juan José Lavilla RUBIRA, op. cit., p. 344.

<sup>36</sup> Nas palavras de Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN: *"In the late 1960's, as rulemaking became an increasingly important form of administrative decisionmaking, dissatisfaction with the rulemaking procedures provided by the APA began to spread. Informal rulemaking was simple and efficient, but it gave interested persons few rights to know and contest the basis of a proposed rule. Formal rulemaking, on the other hand, provided abundant opportunities to participate and to challenge the agency's proposal, but at the cost of near paralysis. As these shortcomings became more apparent, courts, commentators, and legislators attempted to develop intermediate procedural models that would permit effective public participation in rulemaking while avoiding the excesses of trial procedure. These compromise procedures were generally described as "hybrid rulemaking".* Cf. op. cit., pp. 329-30.

<sup>37</sup> Cf. Juan José Lavilla RUBIRA, op. cit., p. 344.

<sup>38</sup> Segundo Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, «*Reviewing courts were among the most active proponents of hybrid rulemaking procedures.*» Cf. op. cit., p. 330.

<sup>39</sup> Neste sentido, apontam Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN: *"In several regulatory statutes adopted in the 1970's, Congress showed considerable willingness to experiment with variations on the APA rulemaking models, often borrowing devices that had first been developed in the hybrid rulemaking cases."* Esta tendência do Congresso para a criação de procedimentos normativos híbridos, entretanto, esmaeceu em grande medida na década de 80. Cf. op. cit., p. 335.

<sup>40</sup> Juan José Lavilla RUBIRA, após descrever o processo de abandono do procedimento formal previsto no APA pelos tribunais e pelo Congresso, conclui que "...se pode afirmar com toda justiça que dito procedimento está hoje obsoleto" (traduzimos). Cf. op. cit., pp. 345-46.

<sup>41</sup> *United States v. Florida East Coast Ry.*, 410 U.S. 224 (1973). Trata-se de decisão em que a Suprema Corte "...declarou que não bastava para desencadear a aplicação do procedimento regulamentar formal a expressão 'after hearing' contida na Lei de Comércio Interestadual do ano de 1917, apesar de que, do entendimento parlamentar e da literatura jurídica da época, resultava inequívoco que a vontade do legislador havia sido a de exigir uma audiência pública de caráter judicial" (traduzimos), cf. Juan José Lavilla RUBIRA, op. cit., p. 345. Esta decisão demonstra que a Suprema Corte só estava disposta a aceitar a realização de um procedimento formal quando a lei contivesse "uma expressão clara da intenção do Congresso neste sentido", ainda que não fosse

preciso a repetição da frase do APA "...on the record after opportunity for na agency hearing" (cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 326). Foi - como se costuma chamar - uma "decisão política", demonstrando verdadeiro repúdio judicial ao procedimento formal.

<sup>42</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 344.

<sup>43</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 344; v. tb., no mesmo sentido, Juan José Lavilla RUBIRA, op. cit., p. 353. A par do tratamento destes dois autores sobre o "procedimento negociado", veja o relato de Vera Scarpinella BUENO sobre a sua origem e significado: "...existia até pouco tempo a chamada *Administrative Conference of the United States* (ACUS), uma entidade criada no final da década de 60 para estudar o procedimento administrativo federal, analisando os problemas que se colocavam nas agências e recomendando as medidas necessárias para melhorar a eficácia, a idoneidade e a justiça do procedimento administrativo como um todo, não apenas do 'rulemaking'. Não obstante suas recomendações tivessem bastante influência, ela foi recentemente extinta e parte de suas atividades foram transferidas para o Ministério da Justiça (*Department of Justice*), outro órgão que também exerce um considerável controle sobre a atividade dos entes federais. Uma das consideradas boas intervenções da ACUS na atividade regulatória foi sua proposta de criação da chamada '*rulemaking by negotiation*' (norma negociada) e o seu aconselhamento de que este procedimento se desse em diversos casos. No ano de 1990, este procedimento foi transformado em lei pelo Congresso. Também conhecido pelo nome de 'reg-neg', ele autoriza uma verdadeira negociação entre a agência e os grupos interessados na norma a ser editada, a fim de que um acordo prévio já seja estabelecido antes mesmo da agência iniciar o procedimento padrão previsto pela APA e acima descrito [naquele trabalho]. Entende-se que esta é uma forma de co-operação entre os interessados que acabam unindo esforços para que a norma a ser proposta seja pensada desde a sua gênese em conjunto com a sociedade, colocando na balança os diversos interesses." Cf. op. cit., pp. 68-9.

<sup>44</sup> Juan José Lavilla RUBIRA, op. cit., p. 353.

<sup>45</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, *Administrative Law and Process in a Nutshell*, op. cit., p. 344.

<sup>46</sup> Cf. Juan José Lavilla RUBIRA, op. cit., p. 353.

<sup>47</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 344.

<sup>48</sup> Cf. Bernard SCHWARTZ, *Administrative Law*, 2ª ed., Boston, Little Briwn, c1984, pp. 271-77.

<sup>49</sup> Note-se que estas observações não guardam relação específica e exclusiva com os referidos "reg-negs" das agências norte-americanas, mas se aplicam a todas as espécies de procedimentos administrativos abertos à participação popular.

<sup>50</sup> *United States v. Nova Scotia Food Products Corp*, 568 F.2d 240 (2d Cir.1977), cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 331.

<sup>51</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 331.

<sup>52</sup> Juan José Lavilla RUBIRA, op. cit., pp. 350-51.

<sup>53</sup> *Mobil Oil Corp. v. FPC*, 483 F.2d 1238 (D.C.Cir.1973), cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 330.

<sup>54</sup> A definição de "cross examination" é: "The examination of a witness upon a trial or hearing, or upon taking a deposition, by the party opposed to the one who produced him, upon his evidence given in chief, to test its truth, to further develop it, or for other purposes. The examination of a witness by a party other than the direct examiner upon a matter that is within the scope or the direct examination of the witness. Generally the scope of examination is limited to matters covered on direct examination and matters affecting the credibility of the witness; though the court may in its discretion permit inquiry into additional matters as if on direct examination." Cf. *Black's Law Dictionary*, 6ª ed. (centennial edition), St. Paul/Minnesota, pp. 262-63.

<sup>55</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., pp. 331-32.

<sup>56</sup> *Vermont Yankee Nuclear Power Corp v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 435 U.S. 519 (1978), cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 332.

<sup>57</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 333.

<sup>58</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., pp. 333-34.

<sup>59</sup> Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 335.

<sup>60</sup> *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 463 U.S. 29 (1983), cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 112.

<sup>61</sup> Cf. Juan José Lavilla RUBIRA, op. cit., p. 351.

<sup>62</sup> Ver, por exemplo, art. 53, parágrafo único, do Regimento Interno da ANATEL (anexo à Resolução n.º 001, de 17.12.97), *in verbis*: «Art. 53 (...). Parágrafo único. Os elementos obtidos na audiência deverão ser levados em conta na decisão». V. tb. art. 71, do mesmo Regimento, em relação às consultas públicas, *in verbis*: «Art. 71. O Conselho Diretor é obrigado a, antes de editar a resolução, examinar as críticas e sugestões encaminhadas em virtude da consulta pública, devendo expor em documento próprio as razões para a adoção ou não das medidas, que será arquivado na Biblioteca, ficando à disposição de todos os interessados».

<sup>63</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., pp. 336-38.

<sup>64</sup> Juan José Lavilla RUBIRA, op. cit., p. 352.

<sup>65</sup> Sobre o tema da supervisão realizada pelo Executivo federal sobre as agências nos Estados Unidos, ver a elucidativa abordagem de Vera Scarpinella BUENO, da qual pode-se destacar a interessante função cumprida pelas chamadas "Executive orders" nesta atuação supervisora (op. cit., pp. 66-8). Também vale conferir a já citada decisão proferida pelo CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, no âmbito do Ato de Concentração n.º 08012.006762/2000-09 (Requerentes: Banco Finasa de Investimento S/A, Brasmetal Indústria S/A e Zurich Participações e Representações, j. em 2001), a qual, para analisar o mérito da controvérsia,

enfrentou questão prejudicial relativa à vinculação ou não daquele Conselho aos pareceres da Advocacia Geral da União aprovados pelo Presidente da República, tendo em vista serem estes, em tais circunstâncias, vinculantes para a Administração Pública Federal (Lei Complementar n.º 73, de 10.02.1993, art. 40, § 1º). O assunto trouxe à baila, exatamente, a questão da supervisão executiva sobre as entidades da Administração indireta legalmente dotadas de certa "independência" face a ingerências políticas.

<sup>66</sup> Cf. Juan José Lavilla RUBIRA, op. cit., pp. 348-49. V. tb. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., pp. 341-43.

<sup>67</sup> Juan José Lavilla RUBIRA, op. cit., p. 349.

<sup>68</sup> Neste sentido, por exemplo, prescreve o art. 22, parágrafo único, do Anexo I ao Decreto n.º 2.455, de 14.1.1998, referente à estrutura regimental da ANP: "Art. 22. O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos ou de 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: (...). Parágrafo único. No caso de anteprojeto de lei, a audiência pública ocorrerá após consulta à Casa Civil da Presidência da República."

<sup>69</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 343.

<sup>70</sup> Cf. Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN, op. cit., p. 343

---

### **Como citar este artigo na versão digital:**

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

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras: reflexões sobre o Direito brasileiro a partir da experiência norte-americana. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 2, n.16, jun. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=2010>>. Acesso em: 11 mar. 2013.