

**JULIANA BONACORSI DE PALMA**

**ATIVIDADE NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**  
**Estudo do processo administrativo normativo**

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

Orientador Professor Titular Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
SÃO PAULO

2014

Nessa linha, a edição de norma pelo ente administrativo disciplinando o específico procedimento direto-final pode conferir segurança jurídica, seja quanto à legitimidade de emprego deste procedimento, seja quanto ao conteúdo dos conceitos jurídicos indeterminados “*comentário significativo*” e “*matéria controvertida*”. Essas normas podem ser genéricas, quando, então, disciplinarão o procedimento independentemente da matéria versada, ou podem ser previstas em uma norma mais ampla sobre determinada política pública que o ente tem por finalidade implementar. Nesta norma, por exemplo, cabe indicar que a disciplina jurídica administrativa será preferencialmente feita por meio de processos administrativos direto-finais. É interessante considerar a ampla publicidade da norma, que não se restringe à publicação no Diário Oficial. Páginas eletrônicas governamentais<sup>670</sup>, notadamente, estão aptas a receber esse tipo de informação.

### III.1.3.3. *Regulatory Negotiated Rulemaking*

Com a passagem do movimento de ADR do processo judicial para o processo administrativo na década de 1980<sup>671</sup>, desenvolveu-se nos Estados Unidos uma modalidade de processo administrativo normativo em que a proposta de norma é construída de modo consensual, por meio de rodadas de negociação perante um órgão colegiado (designado *Negotiated Rulemaking Committee*). Trata-se do *negotiated rulemaking*, ou *regulatory negotiation (reg-neg)*<sup>672</sup>, disciplinado pelo *Negotiated Rulemaking Act*, de 1990<sup>673</sup>, e permanentemente autorizado pelo *Administrative Dispute Resolution Act*, de 1996<sup>674</sup>.

---

<sup>670</sup> Além da página eletrônica do correspondente ente administrativo, sítios voltados à *accountability* podem ser utilizados. Na esfera federal, por exemplo, o *Portal da Transparência*, por exemplo, pode ser um canal de divulgação das normas oriundas do processo administrativo direto-final. Cf. <http://www.portaltransparencia.gov.br/>. Acesso em 16 de setembro de 2013.

<sup>671</sup> Cf. JEFFREY LUBBERS, **Achieving Policymaking Consensus: the (unfortunate) waning of negotiated rulemaking**, 2007-2008, p. 987. O autor reconhece a aplicação dos princípios do ADR no *regulated rulemaking* fundamentadamente por duas razões: (i) o processo usual de *notice-and-comment* era incapaz de promover a interação entre os agentes entre si e entre eles e a Agência e (ii) verificação prática de que em algumas oportunidades os grupos de interesse podem ser reunidos para discussão de um *draft* de norma regulatória. *Idem, ibidem*. Sobre a projeção do movimento de ADR ao Direito Administrativo norte-americano, cf. PHILIP HARTER, **Dispute Resolution and Administrative Law: the history, needs, and future of a complex relationship**, 1983-1984, p. 1393-1419.

<sup>672</sup> CARY COGLIANESE diferencia o instituto do *negotiated rulemaking* do *regulatory negotiation (reg-neg)*, pois este instituto seria mais abrangente e contemplaria instrumentos usados pelas Agências para recolhimento de *inputs* dos regulados, como workshops, mesas redondas e comitês consultivos. Cf. **Assessing Consensus: the promise and performance of negotiated rulemaking**, 1997, p. 1256. Nesta tese, *negotiated rulemaking* e *regulatory negotiation* serão tomados como sinônimos, em consonância com a

A ideia é simples: em determinados casos, representantes das Agências Reguladoras e dos principais interessados no objeto de regulação encontram-se plenamente habilitados para negociar o texto da minuta normativa<sup>675</sup>. Uma vez alcançado o consenso, a regulação final tende a ser mais facilmente implementada, resultando em economia de tempo e de recursos para a Agência, além de potencialmente reduzir os possíveis litígios que podem se apresentar na prática regulatória com a aplicação desta norma<sup>676</sup>. Por outro lado, ainda que o consenso não seja alcançado, o procedimento permite que relevante informação seja recolhida pela Agência durante a dinâmica de diálogo, com mapeamento dos interesses afetados, o que viabiliza decisões regulatórias de maior qualidade<sup>677</sup>. Na síntese de JEFFREY LUBBERS, o *reg-neg* “[t]em sido utilizado por várias Agências para trazer as partes interessadas no processo de redação da norma em um estágio inicial, em circunstâncias que promovem esforços cooperativos para alcançar soluções para problemas regulatórios”<sup>678</sup>.

---

doutrina de direito comparado e como o próprio autor procede em seu estudo, ainda que após traçar a diferença entre ambos os institutos.

<sup>673</sup> O *negotiated rulemaking procedure* foi incorporado ao *United States Code* do §561 ao §570(a). É no próprio estatuto que o propósito *negotiated rulemaking procedure* é extraído: estabelecer um enquadramento para a prática do procedimento com o propósito de encorajar a adoção dos mesmos pelas Agências, especialmente quando houver aumento do *informal rulemaking process*. Cf. 5 USC §561. Sobre a história do processo legislativo do *Negotiated Rulemaking Act*, cf. WILLIAM F. FUNK, JEFFREY S. LUBBERS e CHARLES POU JR., **Federal Administrative Procedure Sourcebook**, 2008, p. 944-945.

<sup>674</sup> Cf. *Section 11*. Originalmente, o *negotiated rulemaking* seria apenas temporariamente adotado. Vários Estados já adotaram legislação análoga ao *Negotiated Rulemaking Act* e, com suporte do *Policy Consensus Initiative*, a experiência da regulação normativa consensual também se tem verificado no âmbito dos Estados. Disponível em: [www.policyconsensus.org](http://www.policyconsensus.org). Acesso em 23 de setembro de 2013.

<sup>675</sup> De acordo com a Recomendação ACUS 85-5 (50 FR 52, 895), de 1985, a negociação pode ser verificada nas diversas etapas do *rulemaking*, como a norma final. A Recomendação, no entanto, se dirige ao *reg-neg* como procedimento de complementação do *informal rulemaking* para delinear consensualmente o conteúdo da proposta de norma.

<sup>676</sup> Para uma visão crítica do *negotiated rulemaking*, cf. WILLIAM FUNK, **When Smoke Gets in your Eyes: regulatory negotiation and the public interest – EPA’s Woodstone Standards**, 1987, p. 55-98. Segundo o autor, o procedimento subverte um valor fundamental do Direito Administrativo: a busca pelo interesse público. Na prática, o procedimento se destinaria a alcançar o consenso entre os presentes na Comissão de Negociação, com inadvertida exclusão de outros interessados. Em resumo, o arbitramento de interesses não seria completo, pois que subrepresentado, razão pela qual o consenso final não traduziria o efetivo interesse público, mas seria mero “*consensus among private parties representing particular interests*”. *Idem*, p. 97. Todavia, o autor não macula o *reg-neg*, mas defende que a sua utilização passa antes por uma investigação sobre a apropriação do procedimento por determinadas categorias de interessados. *Idem*, p. 98-99. Cf., ainda, SUSAN ROSE-ACKERMAN, *American Administrative Law Under Siege: is German a model?*, 1994, p. 1279-1302. A autora assim resume o seu ponto: “[i]n short, regulatory negotiation should have only limited applicability to the environmental field. It is only appropriate for a certain narrow class of issues, and even for those issues the process must be carefully designed if democratic legitimacy is to be preserved and an acceptable outcome reached”. *Idem*, p. 1284-1285.

<sup>677</sup> Cf. WILLIAM F. FUNK, JEFFREY S. LUBBERS e CHARLES POU JR., **Federal Administrative Procedure Sourcebook**, 2008, p. 942.

<sup>678</sup> Tradução livre. Do original: “(...) [*negotiated rulemaking*] has been used by several agencies to bring interested parties into the rule-drafting process at an early stage, under circumstances that foster

O então Secretário de Trabalho JOHN DUNLOP, à frente do *National Coal Policy Project*, estabeleceu o consenso como diretriz da política, que deveria ser aberta à participação efetiva de ambientalistas e industriais<sup>679</sup>. Apesar de o projeto não ter resultado em regulamentação efetiva, o mesmo serviu de modelo para o desenvolvimento da ideia de consensualidade no *rulemaking*<sup>680</sup>, o que foi posteriormente encampado.

O *reg-neg* foi primeiramente proposto por PHILIP HARTER no estudo *Negotiating Regulations: a cure for malaise*, publicado em 1982<sup>681</sup>, na qualidade de consultor da ACUS. O *reg-neg* desenvolveu-se originalmente na ACUS, que, com base no estudo de PHILIP HARTER, editou a Recomendação 82-4<sup>682</sup>, em 1982, e a Recomendação 85-5<sup>683</sup>, em

---

*cooperative efforts to achieve solutions to regulatory problems*”. **A Guide to Federal Agency Rulemaking**, 2006, p. 212.

<sup>679</sup> Cf. CARY COGLIANESE, **Assessing Consensus: the promise and performance of negotiated rulemaking**, 1997, p. 1261-1262.

<sup>680</sup> Cf. HENRY H. PERRIT JR., **Negotiated Rulemaking in Practice**, 1986, p. 483-484.

<sup>681</sup> No texto, o autor sustenta que a doença do Direito Administrativo consiste na ausência de consenso no *rulemaking* e na regulação em geral. Indicando o debate em andamento sobre os possíveis desenhos procedimentais – capazes de superar impasses envolvendo tempo, custos e legitimidade da regulação estatal –, o autor propõe que a negociação entre representantes de partes interessadas no *rulemaking* pode ser uma efetiva alternativa ao atual processo normativo ossificado. Em suas palavras: “*regulatory negotiation is a response to the current malaise*”. *Idem*, p. 7. No artigo, o autor analisa as implicações jurídicas da negociação na atuação normativa do Poder Público e pontua os principais elementos de consideração das Agências para adoção desse procedimento, como a escolha dos representantes para a mesa de negociação e o engajamento das Agências na promoção do consenso, além da própria dinâmica de negociação. Embora não explícito, o principal objetivo do texto é apresentar ferramental jurídico suficiente para conferir segurança jurídica aos gestores públicos na adoção de *reg-neg*. Trata-se de um convite à adoção da consensualidade no exercício da competência normativa: “[a]t the very least, regulatory negotiation is worth a try”. *Idem*, p. 113. O impacto do artigo acadêmico foi significativo, abrindo uma linha de pesquisa teórica no Direito Administrativo norte-americano não apenas no *rulemaking*, mas na própria compreensão dos fundamentos do Direito Administrativo que a discussão sobre a *governança pública enseja*. Em termos práticos, o artigo foi o primeiro *guideline* para a adoção da consensualidade no *rulemaking*, fenômeno este anos mais tarde estudado pelo ACUS e juridicamente disciplinado apenas em 1990.

<sup>682</sup> A Recomendação 82-4 (47 FR 30, 708, 1982) foi redigida com a proposta de conferir diretrizes de utilização do *reg-neg* em que os benefícios da consensualidade fossem alcançados propiciando, por um lado, a todos os interessados acesso ao procedimento para defesa de seus correspondentes posicionamentos e, por outro, condicionamentos para evitar comportamento “*arbitrário*” ou “*caprichoso*” do Poder Público. Esta Recomendação da ACUS serviu de base para o *Negotiated Rulemaking Act*, editado em 1990.

<sup>683</sup> Mais do que estabelecer diretrizes procedimentais para a realização do *reg-neg*, a Recomendação 85-5 (50 FR 52, 895, 1985) se volta a incentivar o emprego do procedimento a partir da apresentação de estratégias para otimização do emprego do instrumento, dentre elas: necessariamente a Agência que promove o *reg-neg* deve participar da negociação, mas o papel desempenhado pode variar significativamente (negociador, comentador, articulador etc.); a negociação apenas será exitosa se todos os participantes estiverem motivados com relação ao emprego da consensualidade no processo normativo, que propiciará regulação mais consentânea aos seus interesses que o tradicional mecanismo de *notice-and comment*; pode ser conferida oportunidade para os representantes dos grupos de interesse participarem de um treinamento prévio; a Agência pode contar com um profissional especializado em técnicas de negociação para acompanhar as discussões e servir de facilitador ao consenso; e a Agência pode eleger um “*neutral outside*”, i.e., uma pessoa de fora da negociação denominada “*convenor*”, cujo conteúdo não alcance qualquer direito seu ou interesse, com a finalidade de analisar dados confidenciais que as partes eventualmente não queiram

1985. Ambas as recomendações da ACUS seriam os principais *guias jurídicos* do *regulatory rulemaking* nos Estados Unidos até o advento do *Negotiated Rulemaking Act*, em 1990. Durante a década de 1980, proliferou o uso do *reg-neg* entre as Agências Reguladoras, com especial destaque para a EPA<sup>684</sup>, visando especialmente à complementação do *informal rulemaking* com a negociação da proposta de norma. O uso do *reg-neg* pelas Agências foi fortemente incentivado pelo Governo BILL CLINTON. Como parte da política de reforma administrativa – o *National Performance Review* –, o *reg-neg* foi elevado à condição de instrumento regulatório mais representativo dos ideais da reforma e, com a Ordem Executiva 12.866/93, determinou-se a preferência pela adoção do procedimento sempre que cabível<sup>685</sup>. Celeridade processual, redução de litigiosidade<sup>686</sup>, redução de tempos, maior legitimação do exercício da competência normativa, desenho normativo mais consentâneo com as especificidades do caso concreto e superação da postura adversária entre regulador e regulados estão entre os objetivos almejados pelas Agências com o uso do *reg-neg*<sup>687 688</sup>.

---

abrir ao Poder Público. A Recomendação ACUS 85-5 foi editada após quatro experiências do *negotiated rulemaking* no OSHA, FAA e EPA e diante de um crescente interesse pelas demais Agências em fazerem uso do procedimento. Para um relato desses casos, bem como o relacionamento deles com as Recomendações da ACUS, cf. HENRY H. PERRITT JR., **Negotiated Rulemaking Before Federal Agencies: evaluation of recommendations by the Administrative Conference of United States**, 1985-1986, 1627 e ss.

<sup>684</sup> Cf. WILLIAM FUNK, **When Smoke Gets in your Eyes: regulatory negotiation and the public interest – EPA’s Woodstone Standards**, 1987, p. 56.

<sup>685</sup> 58 FR 51,735, 1993, §6(a). A preferência pela consensualidade na regulação normativa das Agências norte-americanas fica clara no relatório **Improving Regulatory Systems**, da Casa Branca: “[t]he President should encourage agencies to use *reg neg*”. REG.03, 1993. Disponível em: <http://govinfo.library.unt.edu/npr/library/reports/reg03.html>. Acesso em 23 de setembro de 2013. A ordem é clara: “*negotiate, don’t dictate*”. **Memorandum on Regulatory Reform**, 1995. Disponível em: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=51062>. Acesso em 23 de setembro de 2013. Comentando o significado desta relação de documentos para a reforma administrativa nos Estados Unidos, cf. JEFFREY LUBBERS, **Achieving Policymaking Consensus: the (unfortunate) waning of negotiated rulemaking**, 2007-2008, p. 995.

<sup>686</sup> Este é o elemento mais atrativo do *reg-neg* para as Agências Reguladoras, na visão de MICHAEL ASIMOW e RONALD M. LEVIN, tendo em vista que a contemplação dos interesses dos regulados, ainda que parcialmente, evita a judicialização do ato normativo. Cf. **State and Federal Administrative Law**, 2009, p. 302.

<sup>687</sup> Cf. HENRY H. PERRITT JR., **Negotiated Rulemaking Before Federal Agencies: evaluation of recommendations by the Administrative Conference of United States**, 1985-1986, 1636 e ss. Segundo o autor, “[n]egotiated rulemaking is a realistic alternative to adversarial administrative procedures”. *Idem*, p. 1627. Sobre as vantagens de adoção da negociação no *rulemaking*, cf. PHILIP HARTER, **Negotiating Regulations: a cure for malaise**, 1982-1983, p. 28-31.

<sup>688</sup> Mas seria o *reg-neg* um instrumento efetivo? Algumas pesquisas empíricas sobre o funcionamento do *rulemaking* consensual foram desenvolvidas para verificar o quão vantajoso o procedimento é na comparação com o tradicional procedimento de *notice-and-comment*. Analisando o *Federal Register* no período de 1983 a 1996, CARY COGLIANESE (**Assessing Consensus: the promise and performance of negotiated rulemaking**, 1997) depreende que o *reg-neg* foi utilizado de modo infrequente no âmbito federal: 67 *reg-neg* foram contabilizados, dos quais 13 foram abandonados e 19 ainda estão pendentes. Na comparação com a atividade administrativa normativa em geral, o *reg-neg* correspondeu a apenas 0,19% de todos os regulamentos emitidos pela Administração Pública norte-americana em 1996. Nessa linha, o autor demonstra empiricamente que o *reg-neg* não traz redução de tempo (pelo processo de *notice-and-comment*,

A princípio, qualquer aspecto compreendido na esfera de competência da Agência Reguladora pode ser disciplinado por meio de *reg-neg*, desde que a mesma compreenda que o procedimento se coaduna com o interesse público, o qual pode ser determinado a partir da verificação dos seguintes parâmetros: (i) necessidade da norma; (ii) existência de um número limitado de interesses identificáveis que possam ser significativamente afetados pela norma<sup>689</sup>; (iii) potencialidade de o órgão colegiado ser composto por representantes balanceados; (iv) potencialidade de alcance do consenso em um prazo determinado; (v) capacidade de o *reg-neg* não atrasar desarrazadamente o *notice-and-comment rulemaking*; (vi) suficiência de recursos para custeio do procedimento, incluindo assistência técnica à comissão; (vii) tratativa do consenso a partir do parâmetro da proposta normativa<sup>690</sup>. Trata-se de uma decisão discricionária aceitar, ou não, a condução do processo administrativo normativo de modo consensual. Para tomada dessa decisão, a Agência pode contar a com a ajuda de “*organizadores*”, que têm por principal atribuição

---

as normas são editadas em 1.108 dias, ao passo que pelo *reg-neg* a produção normativa leva 1.013 dias) e redução de litígios. Exatamente o contrário se verificou no âmbito da EPA, Agência que mais faz uso do *reg-neg* para desempenho de sua competência normativa. CARY COGLIANESE considera, assim, que se mostra mais eficaz o Poder Público fazer uso de outros instrumentos de diálogo no curso do processo de *notice-and-comment* e tomar a melhor decisão considerando os diferentes pontos de vista, interesses e alternativas jurídicas. Artigo em resposta ao texto de CARY COGLIANESE, em defesa do *reg-neg*, foi apresentado por PHILIP HARTER (**Assessing the Assessors: the actual performance of negotiated rulemaking**, 2000-2001). Após criticar a metodologia utilizada por CARY COGLIANESE, PHILIP HARTER desenvolve estudo de casos para enfatizar as vantagens da adoção do *reg-neg* pela Administração Pública: “[r]eg-neg has proven to be an enormously powerful tool in addressing highly complex, politicized rules, the very kind that stall agencies when traditional or conventional procedures are used. Properly understood and appropriately used, negotiated rulemaking does indeed fulfill its proponents' expectations”. *Idem*, p. 56. Em defesa de seu próprio artigo frente às críticas de PHILIP HARTER, CARY COGLIANESE reafirmou o seu ponto no texto *Assessing the Advocacy of Negotiated Rulemaking: a response to Philip Harter*, 2000-2001. Como se depreende do debate acadêmico norte-americano, o tema do *reg-neg* é polêmico, sendo sua efetividade ainda um campo aberto para investigações empíricas. Outro estudo empírico sobre o funcionamento do *reg-neg* é apresentado por JODY FREEMAN e LAURA I. LANGBEIN (*Regulatory Negotiation and the Legitimacy Benefit*, 2000-2001). A partir de estudo empírico não publicado desenvolvido por NEIL KERWIN e LAURA LANGNEIN, considerando o comportamento dos *players* na dinâmica de negociação, as autoras concluem que o *reg-neg* propicia maior aprendizado devido ao incremento de troca de informações, normas de melhor qualidade e maior satisfação com o texto normativo final na comparação com o *rulemaking* convencional: “[b]ased on the results, we recommend more frequent use of regulatory negotiation, accompanied by further comparative and empirical study, for the purpose of establishing regulatory standards and resolving implementation and compliance issues”. *Idem*, p. 62.

<sup>689</sup> Considera-se 25 o número máximo de interesses identificáveis. Cf. JEFFREY LUBBERS, **A Guide to Federal Agency Rulemaking**, 2006, p. 212. Todavia, especialmente focando a prática brasileira, o número mostra-se excessivamente alto. Considerando que a aplicabilidade mais significativa do *reg-neg* se dirige aos setores regulados, com poucos *players* bem definidos, o número recomendável se atrela a esse numerário (que, por óbvio, varia de setor para setor).

<sup>690</sup> Cf. 5 USC §563.

identificar as pessoas que podem ser significativamente afetadas pela regulação e dialogar com as mesmas para levantar os principais aspectos que a norma deve endereçar<sup>691</sup>.

O *reg-neg* é reconhecido pelo aspecto da *consensualidade*<sup>692</sup>, que delinea o exercício da competência normativa pelo Poder Público, considerando os anseios dos principais grupos de interesse de uma regulação. Ironicamente, o maior risco do *reg-neg* é sua maior virtude: o diálogo entre regulador e regulados. Sem as cautelas necessárias, o procedimento pode terminar por viabilizar práticas de conluio ou captura do regulador, além de excluir inadvertidamente algum interessado cujo interesse deva ser defendido na mesa de negociação exatamente por ser diretamente interessado no objeto da regulação. Assim, o *Negotiated Rulemaking Act* pressupõe ampla *transparência*<sup>693</sup>.

Logo de partida, a decisão de realizar *reg-neg* deve ser publicada no *Federal Register*, assim como se deve conferir ampla publicidade à nota em que se anuncie a realização do procedimento. Nesta mesma nota deverá ser apresentada a descrição do assunto em discussão, o escopo da norma a ser editada e uma lista de interesses que possivelmente podem ser afetados com a norma. Ainda, a composição e o funcionamento da comissão de negociação precisam ser necessariamente indicados, incluindo: lista de pessoas consideradas para representarem os interesses envolvidos, agenda de trabalho da comissão de negociação, prazo para término das atividades da comissão, bem como relação dos representantes da agência e dos correspondentes assistentes técnicos. Duas exigências da publicação da nota de abertura do *reg-neg* se destacam pela relevância. Primeiramente, a solicitação de comentários sobre a delimitação do *reg-neg*, autorizando qualquer interessado a se manifestar sobre o inteiro teor da nota. Em segundo lugar, obriga-se a

---

<sup>691</sup> Cf. 5 USC §562(B)(3) e §563(b).

<sup>692</sup> No geral, o consenso é alcançado por unanimidade, razão pela qual qualquer parte interessada na regulação tem relevante poder de veto. Tem-se, assim, nivelamento de posições entre os diversos interesses concernentes à regulação, sejam eles provenientes de partes hipossuficientes, sejam eles relativos às partes com maior poder de barganha no processo regulatório. Cf. PHILIP HARTER, **Assessing the Assessors: the actual performance of negotiated rulemaking**, 2000-2001, p. 34.

<sup>693</sup> O funcionamento da Comissão de Negociação também se submete ao *Federal Advisory Committee Act* (FACA), de 1972, cujas normas disciplinam o funcionamento dos comitês de assessoramento das Agências. O *Federal Advisory Committee* integra a *General Services Administration* da Casa Branca e anualmente edita relatórios endereçados ao Congresso e ao Judiciário sobre a atuação desses comitês de assessoramento, corroborando para a transparência e o controle externo da Administração norte-americana. Os relatórios estão disponíveis em: <http://facadatabase1997-2013.fido.gov/PrintedAnnualReports.asp>. Acesso em 23 de setembro de 2013. Sobre o contexto de edição do FACA, cf. item III.2.2. deste trabalho, a que remeto o leitor.

explicação de como uma pessoa pode se aplicar para integrar a comissão de negociação ou nomear outra pessoa<sup>694</sup>.

Isso significa que qualquer pessoa encontra-se legitimada a pleitear a devida representação de seus interesses, no prazo de 30 dias da publicação do aviso de convocação, questionando a indicação de determinado membro para a Comissão de Negociação, por exemplo, ou requerendo que ele mesmo ou outrem seja integrado à Comissão para efetiva representação de interesses. Necessário, no entanto, que a pessoa seja significativamente afetada pela norma proposta e que ela ou a pessoa nomeada disponham dos seguintes atributos: procuração para representação dos interesses; termo de compromisso de que a pessoa irá atuar de boa-fé e visando ao aprimoramento do objeto da negociação; e as razões pelas quais um determinado membro da Comissão de Negociação indicado pela Agência não representa os interesses do nomeante<sup>695</sup>. Além da representação de interesses, a listagem dos temas de debate, as finalidades públicas que direcionam a Comissão de Negociação e a dinâmica de negociação também podem ser questionados ou aprimorados por meio desta etapa prévia de comentários.

A dinâmica de negociação no âmbito da Comissão de Negociação geralmente é direcionada por um “*facilitador*”<sup>696</sup>, imparcial com relação ao conteúdo da regulação e especializado em técnicas de negociação. No decorrer da negociação, concessões recíprocas são feitas pelas partes, contemplando seus próprios interesses, para que o consenso seja alcançado<sup>697</sup>. Se o consenso unânime entre os membros da Comissão de Negociação for alcançado, a minuta consensual é tomada como proposta de regulação pela Agência, que a submete ao *notice-and-comment rulemaking*. Do contrário, o conteúdo

---

<sup>694</sup> A disciplina jurídica da nota de abertura do *reg-neg* encontra-se no 5 USC §564(a).

<sup>695</sup> Cf. 5 USC § 564(b).

<sup>696</sup> Cf. 5 USC §562(B)(4) e §566(b)(c).

<sup>697</sup> De sua experiência prática, JEFFREY LUBBERS aponta a utilidade em se fixar prazo para conclusão dos trabalhos da Comissão de Negociação, o que pode ser uma variável relevante para alcance do consenso. Todavia, se a parte já vem à mesa de negociação com um forte BATNA (“*best alternative to a negotiated agreement*”), o consenso é difícil de ser alcançado. Cf. **Achieving Policymaking Consensus: the (unfortunate) waning of negotiated rulemaking**, 2007-2008, p. 993-994. Como aponta HENRY H. PERRIT JR., o conceito de BATNA é especialmente relevante para o sucesso do *reg-neg*, pois nenhum *player* aceita sair da mesa de negociação com menos que a sua mensuração de BATNA, a qual é determinada a partir da percepção do ato que a Agência possivelmente irá emitir sem negociação, *i.e.*, no típico processo de *notice-and-comment*. Cf. **Negotiated Rulemaking in Practice**, 1986, p. 484-485. Para uma análise sobre os elementos que devem ser considerados na dinâmica de negociação no *reg-neg*, assim como estudo crítico do instituto à luz da regulação por incentivos, cf. SUSAN ROSE-ACKERMAN, **Consensus Versus Incentives: a skeptical look at regulatory negotiation**, 1993-1994, p. 1206-1220.

público da discussão passa a integrar o *rulemaking* como documentos de instrução. Via de regra, a Comissão de Negociação perdura até a edição da norma final<sup>698</sup>, mas pode ser dissolvida por ato unilateral da Agência ou por escolha das partes envolvidas.

Como garantia de efetividade da dinâmica de negociação<sup>699</sup>, nenhum ato relacionado ao funcionamento da Comissão de Negociação submete-se ao controle judicial<sup>700</sup>. No entanto, a minuta de norma resultante da consensualidade no *rulemaking* é passível de controle judicial e, neste caso, “*não será lhe concedida maior deferência pelo Judiciário que uma norma resultante de outros processos de rulemaking*”<sup>701</sup>.

Apesar da expressiva atenção doutrinária que o *reg-neg* recebeu e da edição de significativa quantidade de leis que previam expressamente a adoção do procedimento para disciplina regulamentar de determinadas políticas públicas<sup>702</sup>, é de se notar que poucos são os casos de utilização do consenso na regulação normativa na experiência recente<sup>703</sup>.

---

<sup>698</sup> Questão prática corresponde à possibilidade de a Agência decidir, após a realização do *reg-neg*, mudar o conteúdo normativo e adotar diferente solução jurídica daquela consensualmente delimitada. A minuta normativa consensual vincula a norma final? No Caso USA LOAN SERVICES INC. v. RILEY (82 F.3d 708, 7<sup>th</sup> Circ., 1996), o *reg-neg* foi visto como mero processo consultivo, razão pela qual qualquer vinculação decorre da consensualidade, estando a Agência livre e desimpedida para editar a solução regulatória que compreender ser a mais adequada para satisfação de finalidades públicas. Nessa medida, também não se colocaria qualquer obrigação de notificação prévia aos participantes da Comissão de Negociação sobre a mudança (“*notice of variance*”). Nesse sentido, cf., ainda, CITY OF PORTLAND v. EPA (507 F.3d 706, DC Circ., 2007). Essa não parece ser a decisão mais acertada, porém. Muito embora a competência normativa que detém o Poder Público pressuponha a alteração da estratégia regulatória, diante do reconhecimento legítimo da Agência de que outro modo de proceder melhor satisfaz as finalidades públicas, razão pela qual a consensualidade não vincula a norma final, coloca-se o dever de motivar a mudança da estratégia regulatória, o que pressupõe comunicação às partes da negociação. Mais do que uma obrigação formal de motivar, a notificação cumpre com a função de garantir a legítima expectativa daqueles interessados que participaram do *reg-neg* no funcionamento da máquina administrativa.

<sup>699</sup> Segundo PHILIP HARTE, o controle judicial do *reg-neg* conforme o mesmo parâmetro de *hard-look review* no *hybrid rulemaking* poderia não apenas comprometer as principais vantagens do processo normativo consensual, mas efetivamente inibir o uso do procedimento na regulação normativa. Cf. **The Political Legitimacy and Judicial Review of Consensual Rules**, 1982-1983, p. 485.

<sup>700</sup> Cf. 5 USC § 570.

<sup>701</sup> 5 USC § 570, *in fine*. Do original: “(...) *A rule which is the product of negotiated rulemaking and is subject to judicial review shall not be accorded any greater deference by a court than a rule which is the product of other rulemaking procedures*”.

<sup>702</sup> Cf. CARY COGLIANESE, **Assessing Consensus: the promise and performance of negotiated rulemaking**, 1997, p. 1264-1265 e p. 1268.

<sup>703</sup> Este é o diagnóstico de JEFFREY LUBBERS. Segundo o autor, a perda da relevância prática do *reg-neg* deve-se à extinção da ACUS em 1995, a menor provisão orçamentária para as Agências, a falta de entusiasmo dos agentes do OIRA na consensualidade, a crítica de alguns dos mais respeitados *scholars* ao uso do instituto e a submissão do *reg-neg* ao FACA, cujas determinações de extrema abertura de dados e transparência pode desencorajar a participação efetiva de importantes *players* na regulação, notadamente grandes empresas reguladas. Cf. **Achieving Policymaking Consensus: the (unfortunate) waning of negotiated rulemaking**, 2007-2008, p. 996-1001. Com a finalidade de revalorizar o *reg-neg* na prática regulatória, o autor propõe a simplificação do procedimento. Um “*reg-neg lite*” ou “*informal negotiated*

### **III.2. A recente experiência brasileira sobre o processo administrativo normativo**

O processo administrativo normativo não é um tema estranho na teoria do Direito Administrativo. Tampouco é no campo prático. Especialmente a partir da Reforma Regulatória ocorrida na década de 1990, experiências envolvendo o processo normativo foram se solidificando. Assim, ainda que a expressão *processo administrativo normativo* praticamente não encontre acolhida nos textos normativos, está em curso relevante debate sobre alguns de seus grandes aspectos, como a participação administrativa e, mais recente, a avaliação de impacto regulatório. Nesses próximos itens apresenta-se a recente experiência brasileira envolvendo o processo administrativo normativo.

#### **III.2.1. O desafio da processualização da atividade administrativa normativa no Brasil**

Na tradição do Direito Administrativo brasileiro, o processo administrativo é geralmente atrelado à produção de atos administrativos individuais e concretos. Não por coincidência leis especiais de processo administrativo se desenvolveram para condicionar a produção de atos administrativos bastante particularizados e que, em geral, tivessem alguma implicação econômica significativa para o destinatário, como é o caso da desapropriação e do processo administrativo fiscal<sup>704</sup>. Não faz parte da cultura jurídica brasileira relacionar o processo administrativo ao exercício de competência normativa, do que decorre uma literatura bastante focada no ato normativo final, que se encerra no exame de legalidade e de constitucionalidade dos regulamentos. Ainda um estranho no Direito Processual Público brasileiro, no campo prático, “o processo que disciplina a formulação

---

*rulemaking*” pode ser mais atrativo para as Agências e administrados em geral, com a supressão, por exemplo, da figura do facilitador. *Idem*, p. 1003-1004.

<sup>704</sup> Cf. item II.3.2.1. deste trabalho.